Le renouvellement des sources du droit - Illustrations en droit de la communication par internet

Boris Barraud

▶ **To cite this version:**

Boris Barraud. Le renouvellement des sources du droit - Illustrations en droit de la communication par internet. Droit. Université d'Aix Marseille, 2016. Français. NNT : . tel-01367405v3

HAL Id: tel-01367405
https://amu.hal.science/tel-01367405v3

Submitted on 12 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES DU DROIT

Illustrations en droit de la communication par internet

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit présentée et soutenue publiquement le 1er juillet 2016 par **BORIS BARRAUD**

Jury

Monsieur JACQUES CHEVALLIER
Professeur émérite de l'Université Paris II – Panthéon-Assas, Rapporteur

Madame DOMINIQUE TERRÉ
Chargée de recherche à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Rapporteure

Monsieur JEAN-LOUIS BERGEL
Professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur LUDOVIC HENNEBEL
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, titulaire de la chaire d'excellence A*MIDEX de droit international des droits de l'homme et de droit global de l'Université d'Aix-Marseille

Madame CATHERINE THIBIERGE
Professeure à l'Université d'Orléans

Monsieur HERVÉ ISAR
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de recherche

LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES DU DROIT

Illustrations en droit de la communication par internet

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES DU DROIT

Illustrations en droit de la communication par internet

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit présentée et soutenue publiquement le 1er juillet 2016 par **BORIS BARRAUD**

Jury

Monsieur JACQUES CHEVALLIER
Professeur émérite de l'Université Paris II – Panthéon-Assas, Rapporteur

Madame DOMINIQUE TERRÉ
Chargée de recherche à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Rapporteure

Monsieur JEAN-LOUIS BERGEL
Professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur LUDOVIC HENNEBEL
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, titulaire de la chaire d'excellence A*MIDEX de droit international des droits de l'homme et de droit global de l'Université d'Aix-Marseille

Madame CATHERINE THIBIERGE
Professeure à l'Université d'Orléans

Monsieur HERVÉ ISAR
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de recherche

L’Université d’Aix-Marseille n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Que soit chaleureusement remercié Monsieur le Professeur Hervé Isar de m'avoir permis de vivre cette aventure passionnante et enrichissante qu'est le doctorat, ainsi que de sa confiance, sa disponibilité, sa franchise et ses conseils toujours rigoureux et bienveillants.

Que soient profondément remerciés les Professeurs membres du jury de me faire le grand honneur d'accepter de juger ce travail après l'avoir inspiré en bien des points.

Que soient infiniment remerciés ma compagne, mes parents, ma sœur et mon frère pour leur soutien indéfectible sans lequel cette thèse n'aurait pu voir le jour.

Enfin, que soient chaudement remerciés celles et ceux qui, dans mes entourages familial, amical et professionnel, des Vosges à la Provence, du Doubs à la Méditerranée, ont encouragé ou autrement favorisé la réalisation de cet ouvrage.

Un remerciement tout particulier est adressé à Madame Catherine Bouchet pour son attention de chaque instant au moment de finaliser cette thèse et d'en organiser la soutenance.

SOMMAIRE

Première partie

Le renouvellement préoccupant des sources privées : illustrations en droit de la communication par internet

Titre 1

L'originalité constatée des sources privées du droit de la communication par internet

Titre 2

La légitimité contestée des sources privées du droit de la communication par internet

Seconde partie

Le renouvellement insuffisant des sources publiques : illustrations en droit de la communication par internet

Titre 1

La situation contrastée des sources publiques externes du droit de la communication par internet

Titre 2

L'organisation contrariée des sources publiques internes du droit de la communication par internet

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Principales revues juridiques et sélection d'acronymes et sigles

AAI..... Autorité administrative indépendante
ACM..... Association for Computer Machinery
ACTA ..... Accord commercial anti-contrefaçon
ADSL..... Asymmetric digital subscriber line
AFA..... Association des fournisseurs d'accès et de services Internet
AFDI..... Annuaire français de droit international
AFNIC ..... Association française pour le nommage internet en coopération
AFNOR..... Association française de normalisation
AJDA..... Actualité juridique droit administratif
AJIL..... American Journal of International Law
AJP ..... Actualité juridique droit pénal
ALAC ..... At Large Advisory Committee
ANFR..... Agence nationale de fréquences
APROGED ..... Association des professionnels de la gestion électronique de documents
ARCEP..... Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARJEL ..... Autorité de régulation des jeux d'argent en ligne
Arch. phil. dr. ..... Archives de philosophie du droit
ARPP ..... Autorité de régulation professionnelle de la publicité
ASCII..... American Standard Code for Information Interchange
ASO..... Address Supporting Organization
Aut. conc. ..... Autorité de la concurrence

BCP ..... *Best Current Practice*
BtoB ..... *Business to business*
BtoC ..... *Business to consumer*

Cah. dr. eur. ..... Cahiers de droit européen
Cah. Cons. const. ..... Cahiers du Conseil constitutionnel
C. arb. ..... Cour arbitrale
Cass. ..... Cour de cassation
- Cass. 1re ou 2e ou 3e civ. ..... Chambres civiles
- Cass. ass. plén..... Assemblée plénière
- Cass. ch. mixte..... Chambre mixte
- Cass. ch. réunies ..... Chambres réunies
- Cass. com. ..... Chambre commerciale
- Cass. crim..... Chambre criminelle
- Cass. req..... Chambre des requêtes
- Cass. soc. ..... Chambre sociale
CCI..... Chambre de commerce internationale
ccNSO..... Country Code Domain Names Supporting Organization
ccTLD..... *Country code top level domain*
CDE..... Cahiers de droit de l'entreprise
CE ..... Conseil d'État
- CE, ass. ..... Décision prise par l'assemblée

- CE, avis..... Avis
- CE, sect..... Décision prise par la section du contentieux
- Rec. CE..... Décision publiée au Recueil
- Rec. CE, tables ..... Décision publiée aux tables du Recueil
CENTR ..... Council of European National Top Level Domain Registries
CERT..... Computer Emergency Response Team
CESE ..... Conseil économique, social et environnemental
CIJ..... Cour internationale de justice
CJCE..... Cour de justice des communautés européennes
CJUE ..... Cour de justice de l'Union européenne
CNIL..... Commission nationale informatique et libertés
CNNum..... Conseil national du numérique
CNUDCI ..... Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Comm. CE..... Commission des Communautés européennes
- Comm. CE, déc..... Décisions
- Comm. CE, règl. ..... Règlements
Comm. com. électr. ..... Communication commerce électronique
Comm. EDH ..... Commission européenne des droits de l'homme
Comm. UE..... Commission européenne
- Comm. UE, déc..... Décisions
- Comm. UE, règl. ..... Règlements
Cons. CE ..... Conseil des Communautés européennes
Cons. conc. ..... Conseil de la concurrence
Cons. const. ..... Conseil constitutionnel
Cons. eur. ..... Conseil européen
Cons. Europe ..... Conseil de l'Europe
Cons. UE ..... Conseil de l'Union européenne
- Cons. UE, déc. ..... Décision
- Cons. UE, règl. ..... Règlement
Contrats, conc. consom. ..... Contrats, concurrence, consommation
CORE..... Council of Registrars
CPJI ..... Cour permanente de justice internationale
CSA ..... Conseil supérieur de l'audiovisuel
CtoC ..... *Consumer to consumer*

D..... Dalloz (Recueil)
DADVSI..... Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information
DDHC ..... Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
dir. ..... Directive
DNS..... Domain Name System
DPCI..... Droit et pratique du commerce international
Dr. et société..... Droit et société
Droits..... Revue Droits
DSL ..... *Digital subscriber line*
DUDH..... Déclaration universelle des droits de l'homme

EDCE..... Études et documents du Conseil d'État
ETSI ..... European Telecommunications Standards Institute
EuroDIG..... European Dialogue on Internet Governance

FAI ..... Fournisseur d'accès à internet
FCC ..... Federal Communications Commission
FEVAD ..... Fédération de l'e-commerce et de la vente à distance
FNC ..... Federal Networking Council

GAC..... Government Advisory Committee
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
GBDE ..... Global Business Dialogue on e-Society
GESTE..... Groupement des éditeurs de contenus et de services en ligne

GNSO ..... Generic Domain Names Supporting Organization
gTLD ..... *Generic top level domain*

HADOPI ..... Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
HTML ..... *Hypertext Markup Language*
HTTP ..... *Hypertext Transfer Protocol*

IAB ..... Interactive Advertising Bureau
IAE ..... Internet Architecture Board
IAHC ..... Internet Ad Hoc Committee
IANA ..... Internet Assigned Numbers Authority
ICANN ..... Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICRA ..... Internet Content Rating Association
IEEE ..... Institute of Electrical and Electronics Engineers
IESG ..... Internet Engineering Steering Group
IETF ..... Internet Engineering Task Force
IGF ..... Internet Governance Forum
IMP ..... *Interface Message Processor*
INCORE ..... Internet Content Rating for Europe
IP ..... *Internet Protocol*
ISO ..... Organisation internationale de normalisation
ISOC ..... Internet Society
ISTO ..... Industry Standard and Technology Organization

JCl. ..... JurisClasseur - Encyclopédies
JCP ..... JurisClasseur Périodique
- JCP A ..... Administration et collectivités territoriales
- JCP E ..... Entreprise et affaires
- JCP G ..... Général
JDI ..... Journal du droit international (Clunet)

Lamy ..... Lamy (classeurs et ouvrages reliés)
LCEN ..... Loi pour la confiance dans l'économie numérique
Légipresse ..... Revue Légipresse
LPA ..... Petites affiches (Les)

MARC ..... Mesures alternatives ou modes alternatifs de résolution des conflits
MoU ..... *Memorandum of understanding*

NCP / FTP ..... *Network Control Protocol / File Transfer Protocol*
NISSG ..... Network Information Security Steering Group
NRO ..... Number Resource Organization
NSI ..... Network Solution International
NTIC ..... Nouvelles technologies de l'information et de la communication

OCDE ..... Organisation de coopération et de développement économique
OMC ..... Organisation mondiale du commerce
OMPI ..... Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG ..... Organisation non gouvernementale
ONS ..... Object Naming Service
ONU ..... Organisation des Nations unies
- AG ONU, rés. ..... Résolution de l'Assemblée générale

PE ..... Parlement européen
- PE, règl. ..... Règlements
PICS ..... Plateform for internet content selection
Pouvoirs ..... Revue Pouvoirs
Propr. intell. ..... Propriétés intellectuelles
P2P ..... Pair-à-pair

RCADI ..... Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDIP ..... Revue de droit international privé
RDP ..... Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE ..... Revue du droit de l'Union européenne
Rec. ..... Lebon
Rec. CE ..... Recueil des décisions du Conseil d'État
Rec. Cons. const. ..... Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rev. adm. ..... Revue administrative
Rev. conc. consom. ..... Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. Lamy dr. aff. ..... Revue Lamy droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ. ..... Revue Lamy droit civil
RF adm. publ. ..... Revue française de l'administration publique
RFC ..... *Request For Comments*
RFDA ..... Revue française de droit administratif
RFD const. ..... Revue française de droit constitutionnel
RFID ..... Radio Frequency Identification
RF sc. pol. ..... Revue française de science politique
RGDI publ. ..... Revue générale de droit international public
RID comp. ..... Revue internationale de droit comparé
RID éco. ..... Revue internationale de droit économique
RIEJ ..... Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIR ..... Regional Internet Registries
RISA ..... Revue internationale des sciences administratives
RLDI ..... Revue Lamy droit de l'immatériel
RRJ ..... Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RTD civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ..... Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDE ..... Revue trimestrielle de droit européen
RTDH ..... Revue trimestrielle des droits de l'homme

SMSI ..... Sommet mondial sur la société de l'information
SNCD ..... Syndicat national de la communication directe
sTLD ..... *Sponsored top level domain*

TCP ..... *Transmission Control Protocol*
TFUE ..... Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE ..... Tribunal de première instance des communautés européennes

UE ..... Union européenne
UFMD ..... Union française du marketing direct et digital
UGC ..... *User Genereted Content*
UIT ..... Union internationale des télécommunications
UNESCO ..... Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
URL ..... *Uniform resource locator*

WGIG ..... Groupe de travail sur la gouvernance de l'internet
WSIS ..... World Summit on the Information Society
WWW ..... *World Wide Web*
W3C ..... World Wide Web Consortium

XML ..... Extensible Markup Language

INTRODUCTION

L'objet de cette thèse sera de répondre à la problématique suivante :

En quoi et dans quelle mesure le droit de la communication par internet témoigne-t-il de continuités, de mouvements et de ruptures actuels ou à venir dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit ?

Pareille problématique amènera à interroger les sources du droit d'aujourd'hui mais aussi et plus encore les sources du droit de demain. Cette thèse portera donc sur l'évolution des sources, leurs mutations, leur pérennité et les défis qui se posent et se poseront à elles. Le droit de la communication par internet serait ainsi un « exemple prospectif »*, cela non en ce qu'il appartiendrait au futur mais en ce que, étudié aujourd'hui, il serait* révélateur du « droit de demain »*. Il permettrait d'anticiper l'avenir du droit.*

Le renouvellement des sources du droit peut être étudié sous deux aspects : qualitatif et quantitatif. L'expression « en quoi et dans quelle mesure » permettra de poser à la fois la question des aspects qualitatifs (« en quoi ? ») et la question des dimensions quantitatives (« dans quelle mesure ? ») des phénomènes observés. Il y a renouvellement des sources du droit d'un point de vue qualitatif *lorsque des sources d'une nouvelle espèce, d'un nouveau genre ou même d'une nouvelle nature apparaissent. Il y a* renouvellement des sources du droit d'un point de vue quantitatif *lorsque des sources préexistantes mais desquelles jaillissait peu de droit deviennent des fleuves de normes, au point de concurrencer les sources ordinaires de règles juridiques.*

Ensuite, la problématique conduira à interroger, à l'aune du droit de la communication par internet, les continuités (aucun changement de l'objet observé), les mouvements (changements ponctuels n'affectant pas la cohérence générale de

*l'objet observé) et les ruptures (changements radicaux modifiant la cohérence générale de l'objet observé) des sources du droit. Et ces interrogations devront porter sur quatre aspects : leur nombre, leur identité (*i.e. *leurs spécificités respectives), leur architecture (*i.e. *leur « taxinomie » et leurs liens formels) et leur équilibre (*i.e. *leurs rapports de forces en termes de production normative (de capacité à émettre des normes) et de puissance normative (de capacité à émettre des normes effectives et efficaces)).*

Orientée vers l'avenir du droit plus que vers son passé, souhaitant anticiper le futur du monde juridique en observant ses mouvements actuels, cette thèse cherchera à constituer un ensemble de recherches prospectives. *Les sources du droit de la communication par internet ne sauraient être représentatives des sources du droit d'aujourd'hui, si l'heure est encore majoritairement au droit moderne, droit stato-centré. En revanche, leur étude pourrait permettre de concevoir ce que seront les sources du « nouveau droit », donc d'anticiper la tournure que le renouvellement des sources du droit pourrait prendre prochainement.*

Déjà des auteurs soulignent combien « la théorie des sources formelles est en décalage complet avec les modes effectifs de régulation de l'internet *»*[1]*. Au-delà de la mise en évidence du besoin de réviser plus ou moins substantiellement la pensée des sources, il s'agira, considérant que le droit de la communication par internet serait un* puissant révélateur des particularités et des permanences du « droit en devenir »*, et alors que les conséquences de la globalisation sur le droit seraient devenues le sujet de préoccupation majeur de la théorie et de la philosophie du droit contemporaines*[2]*, de profiter de l'observation de cette branche du droit pour forger quelques instruments et recueillir quelques données afin de mieux cerner la*

[1] F. LATTY, « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 64 (non souligné dans le texte original).

[2] B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », [en ligne] <philodroit.be>, 2014, p. 2. Le Professeur Benoît Frydman écrit notamment que, « à la faveur de la globalisation et des transformations sociales, politiques et économiques qu'elle désigne, c'est le concept même de droit, mais aussi ses formes, ses institutions, ses procédures et jusqu'aux conditions de sa légitimité, qui se trouvent réévalués et repensés à nouveaux frais » (*ibid.*).

dynamique du droit, *mieux comprendre l'*évolution du droit dans un monde globalisé.

Si « le concept de sources est très puissant par sa simplicité et sa densité »[1]*, y recourir oblige à opérer différents choix, à fournir nombre d'explications et à prendre diverses précautions. Ainsi convient-il de définir le concept de sources du droit tel que compris en ces pages, cette définition emportant de grandes conséquences (II). Ensuite, le droit de la communication par internet, branche du droit servant de révélateur des mutations actuelles et à venir du droit et de ses sources, devra être présenté (III). Enfin, il faudra expliquer la méthode et le plan retenus, ainsi que les enjeux, les limites et les contraintes qui s'y attachent (IV). Mais, avant tout, il importe de préciser et approfondir l'objet de cette thèse (I).*

I

***Des recherches sur le renouvellement des sources du droit à travers l'exemple du droit de la communication par internet.* –** En ces pages, *les sources du droit ne seront pas au service d'une réflexion sur le droit de la communication par internet ; ce sera le droit de la communication par internet qui sera au service d'une réflexion sur les sources du droit*. Cela explique l'articulation entre titre (*Le renouvellement des sources du droit*) et sous-titre (*Illustrations en droit de la communication par internet*). L'intention sera bien d'*éclairer la pensée de la structure et des tendances générales du droit* par l'observation d'une branche du droit spécialement choisie à ces fins en ce qu'elle serait significative du « droit de demain ». Le droit de la communication par internet sera *l'aune*, c'est-à-dire

[1] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 4.

la règle permettant de mesurer de manière anticipatrice les mutations des normes et de leurs sources. Il s'agira ainsi de fournir quelques arguments — et contre-arguments — concrets aux travaux actuels sur le renouvellement des sources du droit[1], cela grâce à une *étude de cas*.

Selon un adage dont la paternité est attribuée à Platon, « s'il n'y a de science que du général, il n'y a de vérité que du particulier »[2]. Tout l'enjeu serait ainsi de savoir mêler particulier et général et de savoir mettre le particulier au service du général. Il est nécessaire, semble-t-il, de vérifier l'ampleur des changements qui affecteraient le phénomène juridique à partir de l'étude objective et empirique d'un corpus juridique suffisamment fin et circonscrit pour être étudiable et suffisamment vaste et diversifié pour être révélateur. Le choix opéré en cette thèse est de se concentrer sur les sources du droit de la communication par internet, notamment car celles-ci permettraient de constater la tendance à la fragmentation du droit et à la démultiplication des producteurs de règles juridiques.

Nombre de spécialistes de ces questions considèrent que la « société de l'information » serait un objet pertinent pour l'étude des nouvelles sources du droit, que l'internet serait le « lieu de prédilection de *la soft law* »[3] ou que le droit des communications électroniques serait la branche du droit la « plus symptomatique du phénomène de globalisation du droit »[4], lequel ne saurait aller

---

[1] Par exemple, Th. BONNEAU, D. MAZEAUD, dir., *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Éditions Panthéon-Assas, 2016 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme – Le renouvellement des sources du droit*, Economica, coll. Études juridiques, 2011.

[2] Cité par M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XXXI.

[3] A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 145.

[4] B. RICOU, M. TOUZEIL-DIVINA, « Des communications électroniques : Quelle unité du Droit ? Quel service public ? », in B. RICOU, M. TOUZEIL-DIVINA, dir., *Communications électroniques – Objets juridiques au cœur de l'Unité des droits*, L'Epitoge-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012, p. V.

sans globalisation des sources du droit. Et, en 1984, un auteur notait déjà, de manière visionnaire, que

> *L'inadéquation du droit législatif et réglementaire est patente face aux problèmes juridiques éminemment complexes que pose — et que posera de manière croissante — l'irruption des nouvelles technologies de l'information et de la communication. [Celles-ci] connaissent un développement si rapide qu'il n'est pas hasardeux de prédire qu'elles seront longtemps en avance sur le droit, par nature conservateur et retardataire. Il en résulte d'ores et déjà un vide juridique autour d'un grand nombre de problèmes, qui conduit à transférer la charge de leur résolution aux tribunaux.*[1]

Ces commentaires résonnent fortement aujourd'hui. Ils amènent à considérer qu'il n'y aurait pas de meilleur témoin des défis que doivent affronter et que devront affronter les sources du droit, *a fortiori* les sources étatiques, que le droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Le droit de la communication par internet est ainsi un lieu au sein duquel il semble possible d'interroger *l'actualité et l'avenir des sources du droit*[2].

Dès lors que « les réseaux informatiques sont l'expression de la rationalité des sociétés postindustrielles »[3], le droit encadrant ces réseaux n'est-il pas

---

[1] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2e éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 86.

[2] L'enjeu apparaît important dès lors que d'aucuns, étudiant le droit de la communication par internet, s'obligent à « reconsidérer la théorie classique des sources du droit » (F. LATTY, *op. cit.*, p. 50). Plus encore, des philosophes du droit de l' « École de Bruxelles » en viennent à considérer que le droit « global » serait « difficilement soluble dans la théorie des sources sauf, peut-être, au prix de réaménagements tels que la théorie des sources perdrait ses vertus cardinales de clarté et de simplicité » (B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », *op. cit.*, p. 9), ou bien qu' « il faudra envisager de penser le droit, du moins le droit global, en prenant le risque de s'affranchir […] de la théorie des sources » (B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 25). L'objet de cette thèse consistera, notamment, à vérifier la congruence de pareilles assertions à l'aune du droit de la communication par internet, lequel est peut-être un droit « global » par excellence. Il s'agira de rechercher *dans quelles dimensions la théorie des sources devrait être repensée*. Ensuite, pourra être conclu à la pérennité, au déclin ou à la fin de l'utilité de cet outil classique qu'est celui des sources du droit.

[3] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 361.

logiquement plus que tout autre un foyer dans lequel puiser quelques enseignements décisifs quant aux mutations que le droit, insidieusement mais sûrement, connaîtrait à l'ère desdites « sociétés postindustrielles » et de la « condition immatérielle du monde »[1] ? Et, s'il est vrai que « les difficultés rencontrées aujourd'hui relativement à la maîtrise des sources du droit se trouvent au cœur des désordres juridiques »[2], cela ne pourrait que concerner à plus forte raison les sources du droit de la communication par internet. En ce sens, on constate combien « seule une approche renouvelée de la théorie des sources permet de rendre compte du phénomène de production normative dans le champ de l'internet »[3].

En particulier, il s'agira d'observer, à travers les sources du droit de la communication par internet, les rapports de forces entre puissance publique et puissance privée. Peut-être la différence majeure entre droit moderne et droit « postmoderne » est-elle que, tandis que l'État est le cœur du premier, la société civile et l'État seraient les deux poumons du droit « postmoderne », si bien qu'à la distinction primaire du droit public et du droit privé (reposant sur les objets et destinataires des normes) il faudrait ajouter la *distinction primaire des sources publiques et des sources privées du droit* (reposant sur les origines des normes).

L'actualité du renouvellement des sources du droit ou la question du développement de la puissance privée et du retrait de la puissance publique. – Existe-t-il une puissance privée capable de concurrencer ou même devancer la puissance publique dans l'élaboration des règles de droit ? C'est en particulier à cette interrogation que la thèse qui débute devra répondre. L'idée de puissance, qu'il s'agisse de puissance privée ou de puissance de l'État, fait ici référence à un *pur état de fait* empiriquement constatable et mesurable, à l'inverse, notamment, de la souveraineté qui pourrait s'analyser, parmi d'autres propositions, telle *une méta-prérogative théorique accordant le « droit au droit » à l'État*.

[1] Réf. à P. CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* 1999, p. 225 s.

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 2.

[3] F. LATTY, *op. cit.*, p. 64.

Déjà Jean Bodin voyait dans les puissances publique et privée deux ensembles bien distincts de pouvoirs et de sources de normes[1]. Mais l'illustre jurisconsulte n'imaginait guère que les forces privées puissent façonner des règles autres que particulières et à la portée très limitée. Il n'envisageait pas que la puissance privée puisse sortir du cercle des « mesnages » et des corporations et venir contester *le monopole de l'État en matière de fabrique des règles générales et impersonnelles*. L'État serait infiniment plus puissant que les pouvoirs privés, notamment en ce qu'il jouirait de prérogatives de puissance publique lui permettant de s'imposer en toutes circonstances face à d'éventuelles règles privées incompatibles avec les exigences qu'il a fixées.

Pourtant, à l'aube du XXI^e^ s., il est devenu commun de constater que des firmes transnationales s'autorégulent quasi-indépendamment des États, tout comme certains groupes intra-étatiques. D'aucuns se donnent leurs droits, inventent leurs propres modes de régulation et de « gouvernance », très à l'écart des institutions étatiques et interétatiques. Dans des domaines de plus en plus nombreux et pour des raisons de plus en plus variées, des formes de « gouvernance » à base de solutions contractuelles en tous genres ignorent les lois, des rapports normatifs caractéristiques de l'*autorégulation* se construisent de toutes pièces, des *modes alternatifs de résolution des conflits* subrogent — ou soulagent — les tribunaux et d'aucuns se résolvent à accepter la « fin de l'orthodoxie juridique »[2]. Là où l'État moderne était un État puissant et dominateur, l'État « postmoderne » serait un État banalisé, concurrencé, malmené. Afin de savoir si la réalité des « faits normatifs » correspond bel et bien au tableau dressé par les tenants de l'autorégulation, de la « gouvernance » et de la « postmodernité » juridique, il n'est peut-être pas de meilleur moyen que de rechercher, dans le cadre d'une branche du droit sujet d'expérience, les rôles respectivement joués par l'État et par les autres formes de pouvoir dans la régulation juridique des sociétés contemporaines.

---

[1] J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 3.

[2] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e^ éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 207.

À travers cette thèse, il s'agira d'*évaluer le niveau de puissance de l'État à l'heure du « village global »* et, ainsi, de fournir quelques arguments ou contre-arguments à ceux qui débattent de la « crise » et de l'avenir de l'État. En effet, avec ce droit qui ne cesse d'évoluer, il se trouve un acteur qui serait sans cesse remis en cause, dont les fondements trembleraient et soit s'écrouleraient, soit se survivraient, mais ne pourraient sortir intacts de ces révolutions au sein de leur environnement : *l'État*. Tant ses frontières géographiques que ses frontières symboliques tendraient à s'effacer ; sa souveraineté serait éprouvée, mais moins que sa puissance qui subirait l'impact de pouvoirs multiples, fragmentés et dispersés ; et le droit ne serait plus ce qu'il était dès lors qu'il se négocierait sur le « marché de libre concurrence de la norme juridique »[1], notamment en raison de la circulation des informations en temps réel. « L'internet est un bien commun de l'humanité, ce qui justifie une *gouvernance mondiale* », relève un rapport du Conseil économique, social et environnemental[2]. En même temps que l'État, ce serait donc aussi le *droit interétatique* qui endurerait les effets de la mondialisation. Il serait temps de penser l' « après État-nation »[3] et de réfléchir au « droit sans l'État »[4]. Que le cocktail globalisation-internet paraît explosif pour le droit-État. Le cyberespace se présente peut-être telle une poudrière juridique, aussi bien du point de vue de la théorie juridique que du point de vue de la pratique juridique. Le « droit effectif » se désolidariserait du « droit valide » et il deviendrait important de considérer que le droit positif serait le « droit effectif » plus que le « droit valide ».

L'opposition entre les propriétés du droit de la communication par internet et celles du droit moderne stato-centré. **–** Il semble que la communication par internet soit un témoin remarquable de ces mouvements vers le « global » et que

[1] J. COMMAILLE, « Droit et médias – Présentation », *Dr. et société* 1990, p. 279.

[2] N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 31 (non souligné dans le texte original).

[3] Réf. à J. HABERMAS, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

[4] Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*

le droit de la communication par internet soit un témoin remarquable de ces mouvements vers le droit « global ». En tout cas ce droit paraît-il illustrer l'inconséquence grandissante du paradigme de la « pyramide » et la pertinence croissante de celui du « réseau » — la « pyramide » des normes étant aussi une « pyramide » des sources et le « réseau » de normes étant aussi un « réseau » de sources. Le temps de l'internet est court quand le temps du droit moderne est long ; l'architecture de l'internet est réseautique quand l'architecture du droit moderne est pyramidale ; l'internet est transnational quand le droit moderne est territorialisé ; l'internet est décentralisé quand le droit moderne est centralisé ; l'internet est extra- ou paraétatique quand le droit moderne est étatique.

En somme, *la nature et la logique de l'internet contrediraient la nature et la logique du droit-État moderne*. L'internet est qualifié d' « espace de droits, de multirégulations et d'interrégulation entre la loi, la jurisprudence, les instances de régulation, la nétiquette, les codes de déontologie, les contrats, les usages… »[1]. On dit encore de l'internet qu'il serait un espace de « corégulation » et de « cocréation du droit » où l'architecture technique ne serait pas seulement objet de règles de droit mais aussi origine de règles de droit, élément du cadre juridique des activités internetiques. Ainsi le droit de la communication par internet est-il *a priori* un objet d'étude intéressant pour qui entend étudier le pluralisme des sources du droit. À moins qu'il ne soit le terrain de jeu d'un monisme juridique renversé : il ne s'y trouverait pratiquement que des règles privées produites par des organismes transnationaux de normalisation technique régis par les principes de souplesse, d'ouverture et de participation, auxquelles il faudrait ajouter la « Google *lex* » et ses proches parentes.

Il y a peut-être une part de vérité dans toutes ces descriptions du droit d'aujourd'hui et de demain. Il s'y trouve aussi, cela fait peu de doute, quelques exagérations et, parfois, un manque de demi-mesure. L'idée de pérennité du droit autant que l'habitude de penser ce dernier comme une succession de grands moments fixant pour longtemps le régime des choses juridiques sont à reconsidérer, mais peut-être pas à remplacer sans autre forme de procès par le

[1] *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2335.

règne du souple, de l'éphémère et de l'évanescent. Le réel ne se situe, semble-t-il, ni dans le tout-État ni dans le sans-État. Il n'y a peut-être qu'en se plongeant au cœur du bouillonnement normatif que la réalité du droit de la communication par internet peut être appréhendée avec justesse. Alors qu'il n'est pas assuré que les *faits normatifs* correspondent au sombre portrait d'un État défiguré que d'aucuns peignent, il importerait d'observer ce qui seul contiendrait des preuves décisives et irrésistibles : l'état du droit positif et des pratiques normatives.

Une étude devant permettre d'attester ou démentir empiriquement la vie du droit et l'effacement de l'État. **–** Dans un élan prophétique, Nietzsche imaginait : « Grâce à la liberté des communications, des groupes d'hommes de même nature pourront se réunir et fonder des communautés. Les nations seront dépassées »[1]. Lorsque les nations sont dépassées, peut-être le contrat social et, finalement, l'État et toutes ses fondations se trouvent-ils en péril. *La liberté des communications, suivant cette logique, pourrait être à l'origine de la fin de l'État.* Or, avec l'internet, il semble que la prédiction du philosophe germanique n'ait jamais été aussi proche de se réaliser — ce qui ne veut pas dire qu'elle soit proche de se réaliser. Il est permis, dès lors, d'interroger le présent et l'avenir de l'État et du droit de l'État. Ceux-ci, phénomènes socio-politiques récents, ne seraient qu'une parenthèse dans l'histoire de l'Homme. La question soulevée, lourde et presque indicible, est celle de *la disparition de l'État*. Bien évidemment, cette disparition ne saurait se produire soudainement, en un « coup d'État ». S'il devait y avoir disparition de l'État, ce ne pourrait être qu'au terme d'un long et lent déclin. *L'examen des sources du droit de la communication par internet doit permettre de mesurer cet éventuel recul, d'estimer sa réalité et, plus encore, sa potentialité.*

L'ancien président de l'ICANN, Fadhi Chehadé, déclare très significativement : « Les États doivent jouer un rôle dans la régulation d'internet, mais seulement un rôle de partenaires. […] Un modèle de gouvernance avec des

[1] F. NIETZSCHE, « La volonté de puissance » (1888), in *Fragments posthumes*, Gallimard, coll. Œuvres philosophiques complètes, 1976 (cité par P. RAIMAN, « Les philosophes et l'avenir », Le gai savoir, France culture, 8 sept. 2013).

décisions centralisées et reposant sur les gouvernements serait un désastre pour Internet »[1]. Cependant, qui observe sans préjugé et sans parti pris les sociétés en ce début de millénaire ne les voit peut-être pas livrées à elles-mêmes, abandonnées à elles-mêmes, de retour à l'état de nature car délaissées par des États moribonds et impuissants. Le pluralisme des sources du droit sera en tout cas compris en cette thèse, loin des implications théoriques ou idéologiques qui viennent prioritairement à l'esprit lorsqu'on l'évoque, tel *un instrument permettant d'évaluer la « crise de l'État »* et, plus précisément, d'évaluer les « crises » de sa puissance et de sa souveraineté : *le droit d'origine privée menacerait la puissance de l'État quand le droit d'origine publique externe menacerait sa souveraineté*[2].

Les destins de l'État et du droit semblent indissociables et parler de droit non étatique, ce serait déjà parler de l'État ; car il est possible de briller par son absence. Peut-être le pluralisme juridique évolue-t-il peu ou prou à un rythme similaire à celui des mutations qui affectent l'État et son droit et les études des sources para- et supra-étatiques ne sont-elles pas moins importantes sous l'angle de l' « état de l'État » que l'étude des sources étatiques. La dialectique pluralisme juridique-État est telle qu'il est permis d'estimer, certes assez caricaturalement, que l'État s'effacerait à mesure que le pluralisme juridique se développerait et, inversement, que le pluralisme juridique demeurerait timide tant que l'État resterait fort. Étudier une branche du droit dans laquelle le pluralisme juridique tend à être une réalité, cela reviendrait donc à étudier une branche du droit sur laquelle l'État n'exerce pas son emprise et qui, par conséquent, remet en cause de sa souveraineté à sa puissance en passant par son territoire ou encore sa nation.

S'il est vrai que « tous les grands concepts de l'État — souveraineté, citoyenneté, contrat social, Constitution, légalité, représentation, suffrage

[1] F. CHEHADÉ, « Interview de Fadhi Chehadé, président de l'ICANN », [en ligne] <lefigaro.fr>, 23 sept. 2014.

[2] En substance, est considéré que la souveraineté étatique serait au droit ce que la puissance étatique serait au fait.

universel, parlementarisme, magistratures etc. — sont vidés de leur substance »[1], et si le pluralisme des sources du droit vient confirmer la « crise de l'État », alors il sera peut-être temps de repenser lesdits grands concepts et, plus largement, de *repenser l'État*. *L'État est peut-être moins en « crise » que les théories qui tentent d'en rendre compte.* L'affirmation du pluralisme juridique pourrait coïncider avec l'avènement de l' « État pluriel »[2] plutôt qu'avec la fin de l'État. Il faut espérer que le renouvellement des sources du droit n'aille pas sans renouvellement de l'État, donc espérer être en présence non d'États paradoxalement dépassés par le droit mais d'États toujours acteurs du droit, quoique différemment. Partant, *le droit est peut-être lui aussi moins en « crise » que les théories qui tentent d'en rendre compte*.

Face à ces enjeux gargantuesques, il faut demeurer modeste et ne pas assigner à ces travaux des objectifs trop ambitieux. C'est pourquoi, en ces pages, il s'agira de chercher à *témoigner de la vie du droit mais non de vouloir participer à la vie du droit*. Et, puisque ce témoignage de la vie du droit sera plus exactement un témoignage de la vie de ses sources, il convient à présent de préciser dans quel sens cette recherche comprendra le concept de sources du droit. Cela emporte d'importantes conséquences, en premier lieu parce que seules les *sources formelles* du droit seront ici interrogées.

Après avoir défini la notion de source du droit dans le sens retenu en cette thèse, il conviendra d'insister sur le fait que la pensée des sources du droit ne saurait être intangible et doit peut-être s'adapter aux mouvements que connaîtrait actuellement le phénomène juridique — compris, avec les tenants du *pragmatisme juridique*, en tant que *« droit effectif »* davantage qu'en tant que « droit valide ». De plus en plus nombreux sont ceux qui en viennent à considérer que, s'il est « tout simplement impossible de penser le droit autrement que par

[1] S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 114.

[2] J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique », *RF adm. publ.* 2003, p. 203.

ses sources »[1], l'ordonnancement classique des sources du droit « ne semble plus en mesure de rendre compte de la réalité contemporaine des normes »[2].

II

La « source » en droit : une métaphore. **–** C'est notamment en droit qu'on recourt à la métaphore aquatique de la « source ». Accolé au mot « droit », celui de « source » évoque un lieu d'où jaillit le droit. C'est pourquoi la conception des sources du droit comme origines du droit est peut-être la plus intuitive. Le sens de l'expression « source du droit » est toutefois loin d'aller de soi. Il est souvent jugé ambigu ou équivoque tant il en existe de multiples acceptions. Aussi semble-t-il important d'expliquer soigneusement quelle approche des sources est retenue avant toute étude les prenant pour objet.

En cette thèse, sera considéré que la métaphore des « sources » renverrait aux *origines (formelles et matérielles) des règles de droit*, cette vision des sources étant la plus communément partagée et donc peu originale en soi. L'élément le plus cardinal, au moment de circonscrire le concept de source du droit, pourrait être de diviser celui-ci en deux sous-concepts n'ayant que peu à voir l'un avec l'autre : celui de *source formelle du droit* et celui de *source matérielle du droit*, distinction que François Gény serait le premier à avoir opérée et dont il faut expliquer le sens et la portée. Sources formelles/sources matérielles, telle est peut-être la *summa divisio* des sources du droit ; et celle-ci n'est pas une autre que la division *contenant/contenu du droit*. Tout d'abord, les sources formelles doivent être définies.

---

[1] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », *op. cit.*, p. 3.

[2] N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 10.

Le choix d'une conception organique des sources formelles du droit. **–** En ces lignes, est fait le choix d'une *approche organique* : les sources formelles du droit seraient les *organes ou ensembles d'organes qui édictent certains types particularisables d'actes normatifs* et qui de la sorte sont à l'origine du droit positif, non les procédures et autres moyens qu'ils mettent en œuvre à ces fins. Cette compréhension de l'expression « sources formelles du droit » conduit à *définir en premier lieu différentes catégories non de sources mais d'actes normatifs pour, ensuite, séparer les organes-sources les uns des autres en fonction des actes qu'ils édictent*, étant entendu qu'un même organe peut potentiellement appartenir à plusieurs familles de sources à la fois, bien que cette situation se rencontre rarement. La source formelle de la norme serait ainsi *son auteur formel* — qui peut différer de son auteur substantiel — ou, mieux, son *émetteur, celui qui lui donne son contenant mais non forcément son contenu*. La source formelle permettrait au « projet de droit » ou à la « proposition de droit » de devenir droit, d'entrer dans le droit positif, de passer du statut de norme potentielle à celui de norme réelle.

En ce qu'elle s'attache aux organes qui produisent « officiellement » — si le terme peut être aussi employé à propos des sources privées — les normes, la théorie des sources ici en cause se concentre entièrement sur les sources formelles. Ensuite, il est courant de désigner une source formelle par le type d'acte normatif qu'elle engendre.

La métonymie consistant à désigner une source formelle par le type d'acte normatif produit par elle. **–** Il semble loisible de *se référer, par métonymie, aux actes produits par les sources pour désigner ces sources*. Par exemple, entre la loi et le législateur, la source véritable est le législateur, *i.e.* le Parlement, mais il n'est pas interdit pour autant d'évoquer la loi ; simplement faut-il ne pas ignorer que la loi en tant que telle n'a pas de volonté, ne peut pas créer du droit, et que, à travers elle, ce sont les organes législatifs qui sont visés. La loi est, en somme, *plus proche de la norme que de la source, plus proche du résultat que de l'origine* ; elle est une manifestation du droit, donc le droit lui-même, plutôt que sa source. Il en va identiquement des règlements privés, de la jurisprudence — qui n'est pas à proprement parler une source, celle-ci étant le juge ou le tribunal —

ou de la coutume, pour laquelle il faut davantage rechercher la source *stricto sensu* dans le groupe social dont elle émane. Entre l'acte et l'organe, la source formelle paraît devoir être rattachée à l'organe plus qu'à l'acte, bien qu'il ne soit peut-être pas inconséquent de voir dans les sources les supports du droit et d'assimiler la science des sources formelles du droit à la *science des actes juridiques* (lois, décrets, Constitutions, jugements, arrêts, contrats etc.).

Dans tous les cas, il n'y aurait guère de difficulté à utiliser le terme « loi » afin de renvoyer aux sources que sont les organes qui produisent des lois, même si sont alors en apparence confondus la source et son mode d'expression. Aussi, lorsque les sources formelles seront envisagées par référence à certains types d'actes normatifs, ce ne sera toujours qu'afin d'user de raccourcis sémantiques, étant entendu qu'*un organe et le type d'actes normatifs qu'il produit sont indissociables sous l'angle des sources formelles*.

Par ailleurs, doit être mise en avant la dimension scientifique naturellement attachée à la notion de source formelle du droit. Cela n'est guère anodin du point de vue de cette thèse dont l'ambition sera essentiellement de fournir un témoignage objectif et empirique du renouvellement — ou non-renouvellement — des sources du droit.

La dimension scientifique naturellement attachée à la notion de source formelle du droit. **–** Émanant d'une *conception positiviste du droit*, le recours à l'image des sources formelles ne possède normalement aucune dimension politique ni axiologique. Sa visée est seulement descriptive : il s'agit de décrire les lieux où sont créées les règles de droit, d'en fournir une présentation rationnelle et explicative. Qui s'intéresse aux sources formelles devrait se borner avant tout à les « inventorier »[1], même s'il est peut-être aussi possible d'opérer un effort classificatoire et d'ordonnancement ou de les envisager sous un angle critique, éventuellement sous un angle prospectif. Comme l'indique leur nom, ces sources ne désignent que le contenant du droit, que l'*instrumentum*, là où le contenu du droit, le *negotium*, c'est-à-dire le devoir-être en tant que tel, est le

[1] C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

fruit de l'intervention des sources matérielles. Sources formelles et matérielles doivent ainsi être précisément séparées, les premières correspondant à la « partie visible de la matière juridique »[1] là où les secondes se rapportent davantage à la face cachée du monde du droit et, donc, au domaine de l'informel.

Le terme « source » mettant l'accent sur ce qui donne naissance au droit, peuvent être concernées tant la naissance de la forme du droit que la naissance du fond du droit. Les sources matérielles sont logiquement opposées aux sources formelles et il faut expliquer cette distinction. Si une source est un endroit où l'on puise, il n'est bien entendu pas faux de considérer que la source du droit serait l'endroit où le droit puise son inspiration.

La mise à l'écart des sources matérielles. **–** La question des sources matérielles — « sources des sources »[2] ou « sources des sources formelles » en quelque sorte — serait à rapprocher de celles *des causes, des raisons et des motifs du droit*, là où la question des sources formelles serait à rapprocher de celles *des moyens et des manifestations du droit*. Les normes juridiques ne se construisent pas et n'évoluent pas *ex nihilo* ; elles ne sont pas arbitraires et sans causes. Si le législateur « est la source de la loi, cette source ne jaillit que sous la pression des nappes d'eau souterraines qu'il est intéressant de découvrir »[3]. Les sources matérielles désigneraient donc tout élément quel qu'il soit ayant *influencé*, d'une manière ou d'une autre, de près ou de loin, directement ou indirectement, le *contenu du droit*, c'est-à-dire le sens et la portée des devoir-être.

Ces sources se situeraient à l'arrière-plan du droit, quand les sources formelles seraient davantage au premier plan et, en ce sens, beaucoup plus visibles. La première des différences entre les sources formelles et les sources matérielles serait ainsi que les premières seraient relativement aisées à identifier et, par suite, à étudier — *toute norme n'aurait qu'une seule et unique source*

[1] J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTD civ.* 1995, p. 69.

[2] G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 22.

[3] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 80.

formelle —, tandis que les secondes seraient généralement multiples, incertaines et, par définition, cachées puisqu'informelles.

L'idée de source matérielle prolonge celle de source formelle : les règles créées par des organes disposant de la « capacité normative » ne sont pas sans fondement ; elles remontent toujours à des origines plus profondes et trouvent des explications qui dépassent allègrement leurs sources formelles, lesquelles ne sont parfois que des instruments passifs au service de forces extérieures. Peut-être les sources matérielles sont-elles au moins autant indispensables au droit que les sources formelles.

Reste que les sources formelles et les sources matérielles, toutes éminemment importantes pour le fonctionnement et le visage du droit, posent des questions incomparables, ne se situent pas sur le même plan, et que, en général, les études des sources du droit se concentrent soit sur les unes, soit sur les autres. Au sein des présents travaux, *l'essentiel de l'attention sera porté sur les sources formelles*, donc sur les contenants des normes juridiques, ce qui ne constitue, semble-t-il, guère une approche originale tant, dans la doctrine juridique, les sources formelles ne cessent de l'emporter toujours plus sur les sources matérielles, abandonnées aux historiens et aux sociologues du droit. En effet, le choix d'étudier les sources formelles s'explique notamment par le fait que les juristes les étudient plus naturellement que les sources matérielles, lesquelles intéressent davantage d'autres sciences sociales[1]. Ensuite, l'un des premiers enjeux de cette thèse sera d'interroger la pérennité de la théorie moderne des sources formelles du droit à l'aune du droit de la communication par internet.

[1] En ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd. (1959), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 26 (« les sources matérielles (dogmes idéologiques, groupes sociaux, poids de l'histoire) sont autant d'éléments qui ne présentent pas de juridicité propre. Leur étude relève non du droit, mais plutôt des sciences politiques ou sociales. Ces sources sont méta-juridiques ou extra-juridiques. Leur influence sur le contenu des règles de droit est incontestable mais ces sources ne participent pas de l'ordre positif »).

***L'enjeu de considérer* a priori *les sources privées comme les égales des sources publiques.* –** Si « l'étude des sources formelles est la seule praticable »[1], il y a différentes façons d'envisager cette étude. Or le pari pris en ces pages — et largement dicté par la réalité du « droit effectif » de la communication par internet — est qu'il serait possible de *repenser l'architecture moderne des sources du droit* dès lors que celle-ci est l'objet de diverses critiques et est dénoncée comme insuffisante. Et l'élément cardinal de cette nouvelle approche des sources du droit consiste à *conférer aux sources privées une place équivalente à celle réservée aux sources publiques*, là où, classiquement, les secondes attirent l'essentiel de l'attention quand les premières ne sont envisagées qu'à la marge. Ainsi les deux parties principales de cette thèse porteront-elles, pour l'une, sur les sources privées et, pour l'autre, sur les sources publiques.

Par ailleurs, encore faut-il souligner dans cette introduction à quel point le recours aux sources du droit par une part de la doctrine a été et continue d'être critiqué par une autre part de la doctrine, pour différents motifs dont celui selon lequel la métaphore, comme beaucoup de métaphores, manquerait cruellement de sens, ne serait guère heureuse scientifiquement et épistémiquement. En outre — et de façon plus décisive du point de vue des présentes recherches —, les descriptions des sources du droit ordinairement proposées deviendraient de plus en plus lacunaires, spécialement en ce qu'elles ne tolèreraient guère l'existence de sources privées du droit autres que la coutume. C'est tout cela qui invite à suivre un nouveau chemin parmi les sources du droit.

Évolution de la réalité des sources et stagnation de la pensée des sources ? – La notion de sources du droit serait actuellement « en crise ». Et non seulement la notion mais aussi les sources du droit en tant que telles seraient ainsi « en crise », cela en raison du déploiement à l'ère contemporaine de formes nouvelles de droit venant « mettre en lumière le caractère très incomplet des sources traditionnelles »[2] dans le « contexte anarchique ou polyarchique de la

[1] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1431.

[2] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 57.

globalisation, très bavard en termes normatifs »[1]. Dès lors, le concept de « source du droit » serait une « grande notion méthodologique du droit moderne » avec laquelle il faudrait « prendre [ses] distances »[2] à l'heure des nouveaux objets normatifs que sont les usages, les codes privés, les chartes, les conditions générales d'utilisation, les contrats-types, les normes comptables, les normes managériales, les normes techniques, les standards, les protocoles, les algorithmes, les meilleures pratiques, les labels, les indicateurs, les classements, les statistiques, les sondages, les *nudges*[3] etc.[4].

En 1997, Christian Atias estimait que « prendre conscience des défaillances des prétendues sources du droit sera la tâche de la génération [de juristes] qui s'installe »[5]. Peut-être étudier les sources du droit de la communication par internet permettra-t-il de mettre en lumière des *mutations plus ou moins profondes des sources du droit* par rapport à ce qu'elles étaient à l'ère moderne du droit ou, pour le dire de manière plus précise, par rapport à ce qu'elles étaient au XX^e^ s. dans les branches les plus classiques du droit. Or, au XXI^e^ s., alors qu'on note qu'un processus en cours consisterait à *passer du droit moderne au droit « postmoderne » et des droits nationaux au droit « global »*, une critique de plus en plus fréquemment émise à l'encontre de la doctrine majoritaire des sources du droit est qu'*elle pécherait par manque de pragmatisme et par excès de conservatisme*. Le fossé séparant la théorie de la pratique se creuserait de plus en plus *à mesure que la pensée des sources stagnerait et que la réalité des*

[1] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 26.

[2] *Ibid.*

[3] Les *nudges*, qu'on peut traduire par « coups de pouce », sont des incitations comportementales qui persuadent inconsciemment d'agir dans un certain sens plutôt que dans un autre.

[4] Et le Professeur Benoît Frydman de convenir que « la démarche, normale pour le juriste, consistant à penser les transformations actuelles du droit en termes d'évolution de la théorie des sources ne paraît pas être la plus prometteuse ni la plus pertinente » (*ibid.*). Ce sera l'un des objectifs premiers de cette thèse, non de chercher à contredire cette affirmation, mais d'observer dans quelle mesure elle est justifiée ou injustifiée.

[5] Ch. ATIAS, « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », *D.* 1997, p. 44.

sources muerait. L'état, l'architecture et la typologie des sources du droit seraient relatifs, c'est-à-dire contingents et évolutifs. La présentation des sources du droit mériterait d'être rénovée afin d'incorporer un certain nombre de nouvelles sources et d'effacer, éventuellement, quelques sources « taries » ou, du moins, devenues marginales.

Partant, la conception selon laquelle il existerait trois sources du droit qui seraient la loi, la jurisprudence et la coutume devrait être réinterrogée.

La loi, la jurisprudence et la coutume : une classification à réviser ? – La pensée des sources du droit aujourd'hui la plus ordinairement adoptée est une pensée positiviste selon laquelle leur nombre serait déterminé et fini. Il y aurait *trois sources du droit* : *la loi* (conçue dans un sens large visant tout acte normatif étatique à portée générale, abstraite et impersonnelle, incluant donc les constitutions et autres règlements), *la jurisprudence* et *la coutume*.

Devant cette présentation tripartite, on souligne que « la présentation traditionnelle ne satisfait ni l'étudiant ni le professeur »[1]. C'est notamment le cas de la coutume qui pose question[2], le rôle qu'elle joue à l'intérieur du droit contemporain s'avérant de plus en plus secondaire, à tel point qu'elle paraît largement asséchée. Surtout, un certain nombre de sources qui devraient peut-être figurer sur cette liste semblent ignorées, ce qui s'expliquerait en premier lieu par l'étatisme juridique qui continuerait d'imprégner la pensée juridique collective et

[1] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 5.

[2] D'ailleurs, l'intégration de la coutume parmi la liste des sources du droit a pu être sévèrement critiquée. Norberto Bobbio, pour sa part, retenait que la coutume pourrait être une source du droit, mais seulement une « source subsidiaire et inférieure » (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 27). Il est vrai que la cohabitation entre l'étatisme prégnant dans la pensée juridique et l'intégration largement acceptée de la coutume parmi les sources est surprenante dès lors qu'une coutume se définit comme « un droit non étatique, ou pré-étatique ; un droit qui trouve son origine dans le corps social et non dans la volonté de la puissance publique ; un droit qui échappe ainsi à l'emprise de l'État. Et c'est bien pourquoi l'État moderne n'aime pas la coutume » (J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 326).

qui amènerait à nier la possibilité de créer du droit — en tout cas des normes à portée générale — dans un cadre privé.

La présentation classique des sources du droit se transmettrait tel un héritage et s'imposerait à l'esprit tel un dogme. Devant cette situation, on en vient à dénoncer l' « aveuglement face à la réalité des sources du droit »[1]. Il est alors tentant d'entreprendre un travail de recherche visant à recenser les différents foyers de normativité d'une branche du droit donnée en ne reprenant pas la classification tripartite classique des sources du droit. À propos du droit dans sa globalité, on dresse le constat suivant : « La théorie traditionnelle des sources du droit, peu adéquate aux besoins d'une société dynamique et ouverte comme la société d'aujourd'hui, exige une profonde révision »[2]. Et, alors que, dans les années 1930, Georges Gurvitch a pu déjà regretter la « restriction dogmatique du nombre des sources formelles »[3], le Professeur Philippe Jestaz critique une typologie ordinaire des sources « de plus en plus boiteuse »[4]. À l'aune de la branche du droit originale qu'est le droit de la communication par internet, peut-être l'observateur ne peut-il qu'être amené à adopter de pareilles positions, ne peut-il qu'être conduit à considérer qu' « on ne parvient plus à dissimuler l'incapacité [des sources du droit] à remplir leur éminente fonction : […] prendre la mesure des règles de droit existantes »[5].

Ce serait donc un besoin très actuel que de reconfigurer la théorie des sources du droit afin de la rendre plus pragmatique.

***L'enjeu de ne pas déterminer* ab initio*, sans égards pour les « faits normatifs », l'identité et le nombre des sources du droit.* –** Contre Michel Virally qui disait des sources du droit que « leur petit nombre implique qu'elles

[1] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 171.

[2] V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *Arch. phil. droit* 2005, p. 19.

[3] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 144.

[4] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 4.

[5] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1432.

se retrouvent dans tous les ordres juridiques à l'identique et se prêtent à la systématisation »[1], Georges Gurvitch enseignait que,

> *Les sources formelles [étant] de simples procédés techniques de constatation des faits normatifs, la conclusion est qu'il peut y avoir, en principe, un nombre illimité de sources formelles du droit, ces procédés techniques étant variables et de nouveaux pouvant toujours être inventés. […] Ainsi, la restriction du nombre de ces procédés à certaines espèces exclusives (par exemple loi, décret, coutume et pratique des tribunaux) n'a aucune valeur scientifique et ne représente qu'un pur dogmatisme.*[2]

Les sources du droit ne se présenteraient donc ni en nombre fixe ni dans un ordre stable. Elles seraient « fluides comme le droit qu'elles nourrissent »[3] et, aujourd'hui, il serait de plus en plus nécessaire de faire évoluer les connaissances s'y rapportant.

Christian Atias notait que, « plus soucieux de paraître retrouver une certaine orthodoxie constitutionnelle que de décrire ou expliquer la réalité, le raisonnement en termes de sources du droit gomme les variables et s'en tient aux constantes »[4]. Et les spécialistes de la problématique d'ajouter : « La distorsion qui ne cesse de s'accroître entre la dogmatique et la réalité ne modifie pas vraiment l'habitude de classer chaque prescription juridique dans les catégories traditionnelles, comme si ces dernières demeuraient suffisamment performantes »[5]. La révision de la théorie et de la typologie des sources du droit ne serait donc guère à l'ordre du jour. Il se pourrait bien, pourtant, qu'elle doive l'être bientôt et il faut croire, en tout cas, qu'elle doit l'être du point de vue de qui étudie une branche du droit telle que le droit de la communication par internet. En effet, si le scientifique écartait de son champ d'observation les

[1] M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 149.

[2] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 143.

[3] J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculations sur les sources du droit) », *Arch. phil. droit* 1982, p. 10.

[4] Ch. ATIAS, « Les maux du droit et les mots pour le dire », *D.* 1997, p. 231 (cité par M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2353).

[5] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1432.

nouveaux types de normes et d'organes normateurs, il aboutirait peut-être à rendre des conclusions ne valant que dans *un monde du droit par trop isolé du monde des normes*.

En cette thèse, quelques distances seront donc volontairement prises avec la conception ordinaire des sources formelles, cela afin de pouvoir proposer une nouvelle grille de compréhension et d'analyse. L'état contingent et évolutif des sources du droit ne devrait-il pas amener à mettre constamment en doute leur identité et leur nombre ? C'est ainsi la typologie des sources du droit que cette thèse visera à reconsidérer, bien que la pensée des sources puisse par conséquent apparaître tel un tonneau des Danaïdes.

Une typologie des sources et non une étude des relations entre les sources. – Notamment parce qu'elle se préoccupera de la réalité du pluralisme juridique[1] et, par suite, des seules sources formelles, cette thèse interrogera la typologie des sources mais n'envisagera guère les relations qui peuvent se nouer entre elles. On aborde parfois les sources du droit sous l'angle de leur interactivité, coordination, collaboration, dialogue ou concurrence, en tant que constitutives d'un « pluralisme d'interactions »[2]. Les sources seraient davantage les différents rouages d'un système, le système juridique, que les différents territoires, bordés par des frontières, d'un continent, le continent juridique. Néanmoins, en ces lignes, puisque l'intention sera en premier lieu de proposer une nouvelle classification des sources du droit puis d'étudier les sources du droit de la communication par internet dans le cadre de cette classification, chaque source sera appréhendée individuellement, pour soi en quelque sorte, et le pluralisme en cause sera essentiellement un *pluralisme de juxtaposition*. Une grande limite de ces travaux — peut-être la principale — résidera donc dans le fait que, bien

[1] La définition du pluralisme juridique retenue est la suivante : *situation dans laquelle coexistent effectivement, à l'échelle d'une branche du droit et d'un espace étatique donnés, des sources étatiques et des sources privées de règles de droit*.

[2] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 316.

qu'ils soient peut-être nombreux, denses et pertinents à étudier, les rapports entre sources du droit ne seront envisagés qu'à titre complémentaire et ponctuel.

Pour ce qui est de la typologie des sources, on souligne à quel point « ce n'est qu'au prix de contorsions intellectuelles que l'ensemble de la normativité de l'internet, notamment celle émanant du secteur privé, peut être rattaché à la théorie des sources formelles »[1]. Aussi l'examen des sources du droit de la communication par internet doit-il permettre de proposer une nouvelle conception des sources du droit mieux adaptée aux foyers émergents de normativité que la conception classique. Si les mutations qui affectent le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit sont difficilement acceptées, les clarifications quant à ce nombre, cette identité, cette architecture et cet équilibre manquent forcément. Or ce sont ces clarifications qui pourraient favoriser cette acceptation. Peut-être l'étude des sources du droit de la communication par internet, s'inscrivant parmi les controverses doctrinales contemporaines, contribuera-t-elle à *annoncer des temps nouveaux à vivre pour la pensée des sources du droit*.

Il convient, à présent, d'envisager le droit de la communication par internet. Cette branche du droit sera, en quelque sorte, le *sujet d'expérience* de cette recherche, au service d'une étude relative au renouvellement — ou non-renouvellement — des sources du droit. L'intimité problématique entre la question des sources du droit et la question du droit de la communication par internet semble réelle. En premier lieu, ce droit compte peut-être au nombre des objets d'étude les plus pertinents pour qui s'intéresse aux formes privées et indépendantes des États de normes, notamment car, dans le cyberespace, « le Code[2] est la loi »[3].

---

[1] F. LATTY, *op. cit.*, p. 63.

[2] Le terme « Code » désigne ici la norme technologique.

[3] L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2e éd., Basic Books (New York), 2006, p. 5 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 22).

III

Le droit de la communication par internet, une branche du droit caractérisée par le pluralisme de ses sources. **–** Seules les sources d'une branche du droit bien particulière seront recherchées et étudiées dans le corps de cette thèse : les sources du droit de la communication par internet. Il importe d'expliquer ce choix, en particulier en distinguant le droit de la communication par internet du *droit des communications électroniques*, dont il constitue une branche, ainsi que du *droit des réseaux de communications électroniques* et du *droit de la communication audiovisuelle*, qui sont ses plus proches parentes. La grande différence entre le droit de la communication par internet et les autres branches du droit des communications électroniques est qu'il n'y a qu'en ce premier que le pluralisme juridique tend à être une réalité, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'en ce premier que des sources privées tendent à rivaliser avec les sources publiques[1].

[1] En effet, préalablement à l'écriture de cette thèse, une expérience de mesure de la réalité du pluralisme juridique dans les différentes branches du droit des communications électroniques a été menée. Il s'agissait d'observer, objectivement et empiriquement, *si différentes sources de normes juridiques, dont une ou plusieurs est/sont privée(s), produisent effectivement des règles de droit*. Il fallait *comparer les productivités normatives des différentes sources recensées*, c'est-à-dire dénombrer les règles issues de chacune afin de pouvoir conclure à la réalité ou à l'irréalité du pluralisme juridique — ou, plus sûrement, afin de pouvoir déterminer *le niveau de réalité du pluralisme juridique*. Pareille enquête de terrain ne pouvait être menée à l'échelle du droit dans son ensemble, celui-ci étant un objet bien trop vaste et variable puisque composé de multiples branches aux caractéristiques dissemblables et aux contenus normatifs disparates. C'est pourquoi il a été décidé de recourir à un « sujet d'expérience » et de retenir le *droit des communications électroniques* en tant que tel. L'objet, les conditions, les résultats et les enseignements de cette *recherche expérimentale* consacrée à la réalité du pluralisme juridique sont présentés au sein d'un ouvrage *ad hoc* intitulé *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience* (L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017).

Les principaux résultats de cette expérience sont les suivants (*ibid.*, p. 160 s. et 175 s.) :

* Composition normative du droit des réseaux de communications électroniques :

Sources étatiques : 65 %

sources étatiques politiques : 45 %

sources étatiques spécialisées : 15 %

sources étatiques juridictionnelles : 5 %

Sources publiques externes : 32 %

sources européennes : 28 %

sources internationales : 4 %

Sources privées : 3 %

* Composition normative du droit de la communication audiovisuelle :

Sources étatiques : 74 %

sources étatiques politiques : 43 %

sources étatiques spécialisées : 26 %

sources étatiques juridictionnelles : 5 %

Sources publiques externes : 12 %

sources européennes : 11 %

sources internationales : 1 %

Sources privées : 14 %

* Composition normative du droit de la communication par internet :

Sources étatiques : 38 %

sources étatiques politiques : 21 %

sources étatiques spécialisées : 3 %

sources étatiques juridictionnelles : 14 %

Sources publiques externes : 22 %

sources européennes : 14 %

sources internationales : 8 %

Sources privées : 40 %

* Composition normative du droit des contenants des services de communication par internet :

Sources étatiques : 30 %

sources étatiques politiques : 15 %

sources étatiques spécialisées : 1 %

sources étatiques juridictionnelles : 14 %

Sources publiques externes : 19 %

sources européennes : 11 %

sources internationales : 8 %

Sources privées : 51 %

* Composition normative du droit des contenus des services de communication par internet :

Sources étatiques : 45 %

sources étatiques politiques : 27 %

sources étatiques spécialisées : 4 %

sources étatiques juridictionnelles : 14 %

Sources publiques externes : 26 %

sources européennes : 17 %

sources internationales : 9 %

Sources privées : 29 %

Si un avocat — qui fut le premier, en 1996, à publier un ouvrage *ad hoc* sur les problématiques juridiques inédites induites par l'internet[1] — peut dire du droit de la communication par internet qu'il « est aux juristes ce que les McDonalds sont aux cuisiniers »[2], cela se justifie peut-être avant tout par les origines largement privées, et donc surprenantes et mal connues, de ce droit. Ce dernier tendrait ainsi à confirmer combien le monde juridique serait de tout temps une « *terra incognita* où des archipels restent à découvrir »[3]. Contrairement à certaines apparences, le droit paraît se renouveler en permanence ; et sa branche relative à la communication par internet en témoigne, semble-t-il, de façon assez radicale. À l'inverse, le droit des réseaux de communications électroniques et le droit de la communication audiovisuelle sont principalement façonnés par les sources publiques et s'avèrent, en cela, beaucoup plus *classiques et ordinaires*. Aussi convient-il de reconnaître d'ores et déjà combien le droit de la communication par internet serait *un droit baroque et atypique*. Nombre de chercheurs en droit ne voient-ils pas dans les usages, chartes et autres codes privés omniprésents dans la « gouvernance de l'internet » des catégories particulièrement topiques d' « ovnis juridiques » ? Le droit de la communication par internet interroge, outre le droit positif et ses modalités d'édiction, beaucoup des concepts, des modèles et des classifications classiques de la science et de la théorie du droit, notamment en ce qu'ils ont tendance à se rattacher, plus ou moins directement, à l'État.

En outre, c'est aussi, complémentairement, le fait que le droit de la communication par internet se présente de plus en plus telle une branche du droit

---

En cette thèse, chaque fois qu'il sera fait référence aux succès ou aux difficultés, au développement ou au retrait d'un certain genre de sources du droit (sources étatiques (politiques, spécialisées ou juridictionnelles) ; sources européennes ; sources internationales ; sources privées), ce sera toujours à l'aune de ces résultats.

[1] O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996.

[2] O. ITEANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015.

[3] J.-M. JACQUET, « Préface », in P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. VIII.

centrale ou, mieux, telle une branche du droit carrefour qui justifie de s'y intéresser. Le « droit de l'internet » est forcément au cœur des activités juridiques dès lors que l'internet est au cœur des activités humaines et sociales[1]. S'enquérir d'une branche du droit anecdotique ou marginale, à laquelle nul auteur et nul éditeur ne songerait à consacrer quelques publications *ad hoc*, ne pourrait permettre de recueillir de grands enseignements. Mais, loin d'être de la sorte anecdotique ou marginal, le droit de la communication par internet apparaît aujourd'hui telle une branche du droit qui focalise les préoccupations et l'attention de nombreux juristes.

Il convient, en guise d'introduction, d'expliquer ce qu'est la communication par internet puis ce que recouvre le droit de la communication par internet.

La définition de la communication. **–** Le nom commun « communication » dérive du terme latin « *communicatio* » désignant la mise en commun, l'échange de propos, ainsi que l'action de faire part de quelque-chose à quelqu'un. Une communication est un *échange d'informations* quelles qu'elles soient entre un/des émetteur(s) et un/des récepteur(s) ou entre des interlocuteurs[2]. Les

[1] En témoignent le lancement, en janvier 2016, de la revue *Dalloz IP/IT* (*cf.* S. PRÉVOST, P. SIRINELLI, « Une revue Dalloz IP/IT pour quoi faire ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 1 s.), le fait que l'une des dernières livraisons de la *Revue du droit public* porte sur « L'espace numérique et les données personnelles » (*RDP* 2016, n° 1, « L'espace numérique et les données personnelles ») ou encore le fait que l'un des derniers ouvrages parus dans la collection « Thèmes et commentaires » des éditions Dalloz s'intéresse à l'internet en tant qu' « espace d'interrégulation » (M.-A. FRISON-ROCHE, dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016). Et il est ô combien significatif que deux des quatre « journées allemandes » de l'Association Henri Capitant (22 au 28 mai 2016) ont être consacrées, pour l'une, au thème « La mondialisation et les sources du droit » et, pour l'autre, au thème « La mondialisation et les communications électroniques » ([en ligne] <henricapitant.ca>, 25 août 2015). Également publiés dernièrement : S. CHATRY, dir., *La régulation d'internet – Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2016 ; L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, Berger-Levrault, coll. Au fil des études, 2016 ; A. BLANDIN, *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant (Bruxelles), 2016 ; B. DONDERO, *Droit 2.0 – Apprendre et pratiquer le droit au XXI^e^ s.*, LGDJ, coll. Forum, 2016.

[2] D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCINI, *Droit de la communication*, 2^e^ éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 11.

dictionnaires de la langue française définissent, de manière fort significative, la communication en tant que « mise en relation et conversation de deux correspondants par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication »[1].

La *summa divisio* de la communication généralement adoptée consiste à séparer la *communication publique* (d'un émetteur vers un nombre indéfini de récepteurs) et la *communication privée* (d'un émetteur vers un ou plusieurs récepteurs précisément identifiés). Peut également être retenue la distinction des communications par des moyens physiques et des communications par des moyens électroniques. La communication par internet, *communication publique ou privée par un moyen électronique*, désigne l'activité consistant à transmettre et/ou à recevoir des informations au moyen de l'internet, lequel s'analyse tel un *medium*.

Après avoir défini la communication, il convient de présenter l'internet. Ainsi pourra-t-on comprendre plus exactement ce en quoi consiste la communication par internet.

La définition et les caractéristiques de l'internet. – S'il est souvent délicat de comprendre un régime juridique sans comprendre l'objet auquel il s'applique, cela vaut peut-être à plus forte raison à l'égard de l'internet et de son droit. On ne pourrait saisir les caractéristiques du « droit de l'internet » sans saisir les caractéristiques de l'internet[2].

Le mot « internet » est la forme raccourcie de l'expression « International Network », laquelle se traduit par « réseau international ». Un réseau est un assemblage de « nœuds » et de « liens » entre ces nœuds, si bien qu'il existe une « géographie des réseaux »[3]. L'internet se présente sous la forme d'un méga-

[1] V° « Communication », in *Le petit Larousse illustré 2010*, Larousse, 2009.

[2] A. GODON, « Internet : considérations techniques à destination des juristes », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 37 s.

[3] Par exemple, G. DUPUY, *Internet, géographie d'un réseau*, Ellipses, 2002 ; G. PUEL, C. ULLMANN, « Les nœuds et les liens du réseau internet : approche géographique, économique et technique », *Réseaux et territoires* 2006, n° 35.

réseau télématique[1] international — dont les dimensions sont mondiales et dont le développement, durant la décennie 2000, a été exponentiel — résultant de l'*interconnexion* massive d'ordinateurs et de réseaux informatiques privés et publics du monde entier grâce à des *protocoles* (*i.e.* des « langages »[2]) *d'échange de données* leur permettant de dialoguer via les lignes de télécommunications. Ces protocoles sont TCP et IP[3], ainsi que tous les autres protocoles de la « suite

[1] La « télématique » désigne l' « ensemble des techniques et des services qui associent les ressources de l'informatique et celles des télécommunications » (V° « Télématique », in *Trésor de la langue française*).

[2] F. BALLE, *Médias et société*, 15e éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 204. Un protocole est une spécification de plusieurs règles technologiques permettant la transmission, sur une même couche abstraite, d'informations entre des machines différentes et distantes. Les protocoles informatiques sont généralement représentés selon une architecture en couches imaginée par le chercheur néerlandais Edsger Wybe Dijkstra dans un article publié en 1968 et intitulé « The Structure of the Multiprogramming System » (V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 349). L'architecture en couches est un modèle destiné à se représenter intellectuellement les choses par des abstractions. Ce modèle est utile pour penser un objet dans lequel plusieurs logiques s'articulent. Les « couches basses » sont celles qui décrivent la transmission de signaux sur des supports physiques tels que le câble téléphonique, les ondes hertziennes ou les câbles en fibre optique ; les « couches intermédiaires » concernent l'acheminement des messages à travers des réseaux à la topologie complexe ; les « couches hautes » traitent de la présentation de ces messages à travers une interface utilisateur, de l'identification de leur destinataire et de son authentification. Est également, et plus simplement, proposé de séparer la couche physique, la couche logique et la couche des contenus (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, *op. cit.*). L'ensemble de règles qui régit les échanges entre les couches de même niveau de différents systèmes de communication constitue un protocole de communication. Les règles qui régissent les échanges entre deux couches de niveaux différents d'un même système sont une interface.

[3] *Transmission Control Protocol* et *Internet Protocol*. TCP/IP est un « langage véhiculaire », un langage commun parlé par tous les équipements constituant l'internet. Le protocole TCP est un langage informatique qui permet à deux terminaux d'échanger des informations, de les coder et de les décoder et, spécialement, de les organiser en paquets ; le protocole IP gère les adresses des émetteurs et destinataires et l'acheminement des informations des uns vers les autres en spécifiant les attributs des paquets de données transférés. Les réseaux IP sont constitués de stations, de liaisons physiques (câbles, liaisons spécialisées etc.) et de matériel réseau actif (routeurs). Un routeur assure l'interconnexion entre plusieurs liens physiques ; il dispose d'une table d'adressage (table de routage) qui lui indique, pour chaque numéro IP destinataire, le prochain routeur auquel il doit envoyer les messages (données), la route choisie, de routeurs en routeurs, pour atteindre la destination étant la plus courte en temps et non en distance. Les informations relatives aux modifications des réseaux sont mises à jour en temps réel par les routeurs, qui

des protocoles internet » permettant aux différentes couches de l'espace internetique de faire circuler et de transmettre des données[1]. Les protocoles sont le cœur de la technologie de l'internet en ce qu'ils assurent l'*interopérabilité* à l'intérieur d'un vaste système composé de sous-systèmes disparates et hétérogènes. Si l'internet se définit par ces protocoles, il ne se confond pas avec eux et encore moins avec un protocole unique (qui serait IP). Comme son nom l'indique, il est une fédération de réseaux fonctionnant grâce à la « famille » des protocoles TCP/IP.

Véritable « réseau de réseaux », l'internet est entièrement *ouvert et décentralisé*, ce qui signifie que son fonctionnement ne dépend d'aucune administration centrale et d'aucun ordinateur central. Et la spécificité de l'internet est encore que les informations y circulent en « paquets »[2] et suivant le

---

dialoguent entre eux grâce aux protocoles de routage. Si une liaison particulière est coupée ou détruite entre deux utilisateurs, les routeurs s'adaptent et un autre itinéraire est choisi. L'avantage de cette technologie réside dans le fait que, si une route est encombrée ou déficiente, les messages empruntent d'autres chemins, si bien que l'internet peut difficilement « tomber en panne ». Il importe peu que les chemins empruntés soient plus longs puisque, à la vitesse des signaux électriques ou de la lumière, le temps de transit effectif des informations reste court.

[1] Ces couches sont la couche physique (réseaux filaires, optiques, radioélectriques etc.), la couche liaison (Ethernet, Wi-Fi etc.), la couche réseau (IP), la couche transport (principalement TCP) et la couche application (HTTP (web), FTP (transfert de fichiers), SMTP (messagerie), DNS (correspondance entre noms et adresses IP) etc.)

[2] Les données sont émises en « paquets », appelés aussi « datagrammes ». Chaque datagramme contient, en plus des données, l'adresse de la station émettrice et l'adresse de la station destinataire. Les paquets indiquent également leur taille, quelle partie du document d'origine ils portent et un moyen de vérifier leur intégrité. Les paquets circulent dans le réseau, à travers les liaisons et les routeurs, indépendamment les uns des autres, même s'ils appartiennent au même document de départ. Chaque paquet transite sur le réseau de façon « agnostique », c'est-à-dire qu'aucun n'est différencié, favorisé ou défavorisé. Une fois en place, les réseaux deviennent ainsi des « tuyaux idiots » (« *dumb pipes* ») sur lesquels les paquets circulent et sont « routés » au gré du « *best effort* ». « Lorsque trop de paquets, explique-t-on, arrivent en même temps dans un routeur, ils doivent faire la queue dans une mémoire tampon avant d'être triés. Cette mémoire, semblable à une salle d'attente, observe généralement la règle du "premier arrivé, premier servi" et, lorsque la salle est pleine, le routeur décide d'éliminer les paquets excédentaires » (N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, La découverte, coll. Repères, 2011, p. 43). Après transmission, les paquets sont reçus par la machine destinataire qui reconstitue les lignes de programmation initiales

principe du « *end to end* »[1]. Du fait de sa structure en mailles de filet et de la transmission des documents par paquets, l'internet s'avère extrêmement difficile à détruire ; en cas d'altération d'une partie du réseau, le reroutage dynamique permet aux informations de transiter par une autre voie.

Ensuite, pour se raccorder à l'internet, une personne doit équiper son ordinateur d'un modem puis ouvrir un compte auprès d'un fournisseur d'accès à internet, qui lui fournira un identifiant personnel. L'ordinateur de l'abonné est alors mis en relation avec l'ensemble des autres ordinateurs connectés à l'internet[2]. Mais l'internet interconnecte aussi, et de plus en plus, des équipements de traitement numérique de l'information autres que des ordinateurs : des téléphones mobiles, des télévisions, des tablettes tactiles, des assistants personnels, ainsi que des équipements ménagers, des montres etc. — se développe l' « internet des objets ». Le réseau mondial organise une communication entre ces machines sur la base d'un modèle « client-serveur » : le client adresse des requêtes au serveur qui les traite et lui envoie en retour des

(qui peuvent être un contenu informationnel quelconque, mais aussi des instructions données à la machine, ainsi pilotée à distance). Que les paquets circulent en ordre dispersé rend l'internet très robuste.

[1] Ce qui fait, notamment, la force de l'internet réside dans le principe du « *end to end* » qui le régit et qui peut se traduire par l'idée d'intelligence située aux extrémités et non au centre du réseau, c'est-à-dire dans les programmes installés sur les ordinateurs des utilisateurs. L'architecture et le fonctionnement du réseau mondial restent les plus simples possibles et il est défendu d'introduire au sein des infrastructures des dispositifs ou des optimisations spécifiques à un usage particulier risquant de les complexifier. Par exemple, pour permettre un nouveau mode de communication entre deux ordinateurs connectés au réseau, tout ce qu'il faut, c'est que ces ordinateurs soient dotés chacun des protocoles de base (TCP/IP) et qu'y soient installés les logiciels propres à la nouvelle application. Toutes les fonctions nouvelles sont donc implantées dans les ordinateurs aux extrémités de la communication, sans nécessiter aucune adaptation du réseau et des nœuds intermédiaires.

[2] En outre, une machine (ordinateur ou périphérique de connexion) branchée au réseau s'appelle un « nœud de réseau » ou « hôte ». Une machine qui offre des services (temps de calcul, documents, base de données) est un « serveur ». La machine de l'utilisateur qui utilise un service de l'hôte à un moment donné, c'est-à-dire qui est « servie », est dite « cliente ».

réponses, tout équipement connecté pouvant être alternativement client et serveur[1].

Par ailleurs, *l'internet ne doit pas être assimilé au* World Wide Web, lequel n'est qu'une des *applications* qu'il permet parmi beaucoup d'autres. Le web repose sur le protocole HTTP[2] et sur le système d'adressage DNS[3]. Ceux-ci permettent, par le biais d'un navigateur, de rechercher et de consulter des informations sur des sites grâce aux techniques de l'hypertexte[4]. Le web est défini comme « un ensemble de documents […] reliés entre eux par d'innombrables liens hypertextuels (à l'intérieur d'un même site ou entre des sites se trouvant sur des serveurs distants) et entre lesquels la circulation est possible, à condition qu'ils soient écrits dans un même langage, le html[[5]], un langage de balisage hypertextuel »[6]. Le web est aujourd'hui, avec le courriel, l'une des deux principales applications de l'internet. Son utilisation est à ce point développée — spécialement grâce aux moteurs de recherche[7] qui en font le

[1] La consultation d'un site web correspond à la situation dans laquelle un client adresse des demandes à l'ordinateur où réside l'information qu'il recherche, lequel, en retour, lui envoie des lignes de programmation html qui lui permettent de reconstruire la page à l'écran. Le langage html, langage multimédia spécifique au web, est le centre de l'interopérabilité multimédia qui constitue le socle du web en permettant à des machines hétérogènes d'échanger textes, images, données et sons.

[2] *Hypertext Transfer Protocol*.

[3] *Domain Name System*. Le DNS permet de tenir à jour une table de correspondance entre les numéros IP des nœuds internet et des noms associés uniques. C'est une sorte d'annuaire qui fait la conversion entre noms et adresses IP.

[4] Les serveurs web et leurs fichiers au format html sont localisés sur le réseau grâce à leurs adresses URL (*Uniform Ressource Locator*) qui décrivent les adresses des sites serveurs et les chemins d'accès aux fichiers (par exemple, <http://www.univ-amu.fr/>).

[5] *Hyper Text Markup Language*.

[6] F. BALLE, *op. cit.*, p. 207.

[7] Un moteur de recherche est un programme d'indexation et de classification des documents permettant aux internautes de lancer leurs requêtes en recourant à des mots-clefs.

service d'information le plus performant et le plus facile d'utilisation[1] — que la communication par internet est avant tout une *communication par le web*.

L'internet[2] a modifié, dans une mesure non négligeable, la face des sociétés occidentales. Il s'agit peut-être, associé au *numérique*, de la plus importante révolution technologique de l'histoire récente de l'humanité.

L'internet comme cause des bouleversements actuels du temps et de l'espace. – Le monde, aujourd'hui, est pour une part importante le *cyberespace*, c'est-à-dire l' « ensemble de données numérisées constituant un univers d'information et un milieu de communication en raison de l'interconnexion mondiale des ordinateurs »[3]. Le cyberespace est officiellement désigné en tant que cinquième milieu par le livre blanc sur la défense de 2013, aux côtés de l'eau, de la terre, de l'air et de l'espace[4]. C'est dire l'importance qu'il a prise pour l'Homme. En raison de sa structure technologique, l'espace internetique est un espace immatériel indéfini, si ce n'est infini. Sa morphologie est le fruit provisoire et sans cesse renouvelé des interconnexions entre les ordinateurs et serveurs raccordés conformément aux protocoles. Sur le plan des contenus, les services permis par l'internet forment un lieu d'expression privée et, surtout, publique quantitativement gigantesque, sans commune mesure avec les moyens d'expression antérieurs. *L'internet a changé le temps et a changé l'espace.* Il a aussi changé la vie. Il a écrit une nouvelle définition du monde en réalisant la prophétie de Marshall McLuhan qui, dans les années 1960, imaginait un monde

[1] Plus généralement, on souligne à quel point « l'immense qualité d'Internet est d'avoir su rendre la technique informatique d'une élégante simplicité en la dissimulant quasi totalement à l'utilisateur » (J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà… et après ?*, Dunod, 2009, p. 9).

[2] En cette étude, il n'est pas possible d'exposer davantage de détails techniques. Pour plus de précisions quant au fonctionnement et à l'histoire de l'internet, il faut renvoyer le lecteur vers les innombrables ouvrages spécialisés abordant ces questions. Par exemple, J. DORDOIGNE, *Réseaux informatiques – Notions fondamentales*, 6e éd., Eni éditions, coll. Ressources informatiques, 2015 ; É. LALITTE, *Apprenez le fonctionnement des réseaux TCP/IP*, Simple IT, coll. Le livre du zéro, 2013 ; F. VIRIEUX, *Comment marche Internet ?*, Le pommier, coll. Les minipommes, 2004.

[3] V° « Cyberespace », in *Le Petit Robert 2013*, Le Robert, 2012.

[4] « Livre blanc sur la Défense et la sécurité nationale », avr. 2013.

dans lequel n'importe qui, de n'importe où, pourrait accéder à n'importe quoi grâce à des « autoroutes de l'information » reliant entre eux tous les médias[1].

Ensuite, parce qu'il a entraîné une contraction des dimensions spatiale et temporelle, le réseau mondial s'analyse tel un *incroyable facteur de globalisation*. L'intimité entre la globalisation et la communication par internet est manifeste dès lors qu'il est classique de définir cette première comme le « processus d'interconnexion croissante des économies et sociétés résultant du développement des technologies de l'information »[2]. Tous les commentateurs du phénomène de mondialisation s'accordent à dire que les progrès, au cours des dernières décennies, des moyens de communication transfrontière ont joué un rôle cardinal dans l'affirmation de celui-ci. Peut-être tous les commentateurs du phénomène de mondialisation du droit devraient-ils s'accorder à dire que les progrès, au cours des dernières décennies, du droit des moyens de communication transfrontière ont joué un rôle cardinal dans l'affirmation de celui-ci.

S'il existe peut-être d'autres branches du droit susceptibles de témoigner pertinemment du phénomène de *globalisation du droit* — qui, par définition, implique un retrait du droit étatique —, le droit de la communication est souvent considéré comme très révélateur du point de vue de ceux qui cherchent à mesurer l'influence de la mondialisation sur l'architecture normative et juridique[3]. Pour le dire en recourant à quelques formules « choc », l'internet et la mondialisation qu'il accompagne posent la question de la « fin des territoires » et, par conséquent, la question de la « fin des États », ainsi que celle de la « fin du droit » ou, du moins, d'une certaine idée du droit.

---

[1] M. MCLUHAN, *Pour comprendre les médias – Les prolongements technologiques de l'homme* (1964), Le Seuil, coll. Points essais, 1977.

[2] C. GHORRA-GOBIN, *Dictionnaire des mondialisations*, Armand Colin 2006, p. 185.

[3] Par exemple, K. RENAUD, *Enjeux juridiques et processus de mondialisation de la communication*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2004.

Après avoir présenté l'internet et la communication par internet, il faut à présent caractériser le droit de la communication par internet, « exemple prospectif » que cette thèse étudiera.

La définition du droit de la communication par internet. **–** Si le droit de la communication par internet désigne l'ensemble des normes juridiques applicables aux outils, activités et acteurs de la communication par internet telle que présentée précédemment, il convient de préciser cette définition[1]. Or le droit

[1] En premier lieu, il faut rappeler que le droit de la communication par internet prend place, avec le *droit des réseaux de communications électroniques* et avec le *droit de la communication audiovisuelle*, au sein du *droit des communications électroniques*. Et le droit des communications électroniques s'inscrit, aux côtés du droit des communications non électroniques, matérielles ou physiques, à l'intérieur du droit de la communication. Quant à la définition des communications électroniques, il est loisible de se référer à celle que retient le législateur français. Ainsi, les communications électroniques désignent les « émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique » (C. P et CE, art. L. 32, 1° ; L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 2).

Ensuite, il faut préciser brièvement le domaine du droit des réseaux de communications électroniques. Le droit des communications électroniques comporte tout un pan relatif aux réseaux et à l'accès aux réseaux de communications électroniques ; c'est ce pan que régit le Code des communications électroniques. Un réseau de communications électroniques est « toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage » (C. P et CE, art. L. 32, 2°). Sont qualifiés de réseaux, notamment, « les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique […] et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle » (C. P et CE, art. L. 32, 2°). Quant à l'accès, il s'agit de « toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques » (C. P et CE, art. L. 32, 8°). Concrètement, est soumis au Code des communications électroniques tout opérateur, c'est-à-dire « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques » (C. P et CE, art. L. 32, 15°), soit tout fournisseur d'accès à internet, à des services de communication audiovisuelle ou à des services de téléphonie fixe ou mobile.

Enfin, concernant le droit de la communication audiovisuelle, la loi distingue différents services apparentés à la communication audiovisuelle et donc soumis à ce droit (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 2) : les services de télévision, c'est-à-dire « tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du

étatique français ne saisit pas expressément la communication par internet ; il se réfère à la « communication en ligne ». La loi définit la communication en ligne comme « toute transmission, *sur demande individuelle*, de données numériques […] par un procédé de communication électronique permettant un *échange réciproque d'informations* entre l'émetteur et le récepteur »[1]. Les critères sont clairs : une communication en ligne est marquée par l'*interactivité* — l'utilisateur interroge un service et « ne reçoit en retour que les éléments demandés »[2] — et par l'*intemporalité*, là où une communication audiovisuelle est diffusée à horaire fixe et est, donc, linéaire.

Puisque le législateur ne se réfère, dans sa définition de la communication en ligne, ni au web ni à l'internet (qui n'existent pas dans le vocabulaire législatif[3], mis à part dans l' « espace HADOPI »[4]) et puisque d'autres moyens électroniques pourraient permettre des échanges réciproques d'informations et des transmissions de données numériques sur demande individuelle, *il n'est pas lieu de considérer que les expressions « communication en ligne » et*

---

public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons » ; les services de radio, soit « tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons » ; et les services de médias audiovisuels à la demande, spécifiés comme « tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service ».

[1] L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*, art. 1er, IV (non souligné dans le texte original).

[2] Ancienne formulation de l'article 77 de la L. n° 82-652, 29 juill. 1982, *Sur la communication audiovisuelle*.

[3] En particulier, les mots « web » et « internet » ne se retrouvent à aucune reprise dans la loi *Pour la confiance dans l'économie numérique* (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*). Et ces termes sont absents, par exemple, de la récente loi *Relative au renseignement* (L. n° 2015-912, 24 juill. 2015, *Relative au renseignement*).

[4] L. n° 2009-669, 12 juin 2009, *Favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* ; L. n° 2009-1311, 28 oct. 2009, *Relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

« communication par internet » seraient exactement synonymes. C'est pourquoi le qualificatif « en ligne » ne sera pas employé en cette thèse. En d'autres termes, la communication en ligne (qui intéresse la loi) est plus vaste que la communication par internet (qui intéresse cette thèse), car cette dernière se spécifie par un procédé de communication électronique bien précis : la suite de protocoles TCP/IP.

Le droit de la communication par internet, tel que compris en ces lignes, correspond ainsi *aux normes juridiques applicables aux échanges d'informations, publiques ou privées, entre un/des émetteur(s) et un/des récepteur(s) ou entre des interlocuteurs au moyen de l'internet, donc au moyen de la suite de protocoles TCP/IP*. Il comprend aussi *les normes juridiques applicables à l'internet en tant que tel, ce que désigne au sens strict l'idée de « droit de l'internet »*.

Il faudra donc envisager, à travers le droit de la communication par internet, tant le droit du contenu de la communication par internet (*i.e.* le droit applicable aux messages et services véhiculés) que le droit du contenant de la communication par internet (*i.e.* le droit applicable aux technologies et infrastructures qui véhiculent).

La distinction du droit du contenant et du droit du contenu de la communication par internet. **–** En cette thèse, sera désigné par *droit de l'internet* un droit du contenant, car l'internet n'est qu'une infrastructure technologique quand une communication est *un contenu évoluant au sein d'un contenant*. « Droit de la communication par internet » et « droit de l'internet » ne seront donc pas appréhendés en tant que synonymes. Le droit de l'internet sera conçu telle une sous-branche à l'intérieur du droit de la communication par internet. Toutefois, seront utilisées préférablement les notions plus explicites de « droit du contenant de la communication par internet » et de « droit du contenu de la communication par internet ».

Le droit du contenu de la communication désignera *les normes juridiques applicables aux activités relatives aux informations (publiques ou privées), aux services et aux programmes, soit à la collecte, au classement et à la mise en forme des informations et à la confection des services et des programmes*.

Le droit du contenant de la communication désignera, lui, *les normes juridiques applicables aux supports, aux infrastructures physiques et aux moyens techniques et technologiques qui permettent l'acheminement des données, l'accès aux services et aux programmes, ainsi que l'interopérabilité*.

Ensuite, le régime juridique des infrastructures est commun à l'internet et à ce qui était désigné, dans l'ancienne terminologie, par « télécommunications ». Puisqu'une sous-branche est propre au droit des réseaux de communications électroniques, le droit du contenant de la communication par internet fera ici référence, quoique non exclusivement, aux technologies qui permettent à l'internet et, notamment, au web de fonctionner, c'est-à-dire aux protocoles et autres normes et standards de cet ordre, étant accepté *ab initio* que l'architecture nomo-technologique constitue une composante du cadre juridique du cyberespace[1].

En outre, le droit applicable aux services de communication audiovisuelle, y compris celui applicable aux SMAD, ne sera pas intégré dans le droit du contenu de la communication par internet, alors pourtant que le web permet d'accéder à de tels services. Ce choix, comme celui de ne pas inclure le droit des réseaux de communications électroniques à l'intérieur du droit du contenant de la communication par internet, s'explique par le fait que tant le droit de la communication audiovisuelle que le droit des réseaux de communications électroniques ont existé bien avant que n'apparaisse la communication par internet et, donc, bien avant que n'apparaisse le droit de la communication par internet. Ils répondent à des logiques et se présentent sous des formes propres, spécialement pour des raisons historiques, ce qui invite — du point de vue doctrinal visant à analyser et non à appliquer le droit — à les opposer plutôt qu'à les associer au droit de la communication par internet. Ce dernier, tel qu'il sera compris en cette thèse, correspond ainsi au *droit applicable aux outils,*

[1] L'internet, *lato sensu*, se décompose en trois couches : la *couche physique ou matérielle* sur laquelle les informations circulent (les réseaux de communications électroniques), la *couche logique* (le « Code ») et la *couche des contenus*, des données communiquées. Le droit du contenant de la communication par internet correspondra donc principalement au droit applicable à la couche médiane.

technologies, services, messages et autres activités étant apparus avec l'internet et n'ayant pas d'existence autonome en dehors de l'espace internetique (protocoles, hébergement, courriels, sites web, pair-à-pair etc.)[1].

Ces dernières observations donnent l'occasion de souligner la principale difficulté que pose la notion de « droit de la communication par internet » : le droit, classiquement, saisit les objets communicationnels en fonction des messages véhiculés et non en fonction des véhicules. S'applique de la sorte un principe de neutralité technologique. Or le premier critère servant à arrêter le périmètre de l'objet juridique étudié en cette thèse correspond à un type de véhicule ou à un type de route (l'internet, la suite de protocoles TCP/IP) et non à un type de message véhiculé. La conséquence est que le droit de la communication par internet est, dans l'absolu, amené à emprunter certains de leurs régimes juridiques à d'autres branches du droit, amené à se présenter sous les traits d'une branche transversale du droit. C'est pourquoi le droit de la communication par internet dont il sera question en ces pages correspondra à *certaines seulement* des normes applicables au contenant ou au contenu de la communication par internet, à savoir *celles qui ont vocation à régir des objets n'ayant pas d'existence antérieure et/ou extérieure à la sphère internetique*, des

[1] Pour prendre quelques exemples très concrets, le droit applicable au site web d'une chaîne de télévision appartient au droit de la communication par internet quand le droit applicable aux programmes de cette chaîne de télévision, visionnables sur le site web grâce à des onglets « Direct » et « Replay » mais aussi accessibles par d'autres canaux et élaborés loin du cyberespace, est un élément du droit de la communication audiovisuelle. Quant au droit applicable aux services de commerce électronique, il appartient au droit de la communication par internet puisque ces services n'ont aucune existence au-delà du web. De même, le droit applicable aux sites de jeux et paris par internet fait partie du droit de la communication par internet même si l'activité des jeux et paris a précédé de longtemps l'internet, cela car les sites en cause sont bien apparus du fait du réseau mondial et n'ont pas d'existence autonome en dehors de lui. Et le droit applicable aux noms de domaine ou celui applicable aux services d'hébergement intègrent le droit de la communication par internet puisque sont en cause des objets propres au monde de l'internet. Enfin, un même raisonnement peut être tenu à l'égard des contrefaçons par internet : la copie illicite d'une œuvre de l'esprit par l'intermédiaire d'un service de communication pair-à-pair est propre à la communication par internet quand cette œuvre de l'esprit ne l'est pas, si bien que le droit applicable à la contrefaçon par internet compte parmi le droit de la communication par internet mais pas le droit applicable à l'œuvre de l'esprit.

règles encadrant l'attribution des noms de domaine à celles régulant la fourniture de services d'hébergement en passant par celles censées prévenir ou réprimer les contrefaçons par internet.

Il importe, pour terminer cette introduction au droit de la communication par internet, d'insister sur les grands enjeux qui s'attachent aujourd'hui à ce droit et à son étude.

Le droit de la communication par internet, terrain privilégié d'observation des « grandes manœuvres juridiques » du XXI^e^ s. – L'étude annuelle du Conseil d'État de 2014 a été consacrée au thème « le numérique et les droits fondamentaux ». La section du rapport et des études a ainsi reconnu l'importance de « la question hautement sensible de la rencontre du droit et de l'Internet, […] des questions de la gouvernance et de la régulation d'Internet, dans leurs dimensions internationales, européennes et nationales, [et de] la question de la territorialité de la norme »[1]. Peut-être se consacrer au droit de la communication par internet peut-il permettre d'identifier quelques *ruptures parmi le système juridique et ses rouages*, quelques « bouleversements du droit par Internet »[2]. Ce droit témoignerait, en effet, *des conséquences de la mondialisation sur la forme et sur le fond du droit*. L'internet, le numérique et l'immatériel composent un environnement nouveau, complexe et difficile d'accès pour le droit, lequel ne saurait toutefois le délaisser.

Dans l'une des premières décisions juridictionnelles rendues à propos des communications internetiques, en 1996, des juges américains soulignaient que « la force de l'Internet est le chaos et la cacophonie »[3]. Peut-être la force ici évoquée est-elle *une force contre le droit*, une force capable de faire abstraction du droit ou, en tout cas, abstraction du droit officiel étatique ; et peut-être le chaos et la cacophonie visés sont-ils en premier lieu un chaos et une cacophonie

[1] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014.

[2] Réf. à M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par Internet », in J.-M. CHEVALIER et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 37 s.

[3] Cour fédérale de district des États-Unis pour le district de Pennsylvanie, 11 juin 1996, *Reno vs ACLU*.

juridiques. À la même époque, quelques-uns n'hésitèrent pas à placer peu ou prou sur un pied d'égalité la loi et les droits négociés ou autoconférés, ainsi que la justice et les modes alternatifs de résolution des conflits ; et on annonça parfois la fin des paradigmes modernes relatifs à la création et à l'application du droit. Quant aux plus radicaux, ils pouvaient voir dans la communication par internet un « espace de non-droit » où les libertés seraient sans bornes aucunes ou, à tout le moins, sans bornes étatiques aucunes.

Aujourd'hui, alors que les parlements et les tribunaux ont intensément œuvré afin d'appréhender l'internet, le web et les services qu'ils permettent, de semblables propos apparaissent excessifs. Cependant, le tableau du droit de la communication par internet ne ressemble guère aux tableaux du droit civil ou du droit administratif ; il est, semble-t-il, beaucoup plus baroque. Par exemple, la « *lex electronica* », sorte d'*ordre juridique transnational* reposant sur l'usage et cousin de la mieux connue *lex mercatoria*, est une réalité qui interroge à plus d'un titre le juriste moderne, à l'instar de l'autorégulation, qui est un phénomène massif, ou de l'ineffectivité de beaucoup de règles d'origine publique.

Néanmoins, si le droit de la communication par internet est *tant un facteur qu'un révélateur* de mutations importantes au sein de la sphère juridique, tout n'y est pas ébranlé. Les tensions tectoniques entre modèles « postmodernes » qui poussent et modèles modernes qui résistent sont fortes mais suffisamment équilibrées pour que nul des deux ensembles ne domine totalement son concurrent. En la matière comme souvent, *le manichéisme doit être écarté sans sommation*. Le droit « postmoderne » n'a sans doute pas remplacé le droit moderne, comme le droit moderne ne se maintient peut-être pas, impénétrable et imperturbable, loin de toute évolution tendant à le dénaturer. Le droit d'aujourd'hui n'est ni celui d'hier ni celui de demain. Et le droit d'aujourd'hui dans son ensemble ne présente certainement pas les mêmes traits caractéristiques que le droit de la communication par internet. S'il semble intéressant d'interroger ce dernier, c'est parce qu'il est représentatif du droit d'aujourd'hui et de demain, *mais surtout du droit de demain*.

Il s'agira ainsi, en cette thèse, d'essayer de réaliser un « tour de force méthodologique » : *faire œuvre prospective en faisant œuvre empirique* ;

concevoir les sources du droit du futur en étudiant les sources d'une branche du droit actuelle.

IV

Une thèse principalement motivée par des objectifs scientifiques. **–** L'ambition de cette thèse sera de fournir une étude du pluralisme des sources du droit de la communication par internet essentiellement *objective et empirique*[1]. C'est pourquoi il s'agira d'essayer de *se préserver autant que possible de tout postulat et de tout préjugé*. Pour le dire en une phrase, si cette recherche est intitulée « le renouvellement des sources du droit », il faudrait comprendre *« le renouvellement des sources du droit ? »*. D'ailleurs, une de ses conclusions sera bien que le renouvellement des sources du droit doit être relativisé — surtout en matière de sources publiques. Aussi cet ouvrage ne portera-t-il pas uniquement sur les nouvelles sources du droit ; il sera *consacré à toutes les sources du droit, cela afin de mesurer à quel point elles connaissent des continuités, des*

[1] De la sorte, cette thèse cherchera à s'écarter d'une grande partie de la littérature relative au pluralisme juridique tant celle-ci est souvent une littérature d'ordre politique plus que scientifique. Les auteurs concernés portent la volonté de marginaliser l'État, loin d'opérer le constat objectif et empirique selon lequel l'État serait effectivement marginalisé. Il n'est, partant, guère surprenant que le pluralisme juridique soit généralement considéré tel un ensemble de courants théoriques critiques cherchant à fragiliser l'État à travers la relativisation de sa place parmi les sources du droit. Ceux qui le soutiennent, qui contestent la représentation unitaire et uniforme faisant de l'État le seul foyer de juridicité possible, n'envisageraient toujours de droit que multiple, hétérogène et largement privatisé. Par exemple, Jean Carbonnier retenait en tant qu' « hypothèse fondamentale » le fait que « l'on n'a pas *a priori* affaire, sur un territoire donné, à un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits concurrents, étatiques, infra-étatiques, supra-étatiques » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 123).

mouvements et des ruptures, à quel point elles se renouvellent ou ne se renouvellent pas.

De manière générale, l'intention sera, pour reprendre les mots de Kelsen, de s'inscrire en priorité dans l'espace de la « science juridique » et de délaisser celui de la « politique juridique ». Le cadre de cette thèse devra donc être celui de « la science du droit [qui] n'évalue pas son objet, ne le justifie ni ne le désapprouve de manière émotionnelle mais, au contraire, l'explique rationnellement »[1]. Par conséquent, l'enjeu sera bien de *fournir des observations empiriques permettant de concevoir ce que pourraient être les sources du « droit de demain »*, considérant que le réseau mondial serait un laboratoire des nouveaux modes de gouvernance.

Si tout phénomène peut être envisagé sous l'angle de ses manifestations, sous l'angle de ses causes et/ou sous l'angle de ses conséquences, le pluralisme des sources du droit de la communication par internet sera *essentiellement étudié du point de vue de ses manifestations*. Il en résulte que le contenu de cette thèse devra être largement *descriptif et explicatif*, l'originalité éventuelle résidant dans l'objet décrit et expliqué : *il s'agira de rechercher et de présenter les sources du droit de la communication par internet puis de rechercher et de présenter tous les enseignements qu'elles fournissent sous l'angle des continuités, des mouvements et des ruptures actuels ou à venir dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit*, cela à l'heure du déploiement d'un droit baroque dont les contours demeurent relativement incertains.

Toutefois, la scientificité des travaux des universitaires-juristes est un idéal qui va de pair avec une réalité dans laquelle les frontières sont bien moins nettement tranchées ou, en tout cas, régulièrement violées. Aussi faudra-t-il s'autoriser, de temps à autre — et en particulier à l'occasion du second titre de la première partie consacré à la légitimité du droit d'origine privée —, à abandonner le cadre *jus*-scientifique pour s'inscrire dans un cadre *jus*-politique[2].

[1] H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 561.

[2] L'exigence fondamentale, garante de la qualité du discours, consiste peut-être à *toujours préciser le point de vue adopté*, *a fortiori* lorsqu'il en est changé. Il appartiendrait ainsi moins au juriste de tenir

Quelques propositions spéculatives ou prescriptives ou quelques commentaires critiques pourront donc être apportés, mais à titre complémentaire.

Il est à présent temps de conclure cette introduction en annonçant et expliquant la *summa divisio* autour de laquelle s'organiseront ces recherches. Cette *summa divisio* suivra la typologie des sources retenue, laquelle devra permettre de déconstruire et ordonner ce « *patchwork* normatif » qu'est le droit de la communication par internet et d'imaginer quel pourrait être le visage des sources du « droit de demain ».

***La typologie des sources du droit retenue.* –** La présentation de la « taxinomie »[1] des sources du droit adoptée en cette thèse permet tout d'abord d'insister sur le fait que, puisqu'il n'existe pas de typologie officielle des sources du droit, dans le Code civil par exemple[2], ladite thèse s'inscrira dans le champ de la pensée juridique et *portera sur les doctrines positives au moins autant que sur les normes positives*. Il semble que *l'identification et la classification des sources du droit soit une mission qui incombe aux observateurs et non aux acteurs du droit*. On ne pourrait que parler de « théorie » des sources du droit tant leur « taxinomie » serait un « construit » plus qu'un « donné »[3], bien qu'elle puisse ou doive procéder intimement d'un ensemble d'observations empiriques.

---

exclusivement un discours *jus*-scientifique que de tenir un discours à la fois *jus*-scientifique et *jus*-politique, mais à condition de rigoureusement expliquer, lorsque tel est le cas, pourquoi et dans quelles dimensions l'angle d'approche varie.

[1] Il ne semble pas impossible d'ainsi parler, au moins de manière figurée, de « taxinomie » des sources. D'ailleurs, Georges Gurvitch ne manquait pas de se considérer tel un « zoologue » étudiant des « espèces de droit » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 166 s.).

[2] Le projet de Code civil de l'an VIII, qui n'a pas abouti, prévoyait de lister, à son article 4, les « sources du droit de chaque peuple », parmi lesquelles la jurisprudence, la coutume et la « Raison naturelle ».

[3] La problématique des sources du droit est foncièrement théorique et Norberto Bobbio pouvait enseigner que « l'une des tâches d'une théorie générale du droit est celle d'analyser, de décrire et de classifier les différentes formes sous lesquelles la création des normes se vérifie dans la société. Cette analyse, description et classification constitue l'objet du chapitre que les traités traditionnels de droit intitulent "sources du droit" » (N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 228).

La classification des sources du droit est loin de se laisser saisir spontanément, déjà parce qu'elle doit permettre l'analyse et la description desdites sources tout en ne pouvant qu'être le fruit d'une analyse et d'une description desdites sources. Or, si la conception tripartite à niveau unique la plus habituelle (loi, jurisprudence, coutume) s'avère insuffisante car incomplète et peu conforme à la réalité du « droit effectif », il devient nécessaire d'opérer un effort théorique afin de proposer une « cartographie » des sources du droit permettant d'évoluer de façon plus satisfaisante au sein du droit de la communication par internet.

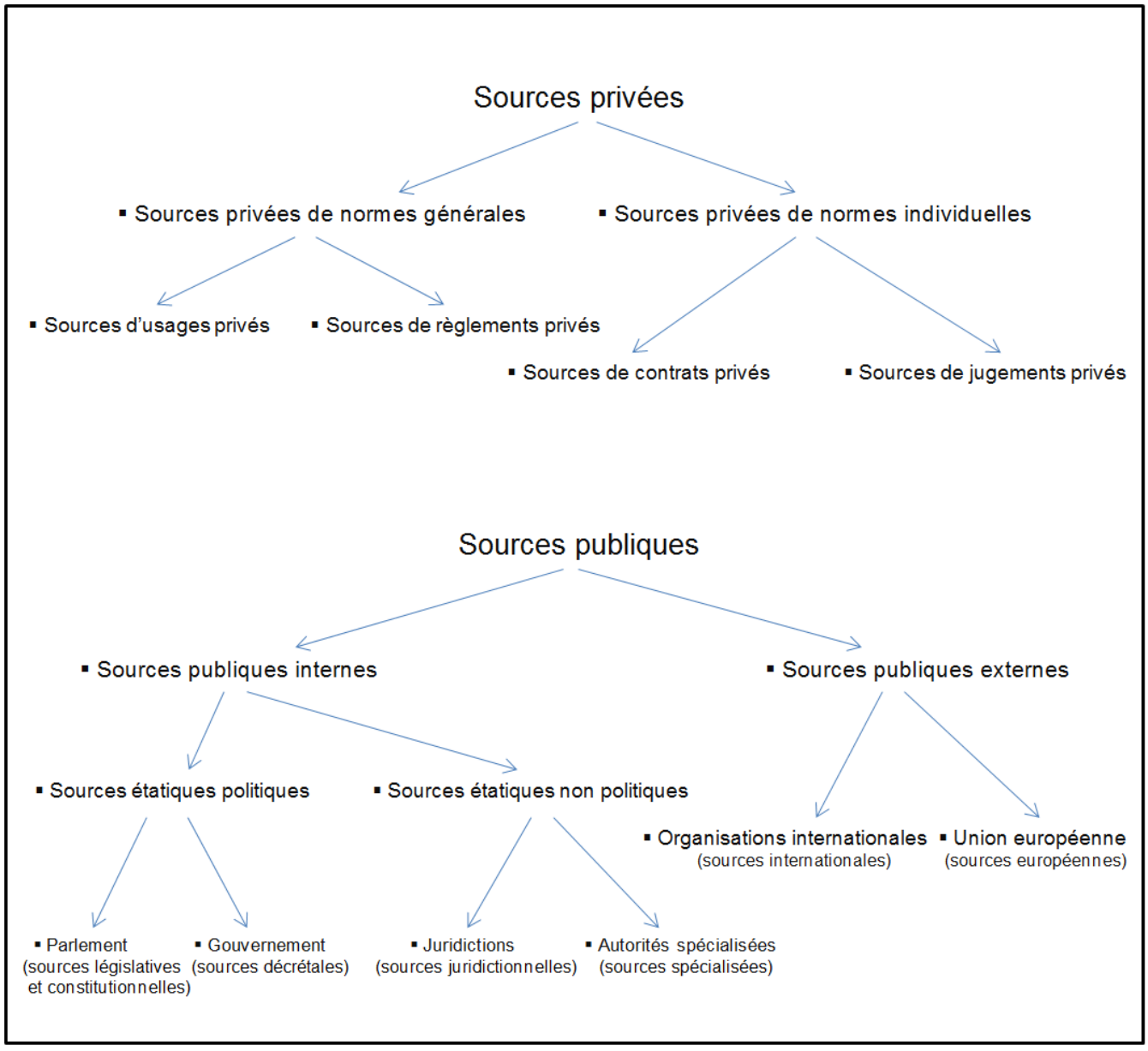
Reste que les critères pertinents afin d'arrêter la liste des différentes catégories de sources du droit sont incertains et imparfaits. Il faut rappeler qu'une *conception organique des sources du droit* est retenue en cette thèse : les sources du droit sont les organes ou ensembles d'organes qui édictent certains types particularisables d'actes normatifs[1]. Cette compréhension des sources du droit conduit à *définir différents actes normatifs autant que différents organes-sources*. Par conséquent, les sources du droit seront ici réparties en diverses catégories principalement *en fonction des actes normatifs qu'elles produisent*.

En outre, les nomenclatures des sources du droit sont généralement sommaires en ce qu'elles ne comportent qu'un seul et unique niveau. Malgré cette habitude doctrinale, il est peut-être possible de justifier le recours à une véritable « taxinomie », c'est-à-dire à une classification multi-niveaux. Grâce au jeu des concepts et des étiquettes, il serait permis de construire des ensembles généraux et des branches plus précises de sources, les premiers englobant les secondes. Les institutions positives elles-mêmes s'organisent souvent sous la forme de « poupées russes » et il n'y aurait rien d'artificiel dans l'arbre des sources qui pourrait être « constaté » plus que « proposé »[2].

[1] Les sources peuvent donc être signalées par les noms des organes qu'elles sont (par exemple, « Parlement ») ou, par métonymie, par les noms des actes normatifs qu'elles produisent (par exemple, « loi »).

[2] En ce sens, Santi Romano pouvait relever qu' « il se peut que des institutions […] soient liées ensemble de façon que leurs ordres, tout en demeurant distincts à certains points de vue, fassent cependant, à d'autres points de vue, partie d'un ordre plus vaste, c'est-à-dire d'une plus vaste institution dont elles sont

La typologie des sources du droit servant de matrice à cette thèse est la suivante[1] :



des éléments constitutifs » (S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 77).

[1] Les sources privées et les sources publiques forment deux ensembles distincts et le fait que les premières soient placées au-dessus des secondes ne traduit en aucune façon quelque hiérarchie. La logique aurait voulu que les sources privées et publiques soient placées côte à côte, mais cela aurait rendu le graphique difficile à construire.

La réalité est toujours plus riche et complexe que la pensée et il se trouve forcément une part d'arbitraire et de stipulation, donc de déformation, dans cette carte de lecture. Mais, si « la carte n'est pas le territoire »[1] — ce qui signifie, à l'instar du célèbre tableau de René Magritte « La Trahison des images »[2], qu'il convient de ne pas confondre la réalité avec la représentation de la réalité —, il faut croire que « la carte est plus intéressante que le territoire »[3], donc que la représentation de la réalité est plus attirante et porteuse épistémiquement que la réalité crue[4]. Reste ensuite à savoir quel mode de représentation de la réalité retenir.

Il faut espérer que la cartographie des sources du droit retenue pourra servir une approche et un examen efficaces des sources du droit de la communication par internet, profitable à la réflexion prospective sur le renouvellement des sources du droit. On juge que l'heure serait à la privatisation des sources publiques et à la publicisation des sources privées[5]. Est néanmoins pris ici le pari que la distinction des sources publiques et des sources privées pourrait constituer la *summa divisio* des sources du droit, si bien que cette *summa divisio* sera aussi celle de la thèse.

---

[1] A. KORZYBSKI (cité par M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctoria* 2013, n° 10, p. 11).

[2] Ce fameux tableau représente une pipe accompagnée de la légende « Ceci n'est pas une pipe ».

[3] M. HOUELLEBECQ, *La carte et le territoire*, Flammarion, 2010 (cité par M. TROPER, *loc. cit.*, p. 11).

[4] Sur ce point, il n'est pas inutile de citer cette anecdote que rapporte le grand écrivain argentin Jorge Luis Borges : « Un roi du Moyen-Âge avait commandé l'élaboration d'une carte très précise de son royaume. Il insista pour que la carte représentât scrupuleusement le moindre détail. Les cartographes les plus renommés de l'époque se chargèrent de cet important projet. Quand, finalement, ils présentèrent leur travail, on constata qu'il était impossible d'être plus fidèle car la carte et le royaume coïncidaient point par point. Cependant, leur frustration fut grande : la carte n'était pas très pratique puisqu'elle était de la même taille que le royaume » (J. L. BORGES, *Dreamtigers*, University of Texas Press (Austin), 1970, p. 90 (cité par B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, p. 385)).

[5] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 350.

Une thèse ordonnée autour de la typologie des sources du droit. – *L'ossature de cette thèse ressemblera intimement au schéma des sources du droit précédemment dressé.* Et cette ossature devra permettre de rechercher *en quoi et dans quelle mesure le droit de la communication par internet témoigne de continuités, de mouvements et de ruptures actuels ou à venir dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit*.

Il s'avère que les sources privées jouent un rôle central et original dans la production du droit de la communication par internet ; mais cette importance du droit d'origine privée, pour diverses raisons, apparaît insatisfaisante et le droit d'origine publique devrait lui être préféré (*première partie*). Or, les sources internationales étant intrinsèquement inaptes à accentuer la part de normes d'essence publique parmi cette branche du droit, c'est principalement aux sources européennes et, surtout, aux sources étatiques qu'il appartient de donner aux sources publiques les moyens de maîtriser la création juridique — les sources étatiques s'attelant à la tâche non sans rencontrer diverses contrariétés — (*seconde partie*).

Aussi, à l'échelle du droit de la communication par internet — et à condition de se montrer attentif au « droit effectif » autant qu'au « droit valide » —, un profond renouvellement des sources du droit peut-il être mis en évidence. Mais celui-ci est avant tout le fait des sources privées. Il accompagne *l'essor de nouveaux objets normatifs ou semi-normatifs* fort originaux à l'aune des canons du droit moderne. En revanche, l'adaptation des sources publiques s'avère limitée et, par suite, insuffisante. Les institutions publiques n'évoluent pas autant qu'elles le devraient pour répondre aux défis normatifs que les organisations privées leur posent. L'étude du droit de la communication par internet laisse ainsi *présager un renouvellement des sources du droit engendré principalement par les sources privées*, les sources publiques étant marquées par un statisme et une frilosité les empêchant de se saisir pleinement du « droit de demain ». Seules les sources européennes semblent faire quelque peu exception, sans toutefois permettre aux sources publiques de triompher des sources privées. Tant sous l'angle qualitatif que sous l'angle quantitatif, les sources privées

pourraient concurrencer et subroger de plus en plus les sources publiques à mesure que s'étendra l'empire du *« nouveau droit »*.

Première partie

LE RENOUVELLEMENT PRÉOCCUPANT DES SOURCES PRIVÉES : ILLUSTRATIONS EN DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Déjà au début des années 2000, le Professeur Pascale Deumier voyait dans les communautés d'internautes des lieux particulièrement pertinents pour étudier le droit spontané et l'autorégulation[1], donc certaines formes de renouvellement des sources du droit. Il n'y a guère que des manuels de « droit du numérique » qui présentent dans leurs annexes non la loi pertinente mais les actes privés pertinents : la « Nétiquette », les « Conditions générales d'utilisation de Firefox », les « Condition générales d'utilisation de Yahoo! », les « Conditions générales d'utilisation de Gmail » et les « Conditions générales d'utilisation de Facebook »[2]. Quant aux ouvrages encyclopédiques à destination des praticiens, ils se réfèrent, en cette matière plus qu'en toute autre, aux divers actes normatifs

[1] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 346-348.

[2] J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 335 s.

issus de l'autorégulation[1]. Et on note que le développement des chartes et autres usages privés irait toujours de pair avec une « crise du droit » ou, du moins, avec une « crise de l'État », citant l'exemple des codes de déontologie sur le marketing direct qui ont été élaborés à une époque où les spams se multipliaient et où la loi[2] posait des problèmes d'interprétation et d'applicabilité[3]. Par conséquent, le droit de la communication par internet se présente tel un sujet d'étude attractif pour qui aspire à étudier le droit d'essence privée et ses conséquences. Peut-être ce dernier est-il, pour une part, l'avenir du droit.

En France, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, un monopole d'État fut institué sur la communication hertzienne, celle-ci s'étant révélée déterminante tant dans l'effondrement que dans le redressement de la nation. Dès lors, sa gestion ne pouvait être abandonnée à quelques acteurs privés. Depuis, diverses formes juridiques ont garanti le monopole étatique et les justifications à sa pérennisation ont fleuri en conséquence[4]. *L'internet interdit pareil contrôle étatique qui ne saurait s'expliquer ni historiquement, ni techniquement, ni (surtout) politiquement.* Le droit de la communication par internet ne peut présenter un visage semblable à ceux, devenus classiques — et d'ailleurs de plus en plus contestés et de plus en plus dénaturés[5] —, du droit de la communication

[1] Par exemple, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4677 (qui liste les « contrats-types », les « codes de bonne conduite », les « chartes déontologiques » et les « labels »).

[2] L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

[3] A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

[4] Parmi elles figurent l'idée d'un monopole naturel ou encore celle d'un indispensable contrôle de l'État sur la ressource limitée que constituerait le spectre hertzien. Ainsi le milieu radioélectrique appartient-il, au terme d'une parfaite fiction juridique, au domaine public. *Cf.* H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica (Aix-en-Provence-Paris), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996 ; J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004 ; T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, LGDJ, coll. Système droit, 2011.

[5] Dans les années 1980 déjà, était souligné combien chaque réforme législative sur l'audiovisuel se montrait trop rapidement incapable de préserver son effectivité et consistait très souvent à valider les violations des lois précédentes (S. REGOURD, « La dualité public-privé et le droit de la communication audiovisuelle », *RFDA* 1987, p. 356).

audiovisuelle ou du droit des télécommunications. Dans le cyberespace, ce n'est pas la gestion de la rareté qui s'impose mais bien plutôt celle de la surabondance, ce qui ne rend pas moins indispensable l'intervention du droit[1] mais interdit d'imaginer possible l'extension, le transport ou même l'adaptation des régimes juridiques applicables aux anciens médias afin de constituer le droit de la communication par internet[2].

Or, si ce droit est dans une certaine mesure aux mains des sources privées[3], différents éléments invitent à plaider en faveur de *la publicisation de sa production* — *i.e.* d'une accentuation de la part du droit d'origine publique dans l'ensemble de la matière. Un titre entier portera, en cette première partie, sur ce point. Simplement, en guise de premières illustrations, peut-il être noté que, alors que les données personnelles sont peut-être le « pétrole du XXI^e^ s. » et constituent potentiellement le premier enjeu du droit de la communication par internet — l'identité numérique compterait désormais au moins autant que l'identité physique[4] —, lorsqu'un internaute visite un site web comptant parmi les plus populaires, ce sont entre 60 et 100 marqueurs qui récoltent et enregistrent des données relatives à son activité[5], soit autant de « pièges à données personnelles »[6] qu'il pourrait être préférable de voir régis par des normes

[1] En effet, ainsi que l'écrivait Adam Smith, « la police a pour but d'assumer la régulation des parties inférieures du gouvernement, c'est-à-dire la propreté, la sécurité, le bon marché et l'*abondance* des denrées » (cité par P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Le Seuil, 1981, p. 65 ; non souligné dans le texte original).

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 207.

[3] Une étude a permis de montrer que les sources privées sont à l'origine d'environ 40 % du droit de la communication par internet (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190).

[4] *Cf.*, spécialement, O. ITEANU, *L'identité numérique en question*, Eyrolles, 2008.

[5] J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013.

[6] Réf. à M.-P. FENOLL-TROUSSEAU, G. HAAS, « Les moteurs de recherche : un piège pour les données personnelles », *Comm. com. électr.* 2006, étude 3.

d'origine publique plutôt que par des normes établies par ceux-là mêmes qui ont mis en place ces « pièges »[1].

L'internet est régulièrement désigné, en particulier par le Conseil d'État[2], comme le principal endroit où peuvent être aujourd'hui commises des violations des droits fondamentaux[3]. D'aucuns spécialistes font de Google le « plus redoutable défi pour les droits de la personne de toute l'Histoire de l'humanité »[4]. Et on postule que l'internet serait l'instrument qui permettrait l'avènement du « Big Brother » imaginé par Orwell, mais un « Big Brother » constitué par les grandes multinationales des communications par internet et n'ayant rien à voir avec le Léviathan étatique de Thomas Hobbes[5]. Or il est difficile de soutenir que le droit d'origine privée poursuivrait les mêmes objectifs et chercherait à satisfaire les mêmes intérêts que le droit d'origine publique, que son objectif premier serait le triomphe de l'intérêt général sur les intérêts particuliers[6].

---

[1] « Le fait est avéré, écrit-on, l'exploitation des fichiers de données que produisent nos activités réticulaires en toute naïve inconscience permet de faire commerce de nos identités et des existences que nos connexions expriment et rendent calculables » (M. PAUL, D. ROBERT, « Présentation », *Cités* 2009, n° 39, p. 11).

[2] EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques* ; Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*

[3] Notamment, S. CROSNIER, *Le droit à la vie privée à l'épreuve de l'internet*, th., Université Paris XI - Paris Sud, 2000.

[4] E. FELTEN, « Inside the Googleplex », *The Economist* 1er sept. 2007 (cité par J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 160).

[5] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 91.

[6] Sa philosophie tendrait davantage à inviter, par exemple, à accepter que « nous n'avons plus de vie privée, il faut nous y habituer » (S. MC NEALY (ancien président et fondateur de Sun Microsystems, cité par D. FOREST, « Qui a peur de l'Internet des objets ? », *RLDI* 2009, n° 54)). Concernant le service Google Street View, parmi une foultitude d'illustrations, il est certes possible de s'opposer à la mise en ligne de la photographie de son domicile, mais « le particulier se voit contraint de déclencher une procédure pour éviter que le monde entier puisse repérer le lieu où il habite » (A. TÜRK, *La vie privée en péril*, Odile Jacob, coll. Des citoyens sous contrôle, p. 15). Bien sûr, cela peut être contesté à l'aune de quelques exemples savamment choisis tels que le code de bonne conduite adopté par les grands producteurs mondiaux de vins et spiritueux (Discus, lobby américain de l'industrie de l'alcool, et l'EFRD

Une telle discussion relative à *la légitimité du droit d'origine privée* est cependant très subjective ; elle ne saurait être prolongée en ces lignes et devra être abordée avec précautions dans le titre *ad hoc* à venir. Elle semble néanmoins importante dès lors que le renouvellement des sources du droit correspond à un remplacement des sources publiques par des sources privées. Il faudrait peut-être s'alarmer devant la tendance du droit à voir ses origines se privatiser. En cette première partie, il s'agira donc d'insister, après avoir présenté la multiplicité et la variété des sources privées du droit de la communication par internet, lesquelles contribuent bien davantage que les sources publiques au renouvellement des sources du droit (Titre 1), sur le fait qu'un droit d'origine publique serait, dans l'ensemble, préférable à un droit d'origine privée (Titre 2), si bien qu'il semble — y compris aux yeux des pouvoirs publics — légitime de vouloir publiciser la production des normes constitutives de cette branche du droit. Si l'État ne maîtrise pas par son droit les activités de l'internet, ce n'est peut-être pas qu'il ne le souhaite pas ; ce serait seulement qu'il n'y parviendrait pas.

(European Forum for Responsable Drinking)) qui affiche l'objectif de réglementer la publicité liée à l'alcool dans l'Union européenne et aux États-Unis et, en particulier, d'orienter la publicité vers les internautes en âge de consommer.

Titre 1

L'ORIGINALITÉ CONSTATÉE DES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Bien que non apparente dans le plan de cette thèse, une distinction est peut-être décisive : celle des sources privées indépendantes de l'État et des sources privées acceptées, accueillies ou même « validées » par l'État[1]. Seulement cette dernière catégorisation ne pouvait-elle être pertinemment utilisée afin de présenter les sources du droit de la communication par internet dès lors que ces sources appartiennent rarement à l'une des deux sphères à l'exclusion de l'autre[2].

[1] La différenciation des sources privées indépendantes de l'État et des sources privées autorisées par l'État pourrait être importante à l'aune d'une approche davantage matérielle que formelle. Peut-être l' « État postmoderne » est-il celui qui ne s'obstine pas à nier la « relevance » des ordres normatifs privés et qui cherche, en l'acceptant, à mieux dominer et contrôler ceux-ci (*cf.*, par exemple, J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 677 s.) Toutefois, ce titre premier spécifiera les sources privées du droit au terme d'une approche formelle, en s'attachant *aux divers types d'actes juridiques porteurs de normes*.

[2] Néanmoins, la coutume, en particulier, paraît intimement attachée aux sources indépendantes des institutions publiques. On observe, en effet, que « la coutume est un droit qui trouve son origine dans le corps social et non dans la volonté de la puissance publique ; un droit qui échappe ainsi à l'emprise de l'État. Et c'est bien pourquoi l'État moderne n'aime pas la coutume » (J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », *op. cit.*, p. 326). Mais y compris en matière de coutumes, il n'est pas rare que certaines d'entre elles, qualifiées de « *secundum legem* » par opposition aux coutumes « *praeter legem* » et, surtout,

Par exemple, parmi les règlements d'origine privée, certains sont autonomes par rapport à l'État quand d'autres sont le fruit d'une incitation publique.

Reste qu'une disposition privée dont les instances étatiques nient toute relevance juridique — c'est-à-dire qu'elles l'ignorent totalement — est incomparable à cette même disposition dont la portée juridique est reconnue par l'État, à travers quelque texte législatif et/ou quelque décision de justice[1]. L'*« autorégulation »* et la *« corégulation » en vertu d'une « investiture étatique »*[2] comportent des sens très différents et même peut-être largement antinomiques aux yeux de l'État. Raymond Carré de Malberg ne professait-il pas que « l'État lui-même cesserait de subsister s'il pouvait s'établir chez lui, en vertu d'une puissance autre que la sienne, c'est-à-dire sans des habilitations venues de règles créées par ses propres organes, un système de normes pourvu de sanctions »[3] ?

Il est temps d'envisager plus en détails les sources privées du droit de la communication par internet, sous un angle formel, donc, et en recourant à une « taxinomie » ne pouvant rendre qu'imparfaitement justice de la réalité foncièrement hétéroclite de ces sources — on souligne combien les instruments de la régulation privée sont beaucoup plus complexes que ceux de la régulation étatique[4]. À ces fins, seront séparées les sources de règles générales (chapitre 1)

---

par opposition aux coutumes « *contra legem* », reçoivent une onction étatique, que le législateur leur confère expressément force juridique, lorsqu'il oblige les destinataires des normes législatives à se conformer aux « bonnes mœurs » ou même lorsqu'il se borne à édicter des lois supplétives.

[1] M. VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 50.

[2] Réf. à S. LE BRIS, L. LUTHER, « De l'autorégulation à l'investiture étatique : éléments de réflexion pour une réforme », in B. FEUILLET LE MINTIER, dir., *De l'éthique au droit en passant par la régulation professionnelle*, Mission de recherche droit et justice, 1999, p. 35 s.

[3] R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 164.

[4] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 24.

et les sources de règles particulières ou individuelles (chapitre 2)[1]. Peut-être est-ce parmi ces diverses sources qu'il faut rechercher prioritairement les sources du « droit de demain ».

Les règles à portée générale sont les plus emblématiques, à tel point qu'on y réduit souvent le domaine du droit — l'opinion selon laquelle la généralité de la règle serait un critère de sa juridicité est, semble-t-il, largement défendue[2] et il est fréquemment affirmé que « la plupart des règles de droit sont des règles générales »[3]. Néanmoins, les règles à portée générale ne sont peut-être pas plus importantes que les règles à portée individuelle, lesquelles nourrissent le système juridique au quotidien et sans cesse et sont mécaniquement beaucoup plus nombreuses. Cela signifie aussi que le droit produit par l'État est peut-être moins essentiel que le droit produit par les organismes privés puisque *les sources étatiques sont avant tout génératrices de règles générales quand, dans le cadre privé, ce sont surtout des règles individuelles qui sont établies*. Le droit de la communication par internet, cependant, tend à remettre en cause cette dernière assertion puisque *nombre des règles générales qui le constituent ont une origine privée*. Ce qui est remarquable dans ce droit est *autant l'identité de ses sources privées*, dont certaines s'avèrent particulièrement originales, *que l'importance*

[1] Cela à la suite de Michel Virally selon qui « il existe deux grandes catégories de normes : celles qui ordonnent une seule relation juridique et celles qui peuvent en ordonner une pluralité indéfinie » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 49 ; également, R. CAPITANT, *L'illicite – t. I : L'impératif juridique*, Dalloz, 1928, p. 59).

[2] Comme le relevait, au milieu du XX^e^ s., un auteur, « l'idée de la généralité, inhérente à la nature de la loi, [est] si bien adaptée aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit que tous les juristes se la transmettent sans examen les uns aux autres » (H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 137 (cité par L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th., Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, p. 52)). Toutefois, ce n'est pas la règle de droit mais bien la règle en tant que telle que Carbonnier associait à la généralité, avec quelques auteurs selon lesquels toute règle serait générale quand une norme pourrait être aussi bien générale que particulière (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 80).

[3] C. LARROUMET, *Droit civil – t. I : Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e^ éd., Economica, coll. Droit civil, 2006, p. 16 (cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 51).

quantitative des règles générales qu'elles édictent. Les sources privées paraissent bien participer du renouvellement des sources du droit autant sous l'angle qualitatif que sous l'angle quantitatif.

Chapitre 1

LES SPÉCIFICITÉS DES SOURCES PRIVÉES DE NORMES GÉNÉRALES

Classiquement, les autorités publiques « valident » régulièrement des règles privées à portée individuelle, spécialement en autorisant les individus à créer du droit par voie conventionnelle ou en encourageant la médiation. Il en va très différemment de *la création privée de règles générales et impersonnelles*, laquelle est perçue telle une atteinte à la souveraineté et à la puissance étatiques. Le renouvellement des sources privées du droit est donc un renouvellement des sources privées de normes générales plus qu'un renouvellement des sources privées de normes individuelles. Et s'intéresser aux sources privées de règles à portée générale est ainsi peut-être intéressant en premier lieu aux yeux de qui s'intéresse à l' « état de l'État ». À l'inverse des sources privées de règles à portée individuelle, les sources privées de règles à portée générale se situent fréquemment dans un rapport de concurrence ou, du moins, d'indifférence réciproque avec les sources publiques. Aussi d'aucuns remarquent-ils que l'autorégulation, qui repose largement sur des normes générales, serait un signe *de l'autonomie et de l'émancipation de la société civile par rapport à l'État*[1], ce qui, du point de vue de ce dernier, serait un signe annonciateur de graves difficultés et inviterait à repenser les modes publics de production des normes.

[1] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 22.

Parmi les sources privées de normes juridiques à portée générale applicables aux communications par internet, les usages (section 1) et les règlements (section 2) peuvent être distingués. Si les usages sont des formes de coutumes modernes, ce sont surtout les règlements privés, sorte de « quasi-législation privée »[1], qui s'avèrent éventuellement novateurs et surprenants. Comme le note le Professeur Pascale Deumier, le débat afférent à l'existence de sources privées de normes juridiques générales s'est largement concentré sur la coutume, seule parvenue de manière relativement unanime au rang de source du droit, ce qui « profite à une source largement asséchée et perpétue des débats très théoriques »[2]. Aussi tout l'enjeu en même temps que toute l'originalité potentielle de ce chapitre semblent-ils résider moins dans l'intégration des usages parmi les sources du droit que dans l'intégration, parmi elles, des règlements privés. Ces derniers prospèrent et pourraient être au cœur du « droit de demain ».

[1] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 35.

[2] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 327.

Section 1

La singularité des usages privés

Il n'est, semble-t-il, guère innovant — bien que cela soit plutôt paradoxal — d'intégrer la coutume dans le cercle restreint des sources formelles du droit[1]. Elle est classiquement, spécialement depuis que François Gény a écrit[2], considérée tel l'égal de la loi et de la jurisprudence[3]. En particulier, il est

[1] Par exemple, G. RADBRUCH, « La coutume est une source formelle », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 319 s. Les coutumes doivent être envisagées non comme « faits moraux » (Ch. FEDDAL, « La coutume : fait moral et source du droit », *Gaz. Pal.* 9 févr. 1997, p. 14 s.) mais comme « faits juridiques ». Peut-être l'objection selon laquelle la rupture humienne entre droit et fait interdirait irrésistiblement que de ce qui est puisse découler ce qui doit-être (notamment, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 127) ne doit-elle pas être accueillie. D'aucuns ont néanmoins contesté la qualité juridique des règles coutumières, en particulier à l'aune d'une acception étatiste de l'identité du droit et en refusant de faire de l'effectivité un critère de juridicité ou en exigeant que toute norme soit accompagnée d'une sanction étatique pour pouvoir être juridique (par exemple, A. ESMEIN, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », *Bulletin de la Société d'études législatives* 1905, p. 533 ; B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit* 1982, p. 53). Tandis que des auteurs comme Austin ne leur attachaient que la qualité de sources matérielles du droit (par exemple, J. AUSTIN, « La coutume est une source matérielle », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *op. cit.*, p. 317 s.), les coutumes sont parfois classées parmi les « normativités alternatives au droit » (Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 3 : Normativités concurrentes*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013) ou à l'intérieur du « micro-droit » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 37).

[2] F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., LGDJ, 1919.

[3] Par exemple, F. ZÉNATI, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 ; G. TEBOUL, « Logique de compétence et logique de validation – Coutume et source formelle de

indifférent qu'il existe ou non, dans l'ordre juridique étatique, quelque norme conférant à la coutume le statut de norme juridique ou de source du droit[1]. Or l'usage est en quelque sorte la version « postmoderne » de la coutume. Comme elle, il invite à tolérer l'existence d'un « droit de nature comportementale »[2], c'est-à-dire d'un droit qui se dégage de la répétition constante et générale de comportements, cette réitération conférant aux règles spontanées « une effectivité qui sera le seul fondement de [leur] positivité »[3].

Après avoir présenté les usages (A), qui paraissent renouveler la coutume et, d'une certaine manière, la « sauver », il conviendra d'illustrer cela par le cas particulier de la « *lex electronica* » (B), ce « droit spontané » — par opposition au « droit délibéré » — n'étant pas le moins atypique de tous.

---

droit », *RDP* 1993, p. 947 s. ; D. ACQUARONE, *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source de droit*, th., Université de Nice, 1987.

[1] D'ailleurs, la non-acceptation des constructions normatives coutumières par l'ordre juridique n'est pas vérifiée à l'échelle de nombre d'ordres juridiques, y compris publics. Ainsi, au niveau public supra-étatique, valeur juridique est-elle conférée à la coutume par l'article 38.2 du statut de la Cour internationale de justice, lequel la définit en tant que « pratique juridique acceptée comme étant le droit ». Seulement s'agit-il alors d'une coutume publique laissant entière la question de la juridicité des coutumes privées. Kelsen exigeait, pour que « la signification subjective du fait coutumier [puisse] être interprétée comme une norme juridique objectivement valable », que « le fait caractérisé de la sorte [soit] institué dans la Constitution comme fait créateur de normes juridiques » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 227). En outre, dès lors qu'une telle norme reconnaissante de la juridicité de la coutume existe, cette dernière n'est pas réellement créatrice de droit puisque l'obligation juridique ne provient pas du fait mais seulement de la prescription énoncée dans la loi ou la Constitution de se conformer à la coutume, si bien que la qualité de source formelle du droit est toujours niée à la coutume (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 135). Également, G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 691 s.

[2] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 7. C'est ce que fait, notamment, la Cour de cassation qui, à l'occasion d'un arrêt de principe rendu le 7 mai 1839, a affirmé la supériorité de la loi sur la coutume dans l'ordre juridique.

[3] *Ibid.*, p. 8.

A. Les usages : des constructions coutumières très présentes à l'heure du droit transnational

« Le gouvernement le plus despotique et le plus minutieux, la législation la plus obéie et la plus rigoureuse, c'est l'usage, […] [ce sont] ces mille et une habitudes reçues qui règlent la conduite privée, non pas de haut et abstraitement comme la loi, mais de très près et dans le moindre détail », écrivait Gabriel Tarde à la fin du XIX^{e} s.[1]. En est-il allé de même au XX^{e} s. ? Et en va-t-il de même aujourd'hui ? D'aucuns répondent par l'affirmative, considérant que « la vie juridique est beaucoup plus riche que les actes formalisés »[2].

Par conséquent, si le droit moderne se présente tel un droit très étatisé ne laissant que peu de place à la coutume (I), l'importance des usages dans le droit de la communication par internet montre combien le « droit de demain » pourrait aller de pair avec un retour de la coutume dans le cercle des principales sources du droit (IV). Où le renouvellement des sources du droit se traduit par la renaissance de certaines sources qui pouvaient sembler archaïques. Et il s'agit alors bien de renouvellement sous l'angle quantitatif mais non sous l'angle qualitatif tant il semble que, de tout temps, des usages ont imprégné le droit. Pour aboutir à pareille conclusion, il importe de brièvement définir l'usage et la coutume (III) et de retenir qu'il y aurait *une différence de degré et non de nature* entre l'un et l'autre (II). Les règles de droit spontanées sont des « pratiques diffusées dans le temps et dans l'espace »[3] ; l'usage serait une pratique moins profondément et moins généralement diffusée dans le temps et dans l'espace.

I. ***Le déclin progressif de la coutume parmi les sources du droit : du droit spontané au droit ordonné.*** **–** De nombreuses sociétés semblent être passées de la coutume à la loi avec le développement moderne du « Léviathan » et des

[1] G. TARDE, *Les lois de l'imitation* (1890), Les empêcheurs de penser en rond, 2001, p. 377 (cité par B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*, p. 23).

[2] H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 172.

[3] P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 104.

« sources officielles » du droit[1]. Longtemps, les sociétés non étatisées, « primitives » ou « archaïques », n'ont connu pour droit que la seule coutume, aucune règle écrite ne venant la compléter ou la subroger. Aussi note-t-on que, partout, la coutume a dominé les premières formes de droit (droits romain, hébraïque, mésopotamien, musulman, phénicien, chinois etc.)[2] et que, historiquement, elle est demeurée durant des siècles la principale source du droit, le droit écrit étant additionnel par rapport au droit coutumier, ainsi que l'illustrait le « Code d'Hammourabi »[3].

Il existe d'innombrables témoignages ethnographiques de personnes agissant d'une certaine manière uniquement parce que leurs ancêtres l'ont toujours fait[4] — ou parce que les héros ou les dieux l'ont toujours fait[5]. Mais, quand vient l'État moderne, la loi et la jurisprudence tendent forcément à remplacer la coutume, y compris au moyen de la codification des règles coutumières en vigueur, ce qui, accompagné d'intentions politiques jamais

[1] Reste que les normes coutumières privées ont pu rivaliser avec les normes écrites publiques et constituer peut-être même le droit premier ou primaire quand le droit législatif n'était que secondaire et devait reposer sur ce droit d'origine privée (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8e éd., LGDJ, 1995, p. 99). On peut ainsi en venir à juger que « les us et les coutumes possèdent une extraordinaire puissance. Quoi qu'il en ait, le législateur, même le plus interventionniste, ne pourra jamais les égaler, ni en quantité ni en qualité. À tout prendre, les lois ne règlent qu'une infime partie du droit en vigueur dans une société. Tout le reste est régi par la coutume » (A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 83).

[2] P. DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTD civ.* 2006, p. 518 ; P. HAGGENMACHER, « La coutume », *Arch. phil. droit* 1990, p. 27.

[3] S. DÉMARE, « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes », *Arch. phil. droit* 1987, p. 342. Selon Léon Duguit, la coutume aurait ainsi été le « premier mode de constatation du droit » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3e éd., De Boccard, 1927, p. 688).

[4] N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1419 ; J.-M. CARBASSE, « Coutume, temps, interprétation », *Droits* 2000, n° 30, p. 15 s.

[5] R. VERDIER, « Le droit au singulier et au pluriel – Juridicité et cultures juridiques », *Droits* 1990, n° 11, p. 75.

neutres[1], les fait formellement passer en un instant de la qualité coutumière à la qualité législative[2]. Ainsi l'évolution juridique est-elle classiquement celle qui conduit du droit spontané vers le droit ordonné, ce qui coïncide avec une évolution du droit d'origine privée vers le droit d'origine publique. Toute l'Europe occidentale, à partir de la fin de l'Empire carolingien, a connu un droit essentiellement coutumier, un « droit vivant »[3] ou « vrai droit naturel »[4], qui a été ensuite rédigé et donc « fixé »[5]. L'effacement de la coutume a été si marqué qu'il est commun d'observer que, au XX^e^ s., la loi est devenue la « source quasi-exclusive du droit »[6]. Tel serait le sens de la « vie du droit »[7].

Le développement actuel des usages, forme de droit coutumier, ne saurait dès lors consister qu'en un renouvellement relatif des sources du droit, correspondant au retour sur le devant de la scène d'une source qui a déjà souvent occupé cette position par le passé. Mais l'usage présente des particularités par

---

[1] N. ROULAND, « Acculturation juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 6. L'auteur note que la codification étatique des coutumes (existent également des codifications privées) a généralement pour but de mieux contrôler la population et de la soumettre aux juges publics.

[2] Le Code civil comporte aujourd'hui encore de nombreuses traces des anciennes coutumes en matière de droit des biens, des régimes matrimoniaux et des successions (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 329) ; et Portalis, à l'heure de rédiger le Code civil, concédait que « les Codes des peuples se font avec le temps mais, à proprement parler, on ne les fait pas » (J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804), ce qui signifie que les lois ne feraient toujours que reconnaître des coutumes, donc des faits.

[3] L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 317.

[4] C. F. VON SAVIGNY (cité par R. SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 121).

[5] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e^ éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 64.

[6] H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique* 1951, p. 3.

[7] Réf. à J. HILAIRE, *La vie du droit – Coutumes et droit écrit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994. Par ailleurs, si la loi et la jurisprudence, les parlements et les tribunaux, sont le propre des civilisations avancées, les coutumes peuvent se retrouver dans lesdites sociétés avancées autant que dans les sociétés primaires — notamment, le droit des pays dits « de *common law* » continue de reposer très largement sur la coutume, y compris quant aux normes fondamentales à valeur constitutionnelle. *Cf.* D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 56 ; É. PICARD, « Common law », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 240.

rapport à la coutume qu'il convient de préciser. Cela est décisif dès lors que le droit de la communication par internet connaît beaucoup d'usages mais peu de coutumes au sens strict.

II. ***La distinction de l'usage et de la coutume : une différence de degré mais non de nature.*** **–** Le droit de la communication par internet témoigne du retour à une part importante de régulation par le droit coutumier, sous la forme particulière des usages. Aussi faut-il expliquer la distinction entre coutumes et usages. Telle qu'ici comprise, cette distinction repose uniquement sur le critère de l'ancienneté : il ne peut y avoir que très marginalement des règles coutumières régissant les activités internetiques car celles-ci existent depuis un temps trop récent pour avoir pu constituer le terreau de quelques coutumes[1]. En revanche, de multiples usages régissent les communications par internet, étant donné que ceux-ci naissent plus spontanément, nécessitent moins de posséder une origine ancienne et même historique. En somme, il y aurait entre la coutume et l'usage une différence de degré mais non une différence de nature[2]. Plus la pratique

[1] Cette distinction de la coutume et de l'usage reposant sur l'ancrage temporel prend nécessairement un tour stipulatif, un tour arbitraire. Depuis que François Gény a initié la séparation de l'une et de l'autre, la doctrine n'a eu de cesse de vouloir les discriminer, mais sans se mettre d'accord sur le critère de distinction à retenir. Le Professeur Pascale Deumier, par exemple, après avoir noté que le critère de l'ancienneté est celui qui est le plus communément accepté car « beaucoup ne voient de différence entre usage et coutume que le fait que le premier serait plus moderne que la seconde » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 183), retient une conception reposant sur le critère de la généralité du champ d'application (*ibid.*, p. 187-188 (« les coutumes ont un champ d'application étendu alors que les usages se limitent à des groupes spéciaux. Un usage est donc nécessairement local ou professionnel, dans un lieu circonscrit ou dans un milieu étroit. Les coutumes sont, elles, d'application générale. […] Ainsi, est usage la règle spontanée adoptée par un groupe spécial, limité par des intérêts particuliers. La coutume, en revanche, est reconnue par une communauté plus vaste, regroupant des intérêts divers, moins homogènes, transcendant les solidarités particulières »)). Peut-être une approche équilibrée consisterait-elle à allier ancienneté et généralité ; en effet, le Professeur Pascale Deumier écrit que, « si la coutume est plus générale, cela implique également qu'elle est plus ancienne, plus répétée et plus constante » (*ibid.*, p. 190). Reste qu'en ces pages la distinction de l'usage et de la coutume repose sur la seule ancienneté, mais sans que cela conduise à nier la pertinence du critère de la généralité.

[2] Et la coutume et l'usage s'opposeraient à l'habitude qui a une portée individuelle quand ils revêtent une portée collective. La distinction entre usage et coutume est progressivement abandonnée par la doctrine

acquérant force normative se prolonge, plus elle est ancienne, plus elle dépasse le niveau de l'usage pour atteindre celui de la coutume. Où le temps se révèle être créateur de normativité et de juridicité.

Les usages seraient ainsi de « petites coutumes », des coutumes imparfaites car ne jouissant pas d'un enracinement dans le temps suffisamment profond. Blackstone enseignait que « la *lex non scripta* tire sa force contraignante d'un usage long et immémorial, et de leur réception universelle à travers le royaume »[1]. Les usages intégrant le droit de la communication par internet peuvent difficilement s'appuyer sur pareille origine immémoriale ; mais cela ne les empêche pas de jouir d'une réelle autorité et de, petit à petit, se renforcer à mesure que le temps fait son œuvre[2]. Toutefois, étant donnée la vitesse toujours plus grande qui caractérise les changements induits par la globalisation, peut-être le renouvellement des sources du droit ne pourra-t-il toujours en passer que par des usages et non par des coutumes en bonne et due forme, ces dernières

---

qui, auparavant, dans la lignée de François Gény, retenait qu'un usage ne serait pas une règle de droit car il ne serait pas obligatoire quand la coutume serait juridique parce qu'obligatoire ; en somme, la coutume serait un usage obligatoire. En ce sens, M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 28 ; M. PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335 s. En ces lignes, est retenu qu'usages et coutumes sont obligatoires et juridiques, et que la seule variation définitionnelle entre l'une et l'autre structures normatives réside dans leurs ancrages temporels respectifs.

[1] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford University Press, 1765, L. I, chap. 63 (cité par D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », *op. cit.*, p. 56).

[2] En outre, est parfois proposé de voir dans la coutume une norme générale applicable à l'ensemble d'une société, quand un usage serait propre à un secteur particulier (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, n° 389). Il est vrai que l'usage est classiquement présenté telle une pratique plus que telle une règle de droit, pratique particulière à une profession, à une région ou à une localité et dont la force normative est variable (V° « Usage », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Puf, coll. Quadrige, 2007, p. 888). Et la jurisprudence abonde en ce sens lorsqu'elle propose qu'un usage serait un comportement « généralement suivi par tous ceux qui se trouvaient dans la même situation et avaient le même intérêt » (Cass. 1ère civ., 22 avr. 1939 (cité par A. POMADE, *La Société Civile et le droit de l'environnement – Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th., Université d'Orléans, 2009, p. 394)). Si cette acception para-juridique et para-coutumière n'est pas ici retenue, elle aurait pu conforter le choix de parler essentiellement d'usages en matière de droit de la communication par internet.

appartenant au passé plus qu'à l'avenir quand les usages appartiendraient à l'avenir plus qu'au passé.

Plus précisément, il est permis de voir dans la coutume, du fait de la spontanéité qui la caractérise, un véritable droit « naturel ». Et l'usage se définit donc telle une pré-coutume, telle une semi-coutume. Quand la coutume est un « usage prolongé »[1], l'usage est une coutume récente et, par conséquent, moins profondément implantée dans la psyché collective qu'une véritable coutume, laquelle doit « se perd[re] dans les ténèbres d'un passé préliterate »[2]. Cela implique que l'usage soit plus fragile, qu'il se trouve dans une situation plus précaire que la coutume, qu'il ne soit pas doté du même « prestige »[3] qu'elle. Où renouvellement des sources du droit signifierait fragilisation du droit — un constat qui se retrouvera à bien d'autres occasions en cette thèse.

III. ***La définition de l'usage : une véritable norme « naturelle ».*** – Le Professeur Pascale Deumier définit la règle spontanée, catégorie à laquelle appartiennent la coutume et l'usage, telle une règle qui, « sans avoir été imposée et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe […] pour répondre à leurs besoins »[4]. Une norme coutumière émane directement, sans intermédiaire organique ou institutionnel aucun, de la pratique des destinataires de cette norme, qui en sont donc également à l'origine. Elle apparaît du fait de la répétition du même geste ou de la même attitude ou réaction par les membres d'un groupe social qui n'ont ni la volonté ni la conscience de créer du droit[5] — ce qui l'oppose à la « norme

[1] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 126.

[2] J. CARBONNIER (cité par R. VERDIER, *op. cit.*, p. 75).

[3] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 190 (qui évoque le « prestige inhérent à la coutume »).

[4] *Ibid.*, p. 441. Déjà Jean Bodin considérait que la coutume « prend sa force peu à peu, et par de longues années d'un commun consentement de tous ou de la plupart » (J. BODIN, *op. cit.*, L. I, chap. 10).

[5] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, spéc. p. 105 et 202.

délibérée » édictée par une autorité, qu'elle soit publique ou privée[1] — et du fait de sa constance dans le temps ; ce geste, attitude ou réaction devient obligatoire sans que la norme soit formulée explicitement, seulement parce que la pratique devient habituellement suivie, ce qui en fait un mode populaire et impersonnel de formation du droit[2], reposant sur des accoutumances et des imitations[3], presque sur une conformation machinale[4].

La coutume ou l'usage apparaît de façon naturelle et progressive, insidieuse et impalpable, « inconsciente et somnambulique » disait Ihering[5], par un phénomène d'adhésion tacite et généralisée. Ainsi le comportement n'est-il pas identique entre les individus parce qu'ils suivent un devoir-être impératif, mais y a-t-il un devoir-être impératif parce que les individus adoptent dans leur grande majorité la même attitude dans une situation précise[6].

---

[1] *Ibid.*, spéc. p. 180 et 377 ; également, P. DEUMIER, « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in G. PIGNARRE, dir., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 101 s.

[2] Comme le résume le Professeur Jean-Louis Bergel, la coutume est une « source objective et inorganisée du droit qui s'appuie sur une tradition consciente ou inconsciente du groupe social et non sur un acte volontaire d'une autorité » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 63).

[3] M. WEBER, *Économie et société*, t. I (1922), Plon, 1965, p. 23 (cité par É. SERVERIN, « Agir selon des règles dans la sociologie de Max Weber », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 228).

[4] La coutume peut ainsi se définir en tant qu' « expression de la volonté générale d'un ensemble de personnes qui, au sein d'une collectivité ou d'un groupe social donné, manifestent leur adhésion à une règle dont elles admettent la valeur par leurs comportements » (R. ENCINAS DE MUNAGORI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2006, p. 99).

[5] Cité par J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 174.

[6] Le rapport entre fait et droit est de la sorte inversé par rapport à ce qu'il est en présence d'une loi ou d'un règlement : le comportement conforme à la norme naît avant la norme — on écrit que « la coutume est ascendante ; elle part de la base et s'élève peu à peu au rang de norme juridique » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 102). Avec la coutume, le processus va du fait au droit, tandis que, concernant la loi, le processus va du droit au fait puisque le législateur qui crée le droit attend que la réalité factuelle soit changée en raison de son intervention. La coutume a vocation à raccorder le droit au fait, alors que la loi et les actes normatifs textuels en général servent à raccorder le fait au droit (pour une analyse contraire, *cf.* G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313 (cité par P. DEUMIER, *Le droit*

La coutume est une « pratique répétée depuis si longtemps que chacun est convaincu de son caractère obligatoire »[1], ce qui intègre un élément psychologique (une *opinio juris* ou *opinio necessitatis*, un sentiment ou une conscience de l'obligation) dans la définition[2]. L'important, pour être en présence d'une coutume ou d'un usage, est que les destinataires de la norme éprouvent un sentiment d'obligation[3]. Existe ainsi une coutume ou un usage dès lors que deux données sont réunies : un élément matériel consistant en une pratique répétée ; un élément psychologique, soit la conviction ou le sentiment que la pratique est obligatoire[4]. Avec la règle coutumière, il ne s'agit de rien d'autre que d'une habitude ayant force de droit, de la « version juridique de la tradition »[5], d'une « mode juridique »[6] en quelque sorte[1].

---

spontané, *op. cit.*, p. 44)). Et Les règles de droit spontané naissent de processus et non de procédures dès lors qu'elles apparaissent dans les faits (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 21 s.).

[1] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 329.

[2] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 158. La norme peut aussi être suivie, au-delà de l'adhésion, en raison de la pression du groupe. Tel est souvent le cas en matière de communications par internet. Normalement, cependant, l'usage est adapté à un certain type de besoins et n'a donc pas besoin de cet impératif venant du collectif. Des modèles de comportement se sont progressivement imposés en matière d'activités internetiques parce que leur respect profite à tous, par exemple en permettant aux internautes du monde entier de se comprendre. Aussi d'aucuns de commenter : « De par son utilité, la coutume est l'exact opposé de la législation technocratique, imposée par les bureaux pour des raisons abstraites qui ne sont parfois satisfaites que sur le papier » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 102). Par ailleurs, cela n'est pas contradictoire avec le fait que la coutume soit, en soi, non obligatoire — l'obligation est seulement implicite et subjective, comme le soulignait Maurice Hauriou (M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 28 ; également, J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz (Genève), 1979, p. 85 (qui distingue le caractère obligatoire de la norme de la reconnaissance du caractère obligatoire de la norme)).

[3] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 99.

[4] Par exemple, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 105 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 127 ; J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 159 ; G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *op. cit.*, p. 693.

[5] N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », *op. cit.*, p. 1419.

[6] Réf. à S. SUR, « Les phénomènes de mode en droit international », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Pedone, 2001, p. 49 s. Mais Jean Carbonnier séparait strictement mode et coutume en retenant que

Si la coutume et l'usage se distinguent en raison de leurs durées d'implantation temporelle, il se trouve, à l'intérieur du droit de la communication par internet, de nombreux usages pour seulement quelques rares coutumes, forgées au sein d'autres branches du droit et trouvant à s'appliquer dans ce droit. Des auteurs s'accordent sur le fait que, à l'ère contemporaine, profitant des nouveaux moyens de communication, les coutumes se formeraient de manière accélérée, si ce n'est de manière « quasi-instantanée »[2], ne trouvant plus nécessairement leurs origines en des temps immémoriaux[3]. Peut-être faut-il comprendre que, en matière de création du droit par la pratique, par les faits, les usages tendraient à subroger les coutumes.

Il faut insister sur la place cardinale et originale qu'occupent les usages au sein du droit de la communication par internet, témoignant ainsi d'un renouvellement des sources du droit se traduisant par un remplacement du droit ordonné par une part de droit spontané. Le droit spontané avait connu jusqu'à présent un constant recul, à tel point que, dans beaucoup de branches du droit, il a entièrement disparu[4]. Mais tel n'est donc guère le cas à l'échelle du droit de la

---

« la mode est une imitation dans l'espace, la coutume une imitation dans le temps » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit, op. cit.*, p. 159).

[1] Aussi la norme coutumière est-elle par définition une norme qui ne peut pas souffrir d'ineffectivité puisque, dès qu'elle tombe en désuétude, elle disparaît, l'effectivité étant une condition *sine qua non* d'existence de la norme coutumière (P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 8). On retient ainsi qu'une coutume est un « droit acquis par le temps et par le consensus populaire, et que le temps peut éteindre par désuétude » (L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », *op. cit.*, p. 318).

[2] B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Puf, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 47 (cité par A. POMADE, *op. cit.*, p. 398). Et la Cour internationale de justice de retenir, en 1969 déjà, qu' « un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international » et d'exiger seulement que « dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États […] ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu » (Cour internationale de justice, 20 févr. 1969).

[3] P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 122 et 126.

[4] « Il n'est qu'à voir les civilistes contemporains citant des exemples de coutume, commente un professeur. Ils font penser aux ramasseurs de coquillages sur une plage après le passage de plusieurs colonies de vacance : ils exhibent d'autant plus leurs trouvailles qu'elles sont rares » (J.-L. SOURIOUX, « "Sources du

communication par internet, où s'observe la réapparition du droit spontané dans le monde du droit.

IV. ***L'importance des usages dans le droit de la communication par internet : une illustration du retour du droit spontané dans le jeu du droit.*** **–** « Le droit coutumier n'est pas inconciliable avec l'idée de société organisée », écrivait Jean Dabin[1]. Plus encore, les coutumes et, dans une moindre mesure, les usages sont capables de contribuer très largement à l'organisation socio-juridique. La « société internetique », plutôt développée, loin de ressembler à quelque société primaire étudiée par les anthropologues du droit, s'appuie sur nombre d'usages, donc de constructions coutumières ou, du moins, néo-coutumières.

Portalis expliquait que, « si l'on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité »[2]. Partant, si les activités internetiques manquent de lois pour les encadrer (ou, du moins, manquent de lois efficaces ou pertinentes), il n'est guère surprenant que nombre d'usages occupent une place remarquable dans la régulation de ces activités. Aujourd'hui, est opéré le constat selon lequel la coutume serait devenue une « source bien subalterne, pour ne pas dire résiduelle, du droit »[3], selon lequel il n'y aurait plus que quelques tribus qui demeureraient des sociétés coutumières[4]. En tout cas les usages, eux, revêtent-ils désormais parfois, y compris au sein de sociétés très étatisées, une place première[5].

---

droit" en droit privé », *Arch. phil. droit* 1982, p. 35). Le retrait progressif des coutumes peut d'ailleurs s'expliquer logiquement : elles disparaissent dès lors qu'elles sont consacrées par le législateur ou par la jurisprudence, tandis que de moins en moins de nouvelles coutumes apparaissent dans les sociétés contemporaines, morcelées et changeantes (P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 191).

[1] J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 24 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 64).

[2] J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804.

[3] J. GHESTIN, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Economica, 1983, p. 6 (cité par A. POMADE, *op. cit.*, p. 421).

[4] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 110.

[5] Si les usages peuvent se comprendre comme des constructions coutumières, alors cela implique que la coutume ne soit nullement une source asséchée du droit. Paradoxalement, le « droit de demain » pourrait bien correspondre à un retour sur le devant de la scène de la coutume, mais uniquement sous la forme

Cette observation amène à contredire Maurice Hauriou qui enseignait que la coutume serait « socialement anachronique » car elle s'appuierait sur le passé quand la loi serait plus adaptée à l' « esprit de la civilisation moderne » et tournée vers l'avenir[1]. Le succès de la régulation par les usages semble au contraire s'expliquer par leurs plus grandes adaptabilité et conformité aux attentes des destinataires des normes comparativement au droit écrit[2].

En matière de droit de la communication par internet, cela se traduit avant tout par l'importance prise par la « *lex electronica* ».

B. La *lex electronica* : des usages très nombreux au sein du droit des activités internetiques

Dans le cas des normes spontanées telles que les usages, *les auteurs des normes en sont aussi les destinataires*, ce qui favorise grandement leur effectivité et explique, pour une partie, leur succès[3]. D'ailleurs, les tribunaux, régulièrement, tranchent les litiges relatifs aux communications par internet à l'aune des usages en vigueur. Sans doute les coutumes ont-elles été dénoncées comme « contraires à la rationalité moderne, impossibles à connaître, conservatrices, archaïques, déraisonnables, dispersées »[4], ne pouvant que donner lieu à des règles « pernicieuses, insensées […] et nuisibles »[5] et faisant courir le

---

particulière de l'usage. *Cf.* L. CHASSOT, « Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé ? », *Les cahiers de la justice* 2011, p. 89 s.

[1] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 622.

[2] François Gény ne disait pas autre chose lorsqu'il notait que l'absence de caractère formel de la coutume lui permettrait d'être la seule source à créer un droit en constante adaptation aux besoins de la société. *Cf.* F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*

[3] « Seul le droit spontané, écrit le Professeur Pascale Deumier, droit des groupes particuliers, permet de tenir compte des particularités techniques et culturelles de chaque sous-groupe » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 192).

[4] M. S. PINTOR, « Réflexions au sujet de la coutume en droit interne », in *Mélanges Édouard Lambert*, t. I, LGDJ, 1938, p. 372 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 55).

[5] *Ibid.* (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 55).

risque d'être obligé de « s'incliner devant une certaine laideur correspondant à un développement prématuré, ou à une époque de dégénérescence d'une collectivité »[1]. Il semble cependant, ainsi que l'indique la communication par internet, que les usages puissent être des instruments efficaces de régulation.

La « *lex electronica* », qui n'est pas une branche de la « *lex mercatoria* » mais plutôt l'un de ses parents lointains (I), témoigne tout spécialement de l'originalité du droit de la communication par internet et de ses sources (II).

I. ***La « lex electronica », expression inspirée de la « lex mercatoria ».*** **–** L'encadrement par les usages des activités internetiques est souvent désigné par l'expression *a priori* plutôt amphigourique de « *lex electronica* ». Celle-ci est inspirée de la plus classique « *lex mercatoria* », ensemble des usages régissant le commerce transnational, régissant les contrats de vente et de transport, établis au sein de la communauté des opérateurs transfrontières et venant compenser les carences du droit d'origine étatique et du droit d'origine publique en général. La « *lex mercatoria* » est issue de la pratique commerciale, de la pratique arbitrale, de « montages juridiques » et autres clauses contractuelles qui sont élevés au rang d'institutions coutumières du fait de leur répétition[2]. Et ces usages constitutifs de la « *lex mercatoria* » sont souvent codifiés, mais de manière totalement privée[3]. Il s'agit alors d'un droit corporatif[4], autonome et décentralisé

---

[1] *Ibid.* (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 329). Et les coutumes seraient coupables d'avoir permis de « prêter une apparence de solidité à n'importe quelle sorte de lignes de conduite et une apparence d'uniformité à des phénomènes à peine émergeants, tâtonnants et hésitants » (K. LLEWELLYN, *La voie cheyenne – Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. L. Assier-Andrieu, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 1999 (cité par L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », *op. cit.*, p. 322)).

[2] *Cf.* P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 105 s. ; F. OSMAN *Les principes généraux de la* lex mercatoria *– Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992 ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux*, lex mercatoria*)*, LGDJ, 1984 ; B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Mélanges Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn (Bâle), 1993, p. 241 s.

[3] D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 934.

[4] Par exemple, M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, 1928.

— situé entre les droits internes et le droit international —[1], strictement détaché des ordres juridiques étatiques territorialisés, ce qui n'empêche pas les contrats de reposer sur quelques règles supérieures validantes qui, en l'occurrence, s'attachent à des usages et non à des lois[2]. Tel sera peut-être le visage du droit demain, une fois opéré le grand renouvellement des sources du droit que le droit de la communication par internet annoncerait.

La « *lex mercatoria* » est qualifiée de « parfait exemple d'élaboration au niveau international d'un droit anational, uniformisé et spontané »[3]. Peut-être en va-t-il de même concernant la « *lex electronica* », dont l'importance dans l'encadrement du monde internetique peut difficilement être niée, en même temps que son caractère parfaitement a-étatique. Mais la « *lex electronica* » n'est pas la branche de la « *lex mercatoria* » correspondant au commerce électronique puisqu'elle a vocation, suivant le sens en ces lignes retenu, à saisir tous les agissements immatériels et l'internet en général[4], y compris quant à des questions que les pouvoirs publics qualifieraient « d'ordre public »[5]. Le point commun entre l'une et l'autre est qu'elles sont formées à base d'usages, à base de droit

---

[1] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit* 1964, p. 177 ; A. PELLET, « La lex mercatoria, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53. *Cf.*, néanmoins, R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, th., Université de Rennes I, 2004, p. 293.

[2] J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits* 1990, n° 12, p. 8.

[3] J.-F. RIFFARD, « Globalisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : vers une abdication de l'État de droit ? », in D. MOCKLE, dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 275.

[4] Il se trouve toutefois de nombreux auteurs qui définissent la « *lex electronica* » comme l' « ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique » (K. BENYEKHLEF, V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex Electronica », *Revue de droit des affaires internationales* 1997, p. 548 ; également, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, th., Université de Rennes I, 2002 ; K. BENYEKHLEF, V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, *loc. cit.*, p. 547 ; P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 221).

[5] J.-Ch. GALLOUX, « Libres propos pour une *lex cybernautica* », [en ligne] <celog.fr>, 2001, p. 3.

spontané, et qu'elles tendent à constituer un « tiers droit »[1] ou « tiers ordre juridique »[2], un véritable « droit sans l'État »[3].

La « *lex electronica* » est une illustration particulièrement significative du particularisme du droit de la communication par internet et, surtout, de ses sources. Leur étude permettrait d'identifier et de comprendre le renouvellement des sources du droit actuel et, plus encore, à venir.

II. ***La « lex electronica », signe d'un droit extraordinaire.*** **–** La réalité de la « *lex electronica* » a pu être discutée au motif qu'elle serait « trop jeune pour contenir de véritables usages ou principes généraux »[4]. Aujourd'hui, si le fait que des coutumes encadrent l'internet est contestable, il semble, en revanche, que la présence de nombreux usages soit largement attestée. De tels usages encadrent nombre de groupes d'intérêt commun dont les membres se rencontrent et communiquent en ligne, nombre de forums, nombre de sites collaboratifs (notamment Wikipedia), nombre de réseaux sociaux, nombre de sites de petites annonces ou de vente d'occasion, nombre, également, de sites éventuellement illégaux du « darknet », donc nombre d'activités internetiques, qu'elles soient commerciales ou non commerciales. Mais ces usages sont tellement pluriels et différents les uns des autres qu'il est impossible d'en proposer ne serait-ce qu'une sommaire typologie.

Ici, l'important est que ces usages participent bien de l'affirmation d'une « régulation privée située en dehors de la hiérarchie des normes juridiques et au-delà des ordres juridiques nationaux »[5], de l'avènement d'un droit

---

[1] Réf. à M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 373 s.

[2] Réf. à A. PELLET, « La lex mercatoria, "tiers ordre juridique" ? », *op. cit.*, p. 53 s.

[3] Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*

[4] V. PIRONON, « L'Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.* 3 nov. 2007, p. 13.

[5] G. TEUBNER, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999, p. 313 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 111).

« hétérarchique », de « domination sans maître » ou « polycentrique »[1] qui « ne s'alimente plus au foyer central de l'État démocratique légitime » mais relève d'une multiplicité de sources hétérogènes, de « sous systèmes sociaux […] poursuivant chacun sa rationalité spécifique de sorte qu'aucune unité d'ensemble ne s'en dégage »[2].

L'inadaptation des législations étatiques et internationales est généralement présentée comme le facteur essentiel de l'apparition des règles de la « *lex mercatoria* »[3]. Il en va forcément à l'identique concernant la « *lex electronica* », ce qui illustre combien le droit de la communication par internet interroge l'État, car la « *lex electronica* » comme la « *lex mercatoria* » sont le fruit de l' « abstention ou incapacité présumée de l'État à exercer ses fonctions normatives dans un contexte de mondialisation »[4].

Si la « *lex electronica* » « semble bénéficier du vent de l'histoire »[5], tel est également le cas des différentes formes de règlementation privée qui elles-aussi occupent un rôle clé dans l'encadrement normatif de l'internet et des activités internetiques en permettant de répondre, mieux que les États semble-t-il, à la demande des acteurs sociaux et, surtout, des acteurs économiques souhaitant une harmonisation plus précise et plus complète des règles régissant leurs actions. Au cœur d'un « village planétaire » où le temps s'est accéléré extraordinairement jusqu'à atteindre l'instantanéité, les modes privés de production du droit rencontrent un succès inédit mais explicable — par exemple en recourant à l'image de la « sélection naturelle des instruments juridiques les plus performants »[6] ou à celle du « *law shopping* » ou « *law forum* ». Ce succès se

[1] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 174.

[2] G. TEUBNER, *loc. cit.*, p. 313 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 111).

[3] D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 934.

[4] L. PECH, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », in R. CANET, J. DUCHASTEL, dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions (Montréal), 2005.

[5] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 174.

[6] É. LOQUIN, L. RAVILLON, « La volonté des acteurs, vecteurs d'un droit mondialisé », in É. LOQUIN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 91.

perçoit plus aisément dans les règlements privés que dans les usages, car ces premiers sont mieux que ces seconds accessibles, recensables et étudiables.

En outre, si les usages, en tant que forme de normes proches des coutumes et qui ont déjà joué un rôle central en droit par le passé, ne sauraient renouveler que sous l'angle quantitatif les sources du droit, les règlements privés, pour leur part, correspondent dans bien des cas à des genres parfaitement originaux d'actes juridiques. Aussi convient-il de les étudier plus finement et plus longuement que les usages. Si le renouvellement des sources du droit est davantage perceptible parmi les sources privées que parmi les sources publiques, les règlements privés sont, parmi les différents types de sources privés, les actes normatifs qui paraissent réinventer le plus en profondeur le droit, du point de vue quantitatif mais aussi et surtout du point de vue qualitatif.

Section 2

La singularité des règlements privés

Les règlements privés ne partagent avec les règlements publics guère que le caractère général des dispositions qu'ils contiennent. Sont ici désignés sous l'étiquette de « règlements privés » tous les codes de conduite, chartes et même contrats-types qui ont pour source une ou des personne(s) privée(s) et qui revêtent une portée générale. Aussi peut-on dire à leur propos qu'ils sont « conventionnels par leur forme et réglementaires par leur contenu »[1], ou encore qu'ils se situent « à mi-chemin entre la convention et l'usage »[2]. En cette section, sera tout d'abord soulignée l'importance des codes et autres chartes privés dans la structure du droit de la communication par internet (A). Ensuite, seront décrites plus en détails les différentes formes de règlements privés imprégnant ce droit (B). Peut-être est-ce à travers ces règlements privés que les sources du droit se renouvellent le plus en profondeur et peut-être est-ce parmi eux qu'il convient de rechercher prioritairement les actes normatifs typiques du « droit de demain ».

A. L'importance des règlements privés en droit de la communication par internet

L'expression « règlements privés » est ici utilisée en tant que vocabulaire générique désignant des actes normatifs dont les origines, les formes et les fins sont très variables et qui, contrairement à ce que le terme « règlement » laisse

[1] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*, p. 23.

[2] *Ibid.*

supposer, reposent principalement sur *des mécanismes de nature contractuelle* — il s'agit de normes générales intégrées au sein de conventions particulières[1]. Aussi est-il difficile d'être synthétique lorsque sont envisagés ces codes — ou « codes », entre guillemets, car cette appellation serait « impropre »[2] — et autres chartes, guides, recommandations et principes directeurs dont les contours peuvent prendre une multiplicité de formes et dont on va jusqu'à écrire qu'ils « ne répondent à aucune définition précise »[3]. Mais tous se rejoignent en ce qu'ils doivent être considérés comme juridiques, comme participant de la « vie privée du droit » et donc comme constituant une source (ou des sources) du droit et en particulier du droit de la communication par internet[4]. Et tous se rejoignent en ce

[1] En ce sens, on observe que les normes portées par les règlements privés « ne s'imposent de plein droit que si l'intéressé a pris l'engagement de s'y conformer » (P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, 9e éd., LGDJ, 2006, p. 398 (cité par C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 108) ; également, L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 183).

[2] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 536. En effet, des auteurs s'étonnent de voir utilisée l'expression « code privé » dès lors que la codification est normalement le « point culminant de la législation » (G. CORNU, *Droit civil – Introduction*, 13e éd., Montchrestien, 2007, n° 222 (cité par G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 39)) et donc du droit d'origine étatique. La codification et les codes devraient ainsi appartenir au domaine réservé de l'État et du législateur.

[3] C. CORGAS-BERNARD, « Les mutations de la norme en droit interne – Les règles de bonnes pratiques », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 73.

[4] Par exemple, n'est pas suivie ici la voie consistant à intégrer les règlements privés dans une « déontologie » qui s'opposerait au droit (E. DERIEUX, A. GRANCHET, *Réseaux sociaux en ligne – Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, coll. Axe droit, 2013). N'est pas non plus reprise l'idée selon laquelle « les règles de bonnes pratiques sont antinomiques avec la notion de règle de droit » (C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 75). *Cf.*, sur ce point, J. MORET-BAILLY, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits* 2000, n° 32, p. 171 s. ; également, D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », *Les cahiers de droit* 2002, n° 43, p. 143 s. Les règlements privés ne sont pas davantage intégrés parmi les « normativités alternatives au droit » (Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *op. cit.*).

qu'ils invitent peut-être les juristes à remettre en cause leurs fondamentaux. Ils participent de l' « élargissement du droit par l'élargissement de ses origines »[1] et pourraient être les sources clés du « droit de demain ».

Les règlements privés prolifèrent à l'ère de la « gouvernance mondiale »[2] et du « droit global »[3]. Ce qui les caractérise, notamment, dans le domaine de la « gouvernance de l'internet », c'est *leur force normative*, c'est-à-dire *leur force obligatoire en faits* (I). Ensuite, alors qu'ils s'attachent à des contenus normatifs divers mais ordinaires (II), leurs qualités intrinsèques leur garantissent un certain succès (III) — d'autant plus lorsqu'ils jouissent d'une paradoxale *valeur contractuelle* (IV) —, si bien qu'ils peuvent être perçus tels les actes normatifs symboliques du « nouveau droit » que serait le droit de la communication par internet (V).

I. ***La force normative des règlements privés.*** **–** Les règlements privés se distinguent sans hésitation possible des usages en ce qu'ils ont une réalité formelle, en ce qu'ils prennent vie à travers des actes tangibles, quand les usages, constructions coutumières informelles, n'ont de matérialité que dans les esprits de leurs destinataires. Puisqu'ils apparaissent au moment de leur édiction par quelque entité dont la légitimité peut être plus ou moins assurée, les règlements privés ne profitent pas de la force que confère aux usages et, plus encore, aux coutumes l'écoulement du temps. C'est déjà de ce fait qu'ils peuvent mieux que les usages jouer un rôle de premier plan dans le renouvellement des sources du droit. Néanmoins, leur « force de séduction » est très souvent importante et immédiate[4], spécialement car les destinataires des normes contenues dans ces actes y consentent généralement *a priori*, les avantages tirés de leur présence

[1] A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989, p. 10.

[2] Par exemple, R. CANET, A. VEILLEUX, « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in R. CANET, J. DUCHASTEL, dir., *op. cit.*

[3] Par exemple, M. GORÉ, « L'émergence d'un droit global ou transnational de bonnes pratiques communément admises », *RRJ* 2010, p. 2185 s.

[4] C. THIBIERGE, « Conclusion – Le concept de "force normative" », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 795.

étant perçus comme supérieurs aux inconvénients qui en découlent. Les émetteurs desdites normes, en tant que tels, ne leur confèrent qu'une force modeste, ce qui justifie qu'elles soient régulièrement qualifiées de droit « souple » ou « mou »[1] — comme le sont les normes étatiques incitatives, non obligatoires[2]. Ce sont surtout les récepteurs-destinataires des normes privées qui contribuent à les ériger en véritables règles impératives[3], étant entendu que, en soi, elles sont déclaratives, elles « sont persuasion plutôt qu'obligation »[4], « volontaires mais non obligatoires »[5]. En cela, les règlements privés rejoignent les usages : ils sont empreints d'une force obligatoire ressentie et consentie plus que d'une force obligatoire « officielle », liée à une véritable sanctionnabilité[6].

À l'instar de toutes les normes d'origine privée, les normes attachées aux règlements privés dégagent une force factuelle (une force normative) plus qu'une force juridique[7]. Alors que l'engagement est en théorie libre, ce qui pousse à adhérer à un code privé et à se conformer à ses dispositions consiste souvent en

---

[1] Par exemple, É. LABBÉ, « Spamming en Cyberespace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica* 2000, n° 6. Les règlements privés peuvent encore être qualifiés de droit « doux » (C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 599), « vert » (F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. – Réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509) ou « à l'état gazeux » (EDCE 1991, *De la sécurité juridique*).

[2] En ce sens, EDCE 2013, *Le droit souple* ; P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 89.

[3] C. PÉRÈS, *op. cit.*, p. 107. L'auteur souligne que « l'absence de réception par leurs destinataires relègue ces instruments en dehors de la sphère juridique ».

[4] C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 75.

[5] P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, p. 247.

[6] Et ils comportent des normes au mode impératif, ils « adoptent la présentation des textes législatifs ou réglementaires » (Ph. AMBLARD, *Régulation de l'internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 110).

[7] La doctrine comme la jurisprudence distinguent la pratique, qui doit être acceptée explicitement pour lier un individu et ne le lie pas en cas de silence des parties, de la coutume, à laquelle il n'est possible de déroger que par un acte volontaire et qui est obligatoire en cas de silence des parties. Les règlements privés, normalement, ne peuvent intégrer que la catégorie des simples pratiques qui n'obligent pas qui ne s'engage pas contractuellement.

des considérations liées à la compétitivité, à l'image de marque et à la publicité ou à l'intégration d'un groupe[1]. L'important est que les règlements privés soient dotés d'une puissante force régulatrice et que, en cela, ils concurrencent l'État dans son rôle d'encadrement des conduites et des pratiques.

Ensuite, ces règlements privés peuvent présenter des visages fort divers. Le renouvellement des sources du droit ne va pas sans pluralisme, à tel point que ce pluralisme se retrouve y compris à l'échelle des seuls règlements privés.

II. ***Le contenu normatif des règlements privés.*** **–** Les codes de bonne conduite[2] peuvent être définis en tant qu'ensembles de règles privées à caractère déontologique élaborés par les acteurs concernés dans un secteur précis et reposant sur des engagements volontaires[3]. Quant aux chartes, elles sont classiquement des documents définissant solennellement des droits et des devoirs[4], ce qui permet d'englober nombre de textes privés. Toutefois, en ces lignes, il n'est pas nécessaire de retenir une acception précise et exclusive de chaque genre de règlements privés ; leurs significations se recouvrent largement

[1] Y. BAYDAR, « L'établissement d'un code de déontologie journalistique – L'élément central de l'autorégulation des médias », in A. HULIN, J. SMITH, dir, *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, OSCE (Vienne), 2008, p. 31. Bien sûr, cela n'empêche guère que les normes en cause soient juridiques, même si cette juridicité ne peut qu'être très imparfaite et s'il est difficile de ne pas suivre qui retient que les codes de conduites jouent essentiellement un rôle moral, « n'ont pas d'effets juridiques contraignants mais peuvent avoir une portée normative » (E. MAZUYER, S. ROSA, « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *Cah. dr. eur.* 2009, p. 317).

[2] S'ils se présentent tels des actes normatifs originaux, leurs ancêtres sont peut-être les codes d'honneur chevaleresques et les chartes de l'économie marchande du Moyen Âge (Ch. JUBAULT, « Les "codes de conduite privés" », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 29).

[3] Avec l'utilisation du nom « code », les promoteurs de ce type de règlements privés entendent profiter du prestige et de la valeur symbolique entourant classiquement les codes-recueils de lois étatiques. G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *op. cit.*, p. 164 ; A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40.

[4] V° « Charte », in G. CORNU, dir., *op. cit.*, p. 140. *Cf.*, notamment, G. KOUBI, « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit ? », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *op. cit.*, p. 165 s.

et, *de facto*, ils désignent des textes disparates et sont utilisés dans des situations très variables. L'expression générique « règlement privé » est donc à privilégier.

À l'instar de tout acte normatif, un règlement privé porte des devoir-être, a pour objet de dissuader d'adopter certains comportements, d'induire certaines conduites, de servir de modèle, de référence, de guide, donc d'être un outil d'uniformisation et d'optimisation des pratiques[1]. Les normes qu'il comporte peuvent être d'ordre technique autant que d'ordre éthique et moral, peuvent avoir une portée large, éventuellement universelle, comme très précise et finement circonscrite. Les objectifs poursuivis, à travers l'élaboration de ces documents, sont multiples : l'ambition peut être de rappeler simplement le droit applicable afin de diminuer le « risque juridique »[2], d'instaurer des règles de fonctionnement applicables aux membres du groupement en cause ou, plus fortement, de créer des règles éthiques ou déontologiques censées instaurer une relation de confiance, par exemple entre professionnels et consommateurs ou utilisateurs[3].

Loin de toute conception impérativiste, les normes contenues dans les règlements privés peuvent prescrire, interdire ou autoriser des conduites, mais aussi inviter à adopter un certain comportement[4]. D'ailleurs, il semble qu'une part importante de ces règles soient seulement incitatives et non impératives. Le règlement privé est topique des phénomènes dits d' « autorégulation » ou

---

[1] C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 77.

[2] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 139.

[3] Le règlement privé peut encore se caractériser en tant qu'ensemble de « normes comportementales [qui] cherchent à introduire une certaine éthique dans les pratiques […] en conscientisant les acteurs et en faisant connaître ces pratiques » (K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 772). Notamment, il peut être intéressant pour la visibilité d'un service du web d'afficher ostensiblement un label signifiant qu'il adhère à une certaine charte de qualité ou à un certain code de bonne conduite, ce qui l'oblige à respecter les normes qu'elle ou il comporte.

[4] En ce sens, par exemple, A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 207 ; Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197.

« autoréglementation »[1], ceux-ci impliquant une démarche volontaire et une conscience de faire œuvre normative qui ne se retrouvent guère — ou en tout cas de manière beaucoup moins prégnante — en matière d'usages. Dans un cadre d'autorégulation, des acteurs du secteur privé ou de la société civile (entreprises, associations etc.) ayant un ou des centre(s) d'intérêt en commun s'engagent à respecter les dispositions qu'ils ont eux-mêmes, seuls et de manière autonome, élaborées et réunies en codes de conduite ou de bonnes pratiques, sans intervention ni tutelle aucune des institutions publiques.

Or, notamment lorsqu'ils sont construits de la sorte, les règlements privés qui constellent le droit de la communication par internet s'avèrent souvent efficaces. Si renouvellement des sources du droit il y a, ce doit être avant tout afin de subroger des formes d'actes normatifs efficaces à des formes d'actes normatifs archaïques, dépassés.

III. ***La pertinence normative des règlements privés.*** **–** Les règlements privés se développent concomitamment et de façon peu ou prou inversement proportionnelle aux difficultés des organes publics à saisir efficacement les activités et milieux en cause, ce qui les pousse à ne pas intervenir ou à mal intervenir. On oppose le « bon code de déontologie » à la loi en le décrivant comme « rédigé de manière claire ; […] complet et concis ; […] contrôlé constamment et révisé régulièrement »[2] ; autant de qualités — auxquelles il faut ajouter la flexibilité et la proximité[3], ainsi que la simplicité[4] — qui paraissent difficilement accessibles aux textes législatifs. De plus, le code privé est caractérisé en tant qu' « ensemble de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les

[1] P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 247 s. L'auteur définit l'autoréglementation comme le recours à des « normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité ».

[2] Y. BAYDAR, *op. cit.*, p. 27.

[3] C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 75.

[4] A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40.

circonstances le justifient »[1], ce qui implique qu'il soit un instrument de production souple du droit, là où la loi apparaît excessivement rigide et intangible, complexe et fastidieuse dans son mode d'élaboration. D'aucuns estiment ainsi que l'intérêt premier, du point de vue des acteurs privés, attaché au recours aux codes de conduite consiste à prévenir toute intervention de la loi et de l'État[2], toute édiction publique d'un texte normatif pouvant être plus coercitif et contraignant, mais aussi moins adapté aux nécessités contingentes et aux évolutions contextuelles. Lesdits loi et État seraient donc perçus telles des menaces contre lesquelles il faudrait lutter en « se donnant son droit ».

Mais il arrive aussi que les règlements privés aient pour fonction de conférer force normative aux dispositions légales en les retranscrivant afin de les imposer à leurs destinataires[3] — ce qui est le gage d'une efficacité supérieure à celle qui découle de la soumission automatique et passive à la loi[4] —, qu'ils comportent des dispositions interprétatives des textes de loi censées permettre

[1] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold Goldman*, *op. cit.*, p. 47.

[2] L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 14.

[3] Par exemple, dans le premier paragraphe du code de conduite de l'UFMD, intitulé « Collecte et utilisation de coordonnées électroniques auprès de personnes physiques », figurent les principes fondamentaux de la loi « Informatique et libertés » (finalité, proportionnalité, information, etc…) et la règle du consentement préalable à la prospection par voie électronique, consacrée par la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (« Code de conduite sur l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe », [en ligne] <www.sncd.org>). Selon l'OCDE, 68 % des codes privés comportent l'engagement général de « respecter la loi » (P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 138), chiffre commenté en ces termes par le Professeur Pascale Deumier : « Du point de vue des principes juridiques, l'objet dérange : l'obéissance à la loi n'a pas à être choisie, elle s'impose et il y a quelque outrecuidance à se prévaloir d'une éthique là où il n'y a qu'absence de violation de la loi. Cependant, du point de vue cette fois de l'effectivité du droit, le mécanisme est ingénieux. Dès lors, les codes de conduite enrichissent un droit incontestablement valable et dur, celui de l'ordre juridique, en renforçant son effectivité. Là encore, l'ordre juridique accepte l'effet principal du droit souple, sa puissance de fait, cette fois pour en faire bénéficier ses normes de droit dur » (*ibid.*).

[4] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires – Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 351.

leur meilleure application[1] ou qu'ils contiennent des normes plus exigeantes que les normes législatives[2], ce qui ne sont pas les moindres des paradoxes. Partant, il est tentant de voir dans la prolifération des règlements privés le signe de la « crise de l'État » et, plus largement, des institutions publiques[3]. Peut-être est-ce principalement dans cette « crise » qu'il faut rechercher la cause première du renouvellement des sources du droit en général et des sources du droit privées en particulier.

Ensuite, une caractéristique remarquable de nombre de règlements privés, spécialement en matière de droit de la communication par internet, réside dans la valeur contractuelle qui s'attache à eux.

---

[1] Par exemple, les codes de l'e-marketing tentent de donner une définition plus précise des « produits et services analogues », notion qui a été introduite dans le droit français par la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*. En présence d'une opération de prospection menée à destination d'un client pour des services ou produits analogues à ceux qu'il a déjà achetés, le principe du consentement préalable ne s'applique pas et le destinataire bénéficie simplement de la possibilité de s'opposer à la réception de tels messages. Pour cerner l'étendue de cette exception, les professionnels ont tenté, dans leurs codes de déontologie respectifs, de définir ce qu'il faut entendre par « analogues ». Le code du SNCD (« Code de déontologie de la communication directe électronique », [en ligne] <www.fevad.com>) considère que « la notion de produits ou services analogues peut être entendue par rapport aux attentes légitimes du consommateur ». Ainsi, ce peuvent être des produits ou services dérivés, des produits ou services ayant un usage connexe ou associé au produit ou service initial. L'UFMD a une interprétation quasi-similaire de cette notion : « Par produits et services analogues, on entend des produits ou services pour lesquels la personne concernée pouvait raisonnablement s'attendre à recevoir des prospections directes de la part du vendeur ou du prestataire ayant recueilli les coordonnées ».

[2] Par exemple, l'UFMD et le SNCD, dans leurs codes, font tous les deux un sort particulier à la collecte et à l'utilisation des données à caractère personnel concernant les mineurs. Les deux codes recommandent de recueillir le consentement ou l'autorisation des représentants légaux pour collecter de telles données, ce qui n'est pas prévu par la loi « Informatique et libertés » (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40).

[3] Par exemple dès lors que, en matière de cyber-contrefaçon, les limites de l'action étatique ont poussé à l'adoption, le 4 mai 2011, d'une charte européenne visant à promouvoir l'implication volontaire de différents acteurs de l'économie numérique dans la lutte contre ces infractions (A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *D.* 2011, p. 1773).

IV. ***La valeur contractuelle de certains règlements privés.*** **–** Dans le secteur de l'internet, les règlements privés se retrouvent dans le cadre économique et dans le cadre professionnel, ce qui est relativement ordinaire, mais aussi dans le cadre privé et dans celui des relations sociales. Les destinataires des normes en cause y sont liés par des dispositions telles que : « Toute entreprise membre de la FEVAD s'engage à respecter les principes généraux et les règles prévus par les codes et chartes de la FEVAD, tant dans l'esprit que dans la lettre »[1]. Les normes régulatrices issues de l'autoréglementation constituent alors de véritables contrats d'adhésion auxquels il est parfois impossible de ne pas se soumettre, surtout en cas de situation de dépendance[2], laquelle est très fréquente en matière de communication par internet[3]. Ces dispositions possèdent ainsi une grande force normative. Elles deviennent entièrement opposables et contraignantes dès lors qu'elles sont intégrées dans des contrats ou reconnues par les juges, qui y voient des « règles de droit applicables » au sens de l'article 12 du Code de procédure civile[4], ou par la loi[5], ce qui est de plus en plus souvent le cas[6] et constitue un

[1] Fevad, « Code déontologique de la FEVAD », [en ligne] <www.fevad.com>.

[2] Une personne ou une organisation dispose d'un contrôle ou d'un monopole sur une facilité essentielle dont d'autres veulent profiter.

[3] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 536.

[4] « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

[5] Il est remarquable que l'opposabilité aux tiers des chartes et codes de bonne conduite a été en particulier reconnue par la loi en 2008 et l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation dispose que sont constitutives de pratiques commerciales trompeuses, au sens de l'article L. 121-1 du même code, « les pratiques commerciales qui ont pour objet : 1° Pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ; […] 3° D'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ».

[6] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires », *op. cit.*, p. 354. En cas de contentieux, les entreprises se réfèrent régulièrement aux chartes et codes de bonne conduite dont elles sont signataires afin de justifier la mise en œuvre des pratiques décrites ou recommandées dans ces documents normatifs. Les tribunaux sont ainsi amenés à prendre en compte ces arguments lorsque les moyens déployés par ces entreprises correspondent aux engagements figurant dans les textes en cause. Dans de nombreuses décisions récentes, les juges se réfèrent explicitement aux règlements privés régissant les activités en ligne afin de fonder leurs décisions. Par exemple, dans une affaire impliquant notamment la plate-forme d'hébergement Dailymotion, les juges n'ont pas manqué de retenir qu' « il est prouvé que [cette société]

témoignage remarquable du renouvellement des sources du droit à travers le dialogue des sources. Il faut donc distinguer les règlements privés qui ont valeur contractuelle, et qui peuvent par conséquent être accompagnés d'une sanction en droit « officiel », des règlements privés qui n'ont toujours qu'une valeur déclarative ou indicative aux yeux des tribunaux[1].

Ce n'est que dans certains cas, non systématiquement, que « les codes de conduite ont une valeur juridique apparentée à l'usage »[2], car ils revêtent souvent une valeur contractuelle[3]. Par exemple, certaines chartes permettent aux sites s'engageant à en respecter les modalités d'utiliser le logo de l'association auteur du texte, tel un label ; la sanction en cas de violation de la charte est la radiation de l'adhérent de l'association et la cessation de l'utilisation du logo correspondant, les termes du contrat ayant été bafoués. Mais, souvent, le texte

---

promeut les chartes et codes de bonne conduite » (TGI Paris, 3e ch., 13 mai 2009, *Temps Noir et autres c/ Youtube et autres*). Et, dans une affaire opposant des associations de brocanteurs à la société de courtage eBay, les juges ont observé la nature contractuelle des engagements figurant dans une charte de la Fevad dans les termes suivants : « eBay est signataire de la Charte de confiance des plateformes de ventes entre internautes signée à l'initiative de la Fevad le 8 juin 2006 ; parmi les engagements contractés par les plateformes signataires de cette charte, figure notamment le fait d'inciter les vendeurs professionnels à se déclarer comme tels ; […] attendu que la plateforme eBay s'est conformée à ses engagements comme le confirme le premier bilan de la mise en place de cette Charte » (T. com. Paris, 15e ch., 11 déc. 2009, *Groupement des brocanteurs de Saleya et autres c/ eBay Inc.*).

[1] Les juges du TGI de Paris ont pu se refuser à appliquer une règle émanée d'un règlement privé au motif que la clause critiquée consistait en une simple recommandation et ne faisait mention d'aucune sanction contractuelle à l'encontre des utilisateurs du service en cas de manquement à la charte (TGI Paris, 4e ch., 15 mai 2009, *UFC Que Choisir c/ NC Numéricable*). Il semble ainsi que, si les conditions d'utilisation du service avaient intégré ces règles en les accompagnant d'une sanction contractuelle en cas de non-respect, les juges leur auraient reconnu un caractère opposable. Lorsqu'un auteur propose de « définir ce que pourrait être la charte idéale », il retient qu' « il s'agit d'un document consacrant des droits et des devoirs de nature plus ou moins contraignante, acceptés par les différents acteurs privés qui s'y soumettent volontairement et qui sont à l'initiative de sa rédaction. La charte doit prévoir un mécanisme de sanction reposant sur l'exclusion, ou l'élaboration d'une liste d'exclusion dans l'hypothèse où elle serait violée. Enfin pour être efficace, ce mécanisme doit pouvoir être validé par les tribunaux appelés à se prononcer sur la question » (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40).

[2] G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », *op. cit.*, p. 151.

[3] Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 37.

qui invite à l'application des bonnes pratiques n'énonce aucune sanction en cas de méconnaissance de ces dernières et demeure, formellement, dans le champ de l'incitatif, du recommandatoire, se reposant sur des sanctions de fait et informelles, par le marché ou par la communauté par exemple ; tandis que les sanctions parfois consacrées explicitement ne sont pas des sanctions juridiques telles que les comprend l'État[1]. Si les intéressés sont conviés à se conformer aux règles sans que des conséquences particulières soient prévues en cas de non-respect, il est alors clair que, les normes étant très effectives, leurs destinataires les respectant pour la plupart, cela est le résultat d'une force normative, c'est-à-dire d'une force de fait[2]. Ensuite, puisque les règles issues des documents normatifs privés doivent conquérir leur opposabilité afin d'être utiles, les règlements privés dont il est question en ces pages sont ceux qui s'avèrent efficaces et qui, donc, revêtent quelque importance en pratique. Il existe ainsi, en matière de « vie privée du droit », une sélection naturelle à laquelle échappe la « vie publique du droit ».

Reste que de tels règlements privés effectifs, efficaces, efficients se retrouvent en grand nombre au sein du droit de la communication par internet, si bien que ces actes normatifs privés semblent plus que tous autres incarner le renouvellement des

[1] La sanction la plus classique attachée aux codes et autres chartes privés est l'exclusion du groupe, la radiation. Par exemple, la Fevad prévoit que l'adhésion à ce groupement permet l'utilisation de son emblème et que celle-ci implique l'adhésion aux règles d'autodiscipline qu'elle a approuvées. Par conséquent, un adhérent qui ne respecterait pas ces textes pourrait se voir retirer la possibilité d'utiliser le sigle de la Fédération. Peut également être instaurée une liste d'exclusion qui vise à empêcher une personne qui n'a pas respecté le règlement d'essayer d'adhérer à nouveau à celui-ci ou de bénéficier des avantages qu'il procure. La liste d'exclusion de l'AFNIC, créée dans le but d'assurer le respect de sa charte de nommage, en est peut-être un très bon exemple. Les titulaires de noms de domaine en <.fr> susceptibles d'être enregistrés dans la liste d'exclusion sont ceux qui ont demandé l'enregistrement de très nombreux noms de domaine, qui ont enregistré un nom de domaine constitutif de « cybersquattage » ou « typosquattage » et qui ont fait l'objet de nombreuses plaintes auprès de l'AFNIC — les conditions étant cumulatives, ce qui en fait des conditions exigeantes. Le titulaire de nom de domaine ayant commis des faits le conduisant à être inscrit sur la liste l'est pour un an, durée correspondant à la durée de vie d'un nom de domaine. En cas de nouveaux manquements pendant une période de 7 ans, l'interdiction sera portée à 3 ans.

[2] C. PÉRÈS, *op. cit.*, p. 107.

sources. Aussi faut-il observer combien les règlements privés, spécialement ceux qui se retrouvent parmi le droit de la communication par internet, sont symptomatiques du droit transnational. Ainsi le droit de la communication par internet témoigneraient-il du « nouveau droit » de demain et les sources du droit de la communication par internet témoigneraient-elles des « nouvelles sources du droit » de demain.

V. ***Le caractère d'acte normatif typique du droit transnational du règlement privé.*** **–** On fait des règlements privés les « manifestations les plus visibles de la *soft law* »[1] et les symboles du droit « global »[2], du « déclin du droit »[3], de la « privatisation de la production normative »[4], de la « gouvernance »[5] et du « droit transnational ou a-national du commerce produit par les seuls acteurs économiques »[6]. Or ces règlements privés sont également significatifs du droit de la communication par internet. Ce droit est substantiellement produit par des acteurs privés, en particulier sous la forme de codes et autres chartes. Depuis la publication par l'ISOC, en janvier 1989, de l'un des premiers codes de conduite propres aux activités de l'internet (la « Netiquette »)[7], les actes normatifs privés à

[1] K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 374.

[2] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*

[3] Réf. à G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949 ; Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G* 2010, p. 1292.

[4] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 239.

[5] N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015.

[6] L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », *op. cit.*, p. 14 et 34 ; également, Ph. AMBLARD, *op. cit.*

[7] K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, *loc. cit.*, p. 374. La Netiquette, « codification » par des chercheurs et universitaires d'un corpus de règles générales édictées par voie de consensus et incarnant une « véritable philosophie juridique » (R. BERTHOU, *op. cit.*, p. 261), est souvent retenue en tant que charte de bonne conduite des acteurs de l'internet, qu'ils soient utilisateurs professionnels ou particuliers. Les conditions générales d'utilisation des fournisseurs d'accès, des hébergeurs et des portails y font très souvent référence, et le non-respect de ce code par l'utilisateur peut entraîner la suspension ou la coupure de son compte. Plus précisément, la Netiquette, dans sa version la plus classique — mais il faudrait parler de « Netiquettes », au pluriel —, comporte trois parties : les règles applicables à la communication de personne à personne, qui comprend le courrier électronique notamment ; les règles applicables à la

portée générale n'ont cessé de gagner en importance, même lorsque les États ont décidé de prendre en main ces activités. Aussi d'innombrables illustrations pourraient-elles être proposées[1]. Aux yeux de beaucoup d'acteurs de la régulation

---

communication d'une personne à plusieurs, qui comprend les listes de distribution ; les règles applicables aux services d'information, qui comprennent tous les services du web. Des exemples de normes qui se retrouvent classiquement dans la Netiquette sont celle qui oblige à n'écrire que des messages courts, celle qui interdit d'écrire un texte en majuscules ou encore celle qui oblige à respecter un certain « code-*smileys* ». Le contenu de la Netiquette, qui relève principalement de la politesse (« utiliser des majuscules revient à crier ») et de la prudence (« ne mettez jamais dans un message électronique quelque-chose que vous ne mettriez pas dans une carte postale »), n'est donc en aucun point comparable à celui attendu au sein d'une loi, au sein d'un texte réellement normatif. Cela n'a pas empêché l'État de Singapour d'intégrer ce texte dans son corpus règlementaire afin qu'il régisse la navigation en ligne des singapouriens (J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001). En tout cas est-ce une réalité que beaucoup d'hébergeurs et de FAI résilient leurs contrats en cas de non-respect de la Netiquette qui y est intégrée et qui profite ainsi de la force juridique conférée par les conventions. À ces fins, est recouru à une clause du type : « La netiquette est la charte de bonne conduite des acteurs de l'internet, qu'ils soient utilisateurs professionnels ou particuliers. Le non-respect de ce code par l'utilisateur peut entraîner la suspension ou la coupure de son compte ». Et la Netiquette comporte également des normes plus habituelles telles que celle qui invite à « respecte[r] les droits d'auteur des œuvres reproduites ». Enfin, il est remarquable que la Netiquette a pu être une source d'inspiration pour le législateur qui, en France par exemple, a consacré le principe du consentement préalable dans la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* du 21 juin 2004, principe qui se trouvait déjà formulé au sein de la Netiquette mais qui était uniquement justifié par le fait qu' « envoyer du courrier électronique à un correspondant peut lui coûter en termes de bande passante, d'espace disque ou de ressource machine », ce qui ne manque pas d'interroger quant aux intentions des auteurs de pareille charte privée.

[1] On constate qu'ils « pullulent » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 387). Déjà en 2001 était observé que « les codes de conduite sectoriels fleurissent sur l'internet » (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 529). Il y a, par exemple, la charte de l'IAB relative à la publicité comportementale en ligne (à laquelle adhère Google) et les innombrables recommandations de l'ARPP propres à la publicité par l'internet (web et courriel ; le milieu de la publicité est depuis longtemps un exemple type d'autorégulation et de règles déontologiques ; *cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4678). La « Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique » et la « Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques » de l'AFA sont aussi de bons exemples. Et pourraient être également cités les différents codes de bonne conduite pour le e-commerce élaborés par la FEVAD, notamment la « Charte de confiance des plates-formes de vente entre internautes », ou les textes produits dans le cadre du GESTE, dont le site web

de la communication par internet, le règlement privé serait l'acte normatif idéal à bien des égards[1].

---

précise qu'il « encourage les démarches facilitant la mise en place d'une autorégulation en complément des normes encadrant le secteur. Ses membres s'engagent à respecter les bonnes pratiques identifiées et promues. En proposant un service SMS, MMS ou Internet box et mobile, l'éditeur ou l'annonceur s'engage à respecter les recommandations déontologiques propres à ce type de service » ([en ligne] <geste.fr>). Les chartes et codes de bonne conduite « SMS+ », « Internet+ », « d'édition de contenus et de services mobiles », « authentification des joueurs, protection des mineurs et lutte contre l'addiction », « publicité pour les jeux d'argent en ligne », « affiliation professionnelle pour les jeux d'argent en ligne » sont de tels règlements privés élaborés par le GESTE. Est tout autant topique le code de bonne conduite adopté par les grands producteurs mondiaux de vins et spiritueux (par Discus, lobby américain de l'industrie de l'alcool à Washington, et l'EFRD (European Forum for Responsable Drinking), son homologue bruxellois) et qui a pour but de réglementer la publicité liée à l'alcool dans l'Union européenne et aux États-Unis, spécialement afin d'orienter la publicité vers les internautes en âge de consommer. Enfin, il y a le code de bonne conduite de RapidShare pour les services de téléchargement direct, lequel dépasse nettement les exigences de la loi en proposant pêle-mêle d'automatiser les demandes de retrait pour les ayants droit importants, de se doter d'une politique de suppression des comptes utilisés de manière régulière pour héberger des fichiers protégés ou encore d'inspecter les fichiers privés en prévenant les utilisateurs concernés lorsqu'ils sont suspectés d'utiliser le service de manière illégale. Le document renforce considérablement les pouvoirs des ayants droit puisque, en cas de signalement, RapidShare part du principe que leurs plaintes sont fondées et que c'est à l'utilisateur de faire la preuve de sa bonne foi. Ce ne sont bien sûr là que quelques témoignages et il y aurait encore les règles de nommage de l'AFNIC, les chartes déontologiques en matière de référencement des sites web (*cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4314 s.), les « chartes internet » mises en place au sein des entreprises et associées aux règlements intérieurs, le code de bonne conduite des professionnels de la veille et de l'intelligence informationnelle, le « Code de bonne conduite » (comprenant les grands principes de neutralité, de respect des droits d'auteur, de citation des sources…), les « Règles officielles » (utilisation des images, liens hypertextes, exceptions au droit d'auteur…), les « Cinq principes fondateurs » et les « Recommandations » (orthographe, néologismes, la faune et la flore, accessibilité aux mal-voyants, contenus libres…) de Wikipedia, les chartes de cyberjournalisme (*cf.* J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 97) etc.

[1] Il faut rappeler que John Perry Barlow, auteur de la « Déclaration d'indépendance du cybermonde », s'adressait en ces termes aux pouvoirs publics : « Nous espérons que nous serons capables d'élaborer nos solutions particulières sur la base de la Netiquette, mais nous ne pouvons pas accepter les solutions que vous tentez de nous imposer » ; tandis qu'un acteur important de la « gouvernance de l'internet » soutenait dans le même temps : « Nous rejetons les rois, les présidents et les lois et croyons aux codes qui marchent » (D. CLARK (premier président de l'*Interactive Advertising Bureau* (IAB) ; cité par Ch. HUITEMA, *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, 1995, p. 80)).

On en vient, dès lors, à décrire en ces termes le droit transnational qui se développe à l'ère de la mondialisation suivant le modèle du droit de la communication par internet :

> *Dans l'état de relative anarchie dans lequel se développe la société mondiale, la faculté de proposer et d'imposer des normes n'est plus limitée aux États, dans le cadre des institutions parlementaires et gouvernementales, ni même aux organisations internationales. Il n'existe pas d'ordre juridique proprement dit, c'est-à-dire qu'il n'y a ni monopole du pouvoir d'énoncer des normes et de les imposer aux autres, ni règle ou procédure d'arbitrage entre les normes concurrentes. Il s'ensuit que tous les acteurs intéressés tentent de produire, d'adouber, de faire appliquer, de sanctionner les normes qui leur conviennent. Ainsi, si on prend l'exemple, tout à fait caractéristique, des codes de conduite, vous trouverez des codes établis par des entreprises particulières, par des ONG ou encore par des experts. La société mondiale ne se caractérise donc certainement pas par un état d'anomie, mais bien au contraire par un état de « pannomie » […] où les normes surgissent de toutes parts, proclamées par de multiples législateurs improvisés, publics ou privés. […] Bien entendu, ce morcellement extrême du droit nuit à son efficacité.*[1]

Le droit de la communication par internet répond très bien à cette description et se présente par conséquent tel un parangon de droit transnational, un droit dont l'essor s'accompagne nécessairement d'un renouvellement remarquable des sources du droit allant dans le sens de leur démultiplication. Dès lors, les enjeux, en la matière, semblent immenses, tant pour le droit que pour l'État, et le développement des règlements privés affirme et renforce ces enjeux, invitant à y répondre prestement, donc à y consacrer toute son attention.

B. La diversité des règlements privés en droit de la communication par internet

Le Professeur Jacques Chevallier note que, à côté de la régulation juridique par l'État, peuvent se trouver des formes de régulation juridique privée situées

[1] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *op. cit.*, p. 37-38.

« dans un rapport de complémentarité, d'imbrication voire de substitution avec la régulation étatique »[1]. Et le professeur de préciser que, lorsque les sources privées ne sont pas saisies par l' « État postmoderne », il conviendrait de parler d' *« autorégulation »*, tandis que, dès lors qu'elles le sont, il s'agirait de *« corégulation »*. L'autorégulation (ou « autoréglementation »[2]) donne lieu à un « droit *librement* consenti et élaboré […] issu d'un processus *autonome* »[3]. Peut-être faut-il convenir que la corégulation se spécifierait d'un point de vue matériel plus que formel, si bien qu'*il y aurait corégulation chaque fois que des institutions publiques invitent des acteurs privés à établir eux-mêmes les normes devant régir leurs activités*, non uniquement dans la situation où la construction d'un régime juridique est partagée entre puissance publique et puissance privée[4].

L'autorégulation et la corégulation pourraient se situer au cœur du « nouveau droit ». Aussi convient-il de séparer les règlements privés qui relèvent de *l'autorégulation* (1) et ceux qui relèvent de *la corégulation* (2). Les enseignements à tirer du développement des uns ou des autres s'avèrent fort différents.

---

[1] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 62.

[2] P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 247 s. Si, ici, est convenu que « autorégulation » et « autoréglementation » seraient des expressions synonymes, a pu être proposé de retenir que « le terme "autoréglementation" est plus restrictif que "autorégulation" en ce qu'il se réfère à des règlements, c'est-à-dire à des normes générales et obligatoires, alors que par "autorégulation" on vise le recours à différents types d'instruments de régulation sociale » (M. COIPEL, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », in J. BERLEUR, Ch. LAZARO, R. QUECK, dir., *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 68).

[3] *Lamy Droit des médias et de la communication* 2012, n° 466-54 (non souligné dans le texte original).

[4] N'est donc pas retenue l'approche selon laquelle, « quand l'élaboration de la norme est totalement le fait de ceux qui en sont destinataires, on parle d'autorégulation volontaire. Quand elle implique aussi les pouvoirs publics, on parle de corégulation » (K. SEFFAR, K. BENYEKHLEF, *loc. cit.*, p. 368). Et la distinction entre autorégulation et corégulation, entre sources privées indépendantes et sources privées accueillies par l'État, correspond encore à celle de la société civile lorsqu'elle conteste les interventions des autorités publiques et lorsqu'elle coopère avec elles (O. COSTA, P. MAGNETTE, « La société civile entre coopération et contestation », in B. FRYDMAN, dir., *La société civile et ses droits*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 181 s.).

1. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre d'autorégulation

Seront étudiés successivement le droit corporatif (a), les normes techniques (b), les règlements établis par les organisations privées dites de la « gouvernance de l'internet » (c) et les contrats-types imposés aux utilisateurs par les principaux services du web (d). Tous semblent révélateurs du tour original que pourrait prendre le « droit de demain » à mesure qu'il se construirait sur des bases privées.

a. Le droit corporatif

Après avoir précisé ce que recouvre la catégorie du droit corporatif, l'expression « droit corporatif » étant rarement utilisée par la doctrine « moderne » (I), il s'agira d'observer quelques-uns des nombreux exemples d'un tel droit que comporte le droit de la communication par internet (II).

I. ***La catégorie du droit corporatif.*** **–** Les règles corporatives se spécifient par le fait qu'elles émanent d'un groupement particulier et non de la société globale[1]. Ce sont des « règles édictées par un groupement privé pour ses membres [et qui] forment un système juridique distinct de l'ordre juridique étatique, système qu'on peut qualifier de "droit corporatif" »[2]. Ce droit corporatif est notamment créé à l'intérieur des associations, qui peuvent être de plus ou moins grande dimension, où il « a force de loi entre ceux qui s'associent de leur plein gré »[3]. Il peut être primaire, c'est-à-dire négocié car correspondant aux statuts de l'association, ou

[1] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, 6e éd., LGDJ, 1915.

[2] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 188-189 ; également, M. VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 41. Alors qu'elle a été défendue en particulier par Santi Romano, ce sont les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove qui ont, récemment, remis sur le devant de la scène doctrinale la notion de droit corporatif.

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 227.

secondaire, soit imposé unilatéralement par l'institution érigée suite à l'association des personnes physiques ou morales liées par un centre d'intérêt commun.

Dans la sphère de l'internet, nombreux sont les groupements ordonnés autour d'un point de convergence — d'ordre économique souvent, mais aussi parfois d'ordre culturel — qui se donnent ainsi leurs droits, de façon relativement homogène et efficace. Ces règles sont bien des règles générales, mais à l'échelle du groupement seulement. Leur efficacité est redoutable car il est très dangereux pour un membre de l'entité de ne pas respecter les normes qui régissent son fonctionnement, la sanction potentielle pouvant aller jusqu'à l'exclusion qui, dans le cas d'un acteur économique, peut s'apparenter à une peine capitale. Le droit corporatif prend souvent la forme de contrats d'adhésion, étant entendu qu'il peut être dans bien des cas vital d'adhérer à l'association corporative en cause[1]. Ce droit s'avère ainsi puissant en termes de force normative et fréquemment capable de concurrencer les lois et règlements étatiques.

Il convient d'en présenter quelques illustrations concrètes, témoignant du renouvellement des sources du droit par le déploiement du droit corporatif, un renouvellement en l'occurrence plus quantitatif que qualitatif puisque ce genre de droit existe depuis fort longtemps bien qu'il soit toujours demeuré en retrait[2].

II. ***Les exemples de droit corporatif.*** **–** Une partie importante des règlements privés qui concourent à la construction du droit de la communication par internet relèvent du droit corporatif. Un premier exemple est le cadre règlementaire élaboré par la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) : les entreprises de vente par correspondance qui adhèrent à cette fédération, dont la

[1] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 536.

[2] C'est ainsi que, dans le chapitre intitulé « Les sources du droit » de son *Traité élémentaire de droit civil*, Planiol recensait, aux côtés de la loi, de la coutume et de la jurisprudence, les règles corporatives (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, 6e éd., LGDJ, 1915).

plupart sont des acteurs du e-commerce[1], s'engagent à respecter, par exemple, des règles qui apportent des garanties au consommateur quant à la protection de ses données à caractère personnel. En tant que syndicat professionnel et organisme représentatif des acteurs du e-commerce et de la vente à distance, la FEVAD élabore un corpus normatif très fourni qui régit de manière non exclusive et exhaustive mais néanmoins cardinale les activités de ses membres[2].

L'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA), pour sa part, « a pour principaux objectifs de mettre en place une structure représentative de l'industrie et d'élaborer une déontologie propre à la profession »[3]. Ainsi cette association impose-t-elle une multitude de normes à ses membres (netiquette, confidentialité, protection des mineurs etc.), cela dans quatre domaines : les réseaux, l'hébergement, l'accès et les services immatériels[4]. Quant à l'Association des professionnels pour l'économie numérique (APROGED), elle comprend un « pôle normalisation » duquel émanent nombre de règles applicables aux entreprises qui y adhèrent[5].

Ce ne sont bien sûr là que quelques exemples parmi beaucoup. Pourraient encore être cités le Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)[6], la

---

[1] Aujourd'hui, la FEVAD regroupe plus de 370 entreprises et près de 600 sites internet dans le domaine de la vente aux particuliers (« BtoC »), celui de la vente aux professionnels (« BtoB ») ou encore celui de la vente entre internautes (« CtoC »).

[2] Ainsi le droit corporatif émanant de la FEVAD comprend-il, par exemple, un « Code professionnel » et une « Charte de qualité » depuis 1996. Peuvent également être cités la « Charte de l'e-mailing » de 2005 ou la « Charte de confiance des plates-formes de vente entre internautes » de 2006.

[3] [en ligne] <afa-France.com>.

[4] *Ibid.* En outre, l'AFA est membre fondateur de l'EuroISPA, la Fédération européenne des associations de fournisseurs de services internet, qui représente indirectement quelques 800 fournisseurs de services internet.

[5] Ont notamment été publiés des documents normatifs relatifs à l'Ubimédia, au *Content analytics*, à la e-réputation, au DocuCloud et au devoir de conseil des professionnels du numérique ([en ligne] <aproged.org>).

[6] Le GESTE est divisé en plusieurs pôles dont un pôle « affaires juridiques et déontologiques » lui-même divisé en deux commissions dont l'une, intitulée « enjeux règlementaires », s'attache à « apporter des réponses à l'ensemble des problématiques juridiques touchant l'édition de contenus et de services en

Fédération française des télécoms[1] et, surtout, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)[2], laquelle est peut-être à l'origine du droit corporatif le plus abouti[3]. Enfin, au niveau transnational, l'action de la Chambre

---

ligne ; s'impliquer dans l'élaboration de la réglementation applicable au secteur […] ; promouvoir une régulation déontologique en participant notamment à l'élaboration de chartes ». L'autre commission, intitulée « déontologie des services mobiles et vocaux », a pour mission de « suivre l'évolution des services SMS+ et Internet+ du point de vue économique et déontologique ; traiter des règles déontologiques applicables à ces services » ([en ligne] <geste.fr>).

[1] La fédération est structurée autour de neuf commissions : mobile, consommation, contenus, développement durable, entreprises et responsabilité numérique, fibre optique, fiscalité et emploi, innovation et normalisation, sécurité ([en ligne] <fftelecoms.org>). Toutefois, elle est davantage active en tant que source matérielle du droit, c'est-à-dire en tant qu'organe de lobbying, qu'en tant que source formelle.

[2] Le 25 juin 2008, l'ARPP a succédé au BVP (Bureau de vérification de la publicité). « Organisme de régulation professionnelle de la publicité en France, l'ARPP a pour but de mener toute action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine, dans l'intérêt des consommateurs, du public et des professionnels de la publicité. Le dispositif de régulation professionnelle de la publicité est un système concerté, ouvert à la société civile et aux consommateurs. Il regroupe, autour des services opérationnels de l'ARPP, trois instances associées : le Conseil de l'éthique publicitaire, le Conseil paritaire de la publicité et le Jury de déontologie publicitaire » ([en ligne] <arpp-pub.org>).

[3] Les professionnels de la publicité se donnent volontairement des règles (dites « recommandations de l'ARPP ») « pour que la publicité en France soit exemplaire, au-delà de la simple application des lois qui peuvent déjà la réglementer » ([en ligne] <arpp-pub.org>). Le site web de l'autorité explique : « L'élaboration des règles de déontologie publicitaire obéit à une triple logique d'anticipation, de concertation et de responsabilisation. Anticipation : le Conseil de l'éthique publicitaire (CEP) a pour rôle d'alerter l'ARPP sur les évolutions susceptibles de motiver une évolution de ses règles déontologiques. Concertation avec la société civile : avant toute nouvelle rédaction, le Conseil paritaire de la publicité émet un avis, rendu public, sur les demandes émanant des associations concernant le sujet traité. Responsabilisation : afin d'engager les praticiens de la publicité à les respecter, les règles déontologiques sont rédigées, par les services opérationnels de l'ARPP, avec des représentants de toutes les professions publicitaires (annonceurs, agences, médias) » (*ibid.*). Et de préciser encore que « les règles déontologiques et les missions de l'ARPP portent sur le seul contenu du message publicitaire (de nature à induire en erreur, de nature à choquer, irresponsable etc.). Mise en conformité avant diffusion : les équipes opérationnelles de l'ARPP s'assurent au quotidien de la bonne prise en compte des règles déontologiques avant la diffusion des publicités » (*ibid.*). Une fois la publicité diffusée, l'ARPP peut également intervenir : elle peut notamment s'autosaisir d'un manquement constaté après diffusion et intervenir auprès des professionnels à l'origine du message. Le public, s'il est choqué par une publicité, peut saisir le Jury de déontologie publicitaire qui statuera alors sur le bien-fondé de la plainte et publiera

de commerce internationale est à souligner[1]. Elle développe depuis de nombreuses années des instruments en matière d'autorégulation du commerce électronique[2]. Son œuvre principale est le recueil *General Usage in International Digitally Ensured Commerce*, qui est un ensemble de normes articulées autour de grands principes communs au droit civil et au *common law* afin d'uniformiser le cadre normatif dans les domaines des autorités de certification, de la cryptographie à clé publique ou de la signature électronique. D'une certaine manière, les sources privées transnationales prendraient ainsi le relai des sources publiques internationales, en particulier en raison des défaillances de ces dernières, cela dans le but de garantir la confiance indispensable aux transactions commerciales. En ce sens, sont également remarquables les « e-terms », lesquels visent à favoriser l'utilisation par les entreprises de clauses modèles pour leurs

---

sa décision. Il s'agit là, réellement, d'un système d'autorégulation très développé, que les autorités publiques, d'ailleurs, regardent avec bienveillance, même si l'ARPP affiche l'ambition d' « aider la profession à se prémunir contre un renforcement de l'encadrement législatif par de bonnes pratiques déontologiques » (« Brochure 2013 de l'ARPP », [en ligne] <arpp-pub.org>, 2013). Enfin, est à noter que l'ARPP est membre fondateur de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (créée en 1992), si bien qu'elle « participe à la promotion de l'autodiscipline en Europe mais aussi en dehors de l'Union Européenne ; assure la diffusion de bonnes pratiques en matière de régulation professionnelle de la publicité entre les différents organismes en charge ; promeut et appuie les systèmes actuels d'autodiscipline » ([en ligne] <arpp-pub.org>). L'ARPP est l'auteur de six recommandations générales sur la publicité (« Attestations », « Études de marché et d'opinion », « Identification de la publicité », « Mentions et renvois », « Publicité de prix » et « Vocabulaire publicitaire »), de neuf recommandations thématiques (« Allégations santé », « Attributs de la personne », « Commerce équitable et autres formes de commerce alternatif », « Comportements alimentaires », « Développement durable », « Images de la personne humaine », « Races, religions, ethnies », « Sécurité », « Enfant ») et de vingt-cinq recommandations sectorielles (par exemple, « Jeux d'argent », « Automobile », « Produits cosmétiques », « Produits pour l'horticulture et l'entretien des jardins » ou encore « Sciences occultes »).

[1] En tant qu'organisation mondiale des entreprises fédérant des milliers d'adhérents de tous secteurs et de toutes régions, elle constitue une source de règles majeure dans le domaine du marketing et de la publicité depuis la publication en 1937 de son premier « Code de pratiques loyales en matière de publicité ». Et son « Code consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale » témoigne parfaitement du rôle central du droit corporatif à l'intérieur du droit commercial.

[2] Sa première initiative date de 1988, avec l'élaboration des règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission.

contrats électroniques B2B. Comme les « Incoterms » pour le commerce traditionnel, ces normes sont conçues pour devenir les standards internationaux en matière de commerce électronique.

Par ailleurs, beaucoup des normes applicables aux communications par internet et consacrées au moyen de règlements privés sont des normes à finalité technique ou technologique. Or, ainsi que cela sera expliqué au sein du second titre de cette première partie, le droit d'origine privée apparaît plus légitime quant aux contenants que quant aux contenus des communications, ce qui amène à considérer avec attention les normes techniques, celles-ci ayant vocation à intervenir essentiellement en matière de droit des contenants.

b. Les normes techniques

Il est, semble-t-il, significatif du renouvellement des sources du droit de voir dans les normes techniques des règles de droit et donc de les inclure au sein d'une étude juridique (I). Il est vrai que lesdites normes techniques présentent des spécificités importantes, en particulier dès lors qu'elles intègrent le droit du contenant de la communication par internet (II).

I. ***La norme technique comme norme juridique.*** **–** Avec la technicisation et, plus encore, la technologisation des sociétés contemporaines, le renouvellement des sources du droit ne peut que concerner tout spécialement les normes techniques, mais à condition d'y voir des normes juridiques. Une norme technique se définit essentiellement par son objet : il s'agit d'une caractéristique ou spécification technique ou technologique qu'il faut respecter afin qu'un équipement technique ou technologique fonctionne[1]. La gamme des normes techniques est très large,

[1] La définition généralement retenue est celle proposée par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies et par l'ISO : « Spécification technique ou autre document accessible au public, établi avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble et approuvé par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international ». Et, aux termes du décret du 26 janvier 1984 portant le nouveau statut de la normalisation,

allant de la taille d'une pièce exprimée en nanomètres au matériau à utiliser, en passant par le code informatique à appliquer et par les protocoles de communication — lesquels « gouvernent » le réseau internet. Or de nombreux auteurs n'y voient que des phénomènes extérieurs au monde du droit[1]. Il a toutefois semblé nécessaire de ne pas les passer sous silence en cette thèse et donc de considérer qu'elles feraient pleinement partie du droit de la communication par internet[2].

Suivant la « théorie de la régulation par l'architecture », dans le contexte des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la relation entre règle de droit et norme technique serait plus étroite qu'elle ne l'a jamais

---

les normes techniques sont portées par des « documents écrits élaborés par un organisme de normalisation selon une procédure règlementaire définie [et] donnent des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant des produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques et sociaux » (D. n° 84-74, 26 janv. 1984, *Fixant le statut de la normalisation*).

[1] Par exemple, F. GAMBELLI, *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne*, Eyrolles, 1994 ; J. PERRIN, *Comment naissent les techniques – La production sociale des techniques*, Publisud, 1988 ; A. PENNEAU, *op. cit.* ; A. PENNEAU, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCPE* 1996, p. 599 s. ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738 s. ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique et le droit : à la recherche de critères objectifs », *RRJ* 2005, p. 619 s.

[2] En ce sens, par exemple, C. ROJINSKY, « Cyberespace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, p. 846. N'est donc pas retenue l'idée que les normes techniques seraient des « normes alternatives » au droit (K. BENYEKHLEF, *op. cit.*,, p. 312) ni l'idée que « la normalisation serait traditionnellement privée et n'aurait, *de ce fait*, pas de valeur juridique » (L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21 (non souligné dans le texte original ; mais l'auteur exprime cette opinion très répandue parmi la doctrine juridique afin d'ensuite la dénoncer ; elle ne la fait donc pas sienne et parle de « vocation naturelle de la normalisation technique à la juridicité », avant de regretter le « contresens souvent commis par une doctrine qui "ramène" le juridique à l'étatique » et de conclure en ces termes : « Si l'on va au-delà des présentations positivistes du système juridique, on peut affirmer que les normes techniques participent à la construction de l'espace juridique »)). Également, L. BOY, « Normes », *RID éco.* 1998, p. 127 s. ; L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », *op. cit.*, p. 183 s. ; H. COUSY, « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant (Bruxelles), 1985.

été[1]. Le problème est, en ces lignes, posé différemment : les normes techniques ne devraient pas être considérées comme une autre catégorie de normes à côté des normes de droit mais comme une sous-catégorie de normes de droit se démarquant par leur finalité, par leur forme et par leur origine. Leur particularisme n'en apparaît pas moins considérable, au sein du monde des règles comme, *a fortiori*, au sein du monde des règles juridiques.

II. ***La norme technique comme norme spécifique.*** **–** Quant à sa finalité, une norme technique fixe un standard précis afin que, à condition d'être respecté uniformément, l'interopérabilité (*i.e.* la compatibilité) des outils utilisés par les utilisateurs et les professionnels de l'internet soit garantie. Quant à sa forme, une norme technique est le fruit de la mise en œuvre de procédures finement précisées et strictement respectées devant notamment permettre à ses destinataires de participer, quoique souvent de manière indirecte, à son élaboration et à son adoption. La confiance et le consensus nécessaires à son efficacité en dépendent[2] — les structures de normalisation sont de nature volontaire et négociées et doivent donc être acceptées (classiquement par contrat) pour produire leurs effets[3]. Quant à son origine, une norme technique est généralement produite par une institution privée transnationale à but non lucratif ou, mais plus rarement, par l'une des grandes firmes du secteur en position dominante. Si elle peut avoir une origine publique autant qu'une origine privée[4],

[1] L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* À la triade des forces à même de réguler les comportements des individus (droit, normes sociales et marché), cette théorie ajoute l' « architecture », c'est-à-dire l'utilisation de l'environnement matériel comme contrainte. Cela n'est d'ailleurs pas propre aux nouvelles technologies et concerne aussi, par exemple, l'utilisation de dos d'ânes pour réduire la vitesse des automobilistes. Constatant que la plasticité des environnements électroniques magnifie la portée de ce type de contrainte et qu'un nombre grandissant de rapports sociaux impliquent l'utilisation des nouvelles technologies, la « théorie de la régulation par l'architecture » suggère que le droit ne saurait ignorer les normes techniques. Notamment, F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Institut de droit des affaires, 2003.

[2] A. PENNEAU, « Règles de l'art et normes techniques », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1330.

[3] En ce sens, D. n° 2009-697, 16 juin 2009, *Relatif à la normalisation*, art. 1er et 17.

[4] Par exemple, L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARRENGO, dir., *Les enjeux de la normalisation technique*

elle a donc le plus souvent une origine privée[1]. Par nature, la part du droit d'origine privée dans le droit technique est élevée ; comme le montre le droit de la communication par internet, cette mainmise des sources privées est de plus en plus forte.

Il existe différents organismes de normalisation officiels, soutenus par les autorités publiques : Association française de la normalisation (AFNOR), Comité européen de normalisation, Comité européen de la normalisation électronique, Institut européen de standardisation des télécommunications (ETSI), Organisation internationale de normalisation (ISO)[2]. Mais ceux-ci interviennent peu dans le secteur de la normalisation de la technologie et des services de l'internet, laquelle, historiquement et aujourd'hui encore, est principalement le fait d'institutions *ad hoc*[3]. L'édiction des normes techniques n'est ainsi en aucun cas limitée aux seuls organes qualifiés par les États et par les organisations internationales. En la matière, l'autorégulation triomphe de la corégulation et de la régulation publique. S'y joue une véritable privatisation du droit et, donc, une véritable privatisation des sources du droit. La normalisation, comprise en tant que fixation de spécifications techniques ou technologiques, est de plus en plus

---

internationale – Entre environnement, santé et commerce international, La documentation française, 2006, p. 57 s. ; D. VOINOT, *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, th., Université de Grenoble, 1993.

[1] Ainsi, par exemple, lorsque l'adoption de directives européennes s'avère nécessaire, les institutions de l'Union européenne utilisent la technique du renvoi aux normes techniques et, dans les directives dites « nouvelle approche », ne sont visées que les exigences essentielles, les spécifications techniques devant faire l'objet de normes harmonisées, élaborées par les organismes privés européens de normalisation.

[2] De plus, l'utilité et la valeur des normes techniques peuvent être renforcées par un organisme certificateur permettant de « garantir, par l'intervention d'un organisme tiers, la compétence d'un professionnel, la conformité d'un produit, d'un service ou d'une organisation à un référentiel normatif préétabli » (J. IGALENS, H. PENAN, *La normalisation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1994, p. 106 (cité par L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », *op. cit.*, p. 13)). Néanmoins, la certification est rare en matière d'internet, comme si la confiance liant les acteurs en cause pouvait s'en passer.

[3] Notamment, l'IETF est en charge des standards gouvernant l'internet, le W3C édicte les standards propres au fonctionnement du web et l'IEEE intervient dans des domaines tels que la transmission sans fil des communications.

abandonnée à des puissances privées — qui bien souvent ne sont pas des puissances commerciales mais des organismes originaux, que de prochains paragraphes en cette thèse devront présenter.

En outre, la labélisation des sites web[1], qui se développe constamment dans un contexte de concurrence exacerbée entre les services et qui vise à assurer qu'un site respecte certaines exigences technologiques, notamment afin de se prémunir contre les vols de données et autres piratages, est un témoignage supplémentaire de la densité des normes d'origine privée au sein du droit de la communication par internet[2]. Par exemple, les différents systèmes de labélisation relatifs à la protection des mineurs sur le web reposent sur des normes mises au point par le World Wide Web Consortium (W3C) et appelées « PICS » (*Plateform for Internet Content Selection*).

Les normes techniques constitutives du droit de l'internet sont symptomatiques de la remise en cause par des structures privées de la légitimité des instances publiques à créer le droit. C'est même de manière générale qu'on constate combien le domaine de l'élaboration des normes techniques illustrerait de façon prégnante le fait que « l'État partage désormais avec les pouvoirs privés la charge de produire le droit, de construire les espaces juridiques »[3]. Les différentes organisations parapubliques, souvent de type associatif, qui édictent d'importants règlements servant à encadrer l'internet et les activités internetiques sont ainsi des jurislateurs aussi décisifs dans le processus de production du droit de la communication par internet que les assemblées législatives des États. Le

[1] Peut être cité l'exemple de « L@belsite » pour les services marchands en ligne, créé par la FEVAD et par la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, dans le cadre du Conseil national du commerce et de l'Institut international du commerce électronique. L'apposition du sigle « L@belsite » sur les sites habilités indique aux consommateurs que ceux-ci s'engagent à se conformer à des règles précises en matière d'identification du commerçant, de respect de la règlementation en vigueur, de transparence ou encore de protection des données personnelles. Le sceau « L@belsite » peut être retiré en cas de manquement aux règles d'habilitation, si un contenu est non conforme au système.

[2] *Cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide, op. cit.*, n° 4682.

[3] L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.

renouvellement des cadres et des habitus juridiques est sous cet angle considérable.

c. Les règlements établis par les organismes de « gouvernance de l'internet »

La « gouvernance de l'internet », dont les principes phares sont *l'ouverture, la décentralisation et la collaboration*[1], s'appuie tout spécialement sur les RFC (*Requests For Comments*, *i.e.* « appels à commentaires ») qui sont apparus dans les années 1970, lorsque l'informatique s'est développée, et qui consistent à faire œuvre normalisatrice (ou simplement informatrice pour certains types de RFC[2]) sur un point technique précis en invitant chacun à participer afin d'établir un consensus, de trouver un accord sur la « meilleure norme », laquelle est publiée au terme d'*une élaboration progressive et collective*[3]. Par « RFC », c'est d'ailleurs souvent le standard, la norme en tant que telle, qui est désigné, plus que la procédure qui y conduit.

Ces RFC et autres normes spécifiques à la « gouvernance de l'internet » sont établis dans l'antre d'institutions privées précisément identifiées et dont l'action est généralement au moins autant respectée que celle des États et des organisations internationales. Il faut présenter tout spécialement l'Internet Society (I), l'Internet Engineering Task Force (II) et le World Wide Web Consortium (III). Peut-être sont-ce là les prototypes des sources du « droit de demain ».

I. ***L'Internet Society (ISOC).*** **–** L'Internet Society (ISOC) est une organisation à but non lucratif de droit américain — financée par la vente des noms de domaine

[1] F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

[2] On distingue six types de RFC qui tous ne correspondent pas à des normes et qui germent au terme de procédures spécifiques : « proposition de standard », « projet de standard », « standard internet », « protocole expérimental », « document d'information » et « standard historique ».

[3] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 119.

en <.org> — fondée en 1992 par les « pionniers de l'internet »[1] afin d' « assurer le leadership dans les normes liées à l'Internet, l'éducation et la politique, le leadership dans l'anticipation et la résolution des problèmes inhérents au développement de l'Internet »[2], ce qui en ferait une « société savante »[3]. L'ISOC comprend des « bureaux » régionaux et 86 « chapitres » nationaux ; elle accueille près de 28 000 adhérents répartis dans 180 pays[4]. Autant de termes et expressions originaux pour un juriste moderne mais qui appartiennent peut-être au vocabulaire des nouvelles sources du droit, au vocabulaire des sources du droit en devenir.

L'ISOC se présente tel un « espace fédérateur des décideurs et utilisateurs professionnels et personnels, des associations, des organisations et groupes intervenant dans l'Internet, pour qu'ils puissent se rencontrer, échanger et faire émerger les contours du Net de demain »[5] ; ainsi que telle une « association internationale de référence spécialisée sur les questions de gouvernance de l'Internet » dont la mission est de « promouvoir le développement, l'évolution et l'utilisation de l'Internet au bénéfice de tous les individus à travers le monde »[6]. Surtout, « pour aider à l'achèvement de sa mission, l'Internet Society facilite le développement ouvert des normes, des protocoles, de l'administration et de l'infrastructure technique de l'Internet ; encourage un environnement pour la coopération internationale et une culture qui permette à l'auto-gouvernance de fonctionner ». Son but est ainsi explicitement assumé : promouvoir l'autorégulation du monde internetique et y participer très activement, le tout loin des États qui, même si cela n'est pas dit en ces termes, sont considérés tels des êtres politiques dépassés et incapables de saisir pertinemment et efficacement les

[1] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 12.

[2] [en ligne] <isoc.fr>.

[3] É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 7.

[4] [en ligne] <isoc.fr>. Par exemple, le Chapitre français de l'ISOC est une association loi de 1901 créée en 1996.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

enjeux propres à la communication par internet[1]. Aussi le directeur du « bureau Europe » de l'ISOC insiste-t-il sur la totale indépendance de son institution par rapport au monde politique, mais aussi par rapport au monde économique[2].

Un auteur qualifie l'ISOC d' « entreprise de collaboration collective »[3], ce qui est un statut surprenant pour un organisme dont le rôle normatif est décisif à l'échelle du droit de la communication par internet. En effet, alors que le réseau de réseaux informatiques fonctionne grâce à l'adhésion volontaire à deux protocoles fondamentaux (TCP et IP) qui permettent d'intégrer des réseaux hétérogènes et d'utiliser des protocoles de services spécifiques comme HTTP (*i.e.* le web), la fonction de veiller sur le développement de ces protocoles a été dévolue à des instances privées regroupées autour de l'ISOC qui se présente ainsi en tant que grand normateur de l'internet — compris au sens strict, c'est-à-dire tel un contenant (un « tuyau ») indifférent aux contenus. L'ISOC est l'organisation d'accueil des groupes techniques chargés de la standardisation de l'infrastructure de l'internet. En premier lieu, le travail et la discussion techniques se déroulent au sein de l'Internet Engineering Task Force (IETF). Ensuite, l'administration et l'évaluation de ce travail de réflexion relèvent de l'Internet Engineering Steering Group (IESG) qui propose les standards à l'Internet Architecture Board (IAE) à qui il revient de les publier. L'ISOC supporte et supervise l'ensemble de ces activités et, surtout, les promeut vis-à-vis du monde extérieur afin de les faire mieux accepter, afin de propager l'idée selon laquelle cette autorégulation quant au pan technologique de l'internet serait la voie la plus légitime comme la plus efficace.

---

[1] Le site web de l'ISOC explique ainsi encore que « la législation en vigueur peut retarder ou endiguer la croissance d'Internet en limitant la capacité des concurrents à offrir des services nouveaux, meilleurs, plus économiques ou plus innovants en rapport avec Internet. Nous défendons les politiques favorisant la concurrence dans les télécommunications, les services Internet, les logiciels Internet et les applications de commerce électronique » (ISOC, « Valeurs et principes de l'Internet Society », [en ligne] <isoc.fr>).

[2] F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012. Et d'ajouter : « Nous sommes les garants techniques et éthiques de l'internet » ; et : « La mission de l'Internet Society est de défendre les principes d'ouverture, de décentralisation et de collaboration auprès des gouvernements ».

[3] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 107.

Cette association est qualifiée d' « autorité morale la plus influente dans l'univers de l'internet »[1] ou bien encore de « rouage essentiel de l'internet »[2] ; en tout cas illustre-t-elle le fait que, en matière de droit de l'internet (droit des contenants des communications), les acteurs privés sont, tant chronologiquement qu'en importance, premiers quand les États et les organisations internationales ne sont que seconds[3]. Or ce droit n'est évidemment pas dépourvu d'intentions politiques ; lorsque l'ISOC défend l'universalité, l'accessibilité, l'ouverture des standards, la non-discrimination et l'interopérabilité, elle défend une approche tout à fait particulière du rôle que l'internet doit jouer parmi les sociétés contemporaines. « L'internet par tous, l'internet pour tous »[4] est un slogan qui peut trouver droit de cité auprès de certains régimes politiques à travers le monde mais non auprès d'autres.

Il est remarquable que l'Internet Society France, qui est donc une simple association au sens du droit « officiel », s'ordonne d'une manière qui ne manque pas de rappeler le fonctionnement d'un organe politique, ce qu'elle est peut-être sous un certain angle. Cette organisation se démembre en plusieurs commissions thématiques travaillant sous le contrôle d'un animateur chargé de susciter et synthétiser les contributions des participants[5]. Chaque commission se réunit régulièrement et est présidée par un membre du conseil d'administration ; et chaque commission rend compte trimestriellement de l'avancement de ses travaux au bureau de l'Internet Society France qui valide les éventuelles publications de la commission en son nom, tandis qu'une revue de l'association publie, là aussi trimestriellement, les comptes rendus des activités des différents groupes. L'important, surtout, est que de l'ISOC Monde comme de ses

[1] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 12.

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 194.

[3] En ce sens, J.-R. REIDENBERG, « Les États et la régulation d'Internet », *Comm. com. électr.* 2004, n° 5, p. 14.

[4] Cité par J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 12.

[5] Les commissions de l'Internet Society France sont les suivantes : juridique ; normes et standards ; Green IT ; jeunesse et éducation ; gouvernance de l'internet ; francophonie ; culture ; internet solidaire ; informatique et libertés.

« chapitres » nationaux émanent des normes quantitativement et qualitativement très importantes pour le droit de la communication par internet et que ces normes sont incomparables aux normes d'origine publique telles qu'elles sont habituellement élaborées[1].

Après l'ISOC, peut être présentée plus spécifiquement l'Internet Engineering Task Force (IETF), qui est tout spécialement symptomatique du renouvellement des sources du droit.

II. ***L'Internet Engineering Task Force (IETF).*** **–** À travers l'IETF, l'ISOC exerce ses fonctions les plus techniques et, surtout, qui possèdent la plus grande portée normative[2]. L'IETF est considérée comme l'organisme de normalisation technique de l'internet par excellence. Même si c'est l'ISOC qui publie et héberge électroniquement toutes les normes produites et si elle lui sert de support institutionnel, c'est l'IETF qui est plus précisément chargée de définir et de faire évoluer les standards qui gouvernent et qui font l'internet — faut-il rappeler que

[1] Le site web de l'ISOC France décrit, par exemple, comment ont été mises en place diverses règles en matière de protection de l'environnement — car l' « indice carbone » des communications par internet ne doit nullement être négligé — : « Dans le cadre de sa commission Green IT, Internet Society France a proposé en 2010 la création d'un référentiel de bonnes pratiques. Ce sujet a été validé par l'ISOC Monde. Par la suite, le projet a été poursuivi dans le cadre du projet Opquast (*Open quality standards*) et discuté dans le cadre d'ateliers en ligne. La version 1 de la check-list de bonnes pratiques Green IT est finalement sortie le 26 juillet 2012. Elle rassemble 72 bonnes pratiques pour réduire l'impact environnemental des outils et usages numériques. Elle est organisée en neuf thématiques : consommation énergétique, déchets, matériel, usages du poste de travail, gouvernance, impression, e-mail, conception web, hébergement. Ces bonnes pratiques peuvent tout à fait servir de base à la conception d'une charte Green IT pour tous types d'organismes ou orienter un particulier vers un comportement plus éco-responsable » ([en ligne] <isoc.fr>). Il s'agit là tant d'une procédure que d'un vocabulaire peu familiers au juriste habitué à évoluer à l'intérieur des seuls droit étatique et droit d'origine publique.

[2] Lorsque l'ISOC promeut l'ouverture, la décentralisation et la collaboration ou bien encore l'universalité, l'accessibilité, l'ouverture des standards, la non-discrimination et l'interopérabilité, il s'agit d'une mission davantage politique qui fait de l'association une source matérielle plus qu'une source formelle du droit. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'elle prend position sur des sujets comme la propriété intellectuelle, la sécurité, la neutralité de l'internet ou l'accès du plus grand nombre au web, à propos desquels les institutions publiques interviennent déjà de façon substantielle.

« *code is law* »[1] ? Mais, ainsi que le site web de l'IETF le confesse lui-même, de façon très symptomatique, cette organisation est difficile à comprendre et à définir[2], tandis qu'aucun organisme en France ne ressemble, ni de près ni de loin, à une telle structure atypique dont il semble possible de dire qu'elle est faite pour l'internet. À mille lieues des instances de normalisation traditionnelles, elle fonctionne à la manière des communautés du logiciel libre, l'internet n'étant peut-être, en définitive, rien de plus qu'une sorte de « méga-logiciel libre ». Aussi cette IETF est-elle peut-être significative du renouvellement des sources du droit en ce qu'elle ne se rapproche d'aucun organe normateur traditionnel, mais il semble que, au-delà des problématiques de l'internet, peu de nouvelles organisations puissent se baser exactement sur son modèle. Les enseignements que son étude permet n'en sont pas moins importants en ce qu'ils montrent que, désormais, nombre de normes sont conçues et adoptées dans des cadres parfaitement atypiques.

Fondée en 1986 — soit antérieurement à l'ISOC — et constituée d'ingénieurs, de chercheurs mais aussi de concepteurs de réseaux et d'administrateurs de systèmes de diverses origines et qui se réunissent trois fois par an, l'IETF est un lieu de réflexion et de travail « informel et auto-organisé […] constitué d'une série d'évènements »[3] dont la fonction est de penser l'architecture de l'internet, notamment en matière de routage et de commutation et tout spécialement en proposant des changements parmi les protocoles et parmi les logiciels d'application de données, ainsi que, dans un second temps, parmi leurs modes d'utilisation[4].

L'IETF possède un mode de fonctionnement dématérialisé et participatif : tout se passe à distance et sur la base du volontariat. Simplement rattachée à l'ISOC qui lui fait profiter de sa personnalité juridique, elle fait confiance au simple pragmatisme et, située à la limite entre réel et virtuel, elle n'a pas de

[1] L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, *op. cit.*

[2] [en ligne] <ietf.org>.

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

conseil d'administration ni même de statut en bonne et due forme ; elle n'a pas non plus de siège, de budget ni de membres affiliés puisque la qualité de « membre » se résume à l'inscription sur une liste de diffusion, laquelle est accessible à tout individu intéressé. Mais elle comprend un secrétariat, qui fournit un support logistique au quotidien consistant surtout à coordonner les réunions et à gérer les listes de diffusion, et plus d'une centaine de groupes de travail, un groupe de travail étant créé dès qu'un petit nombre de personnes intéressées en prend l'initiative, jugeant qu'une certaine problématique le nécessite. Seulement ces groupes de travail, placés sous la responsabilité d' « animateurs » volontaires — qui ne sont pas des directeurs —, ne consistent-ils pas en des réunions physiques mais en des listes de discussion modérées qu'il est possible de rejoindre par simple inscription, toutes les listes étant publiques[1].

Le travail de ces groupes se termine normalement par la publication d'un RFC, rédigé par un « RFC Editor » — qui compte parmi les rares personnes à occuper une fonction rétribuée —, qui vaut standard et qui est enregistré par l'IANA, un département de l'ICANN lui aussi situé au cœur du droit de l'internet. Les groupes ont donc pour fin l'adoption et la publication de textes à portée normative. Les RFC de l'IETF deviennent les standards de référence utilisés impérativement par l'ensemble des développeurs et opérateurs de l'internet.

Par ailleurs, l'unanimité dans les groupes de travail n'est pas indispensable à l'adoption d'une proposition, mais, s'il n'est pas requis qu'une proposition soit défendue par un pourcentage donné des membres du groupe en question, il

[1] Les intervenants étant les personnes les plus intéressées, il semble que les industriels des équipements informatiques et autres opérateurs économiques de l'internet dominent assez largement l'IETF, sans toutefois que cela porte atteinte — pour l'heure tout du moins — à l'ouverture, à la décentralisation et à la neutralité de l'internet. Reste que l'essentiel des participants à l'institution ne représentent pas une administration ou une entité étatique mais des intérêts privés. Sa structure gouvernante (l'IESG) est composée de représentants des entreprises leaders (s'y retrouvent ainsi Microsoft, Cisco, Nokia, IBM, Ericsson, AT&T etc.), spécialement dans le secteur du matériel lié à l'internet, qui paraissent donc avoir la mainmise sur les standards et protocoles, ce qui est sans aucun doute un enjeu décisif de leurs points de vue.

semble que la plupart des propositions défendues par au moins 90 % des membres soient généralement acceptées quand la plupart des propositions défendues par moins de 80 % des membres soient le plus souvent rejetées. Un auteur qualifie cette méthode de « consensus approximatif »[1]. Elle est un élément de plus témoignant de l'originalité de cette structure normatrice qu'est l'IETF.

Les responsables des huit thématiques dans lesquelles sont classés les groupes[2] se retrouvent, avec le directeur de l'IETF, dans le cadre de l'Internet Engineering Steering Group (IESG), qui est l'instance de pilotage et de supervision de l'IETF — sans que cela doive être compris comme une instance de direction — et le bureau d'approbation (ou de réformation) des standards édictés par les groupes de travail, ce qui fait qu'il occupe un rôle clé dans le processus de normalisation de l'internet. C'est également l'IESG qui autorise la création de ces groupes et entérine leur dissolution au cas par cas.

Quant à l'Internet Architecture Board (IAB)[3], composé de douze membres dont les mandats durent deux ans — qui sont renouvelés par moitié chaque année — et choisis par un comité de nomination dont les membres sont tirés au sort parmi des volontaires, son rôle est de conseiller l'IESG quant à l'organisation, à la planification et à la coordination des travaux ainsi que sur certaines questions techniques. Il revient également à l'IAG de sélectionner les membres de l'IESG sur la base d'une liste établie par le Comité de nomination de l'IETF et, surtout, de choisir le président de l'IETF. Et l'IAB joue même un rôle d'arbitre en cas de litige apparaissant au cours du processus de fixation des normes. Enfin, il représente l'IETF auprès des autres organisations participant à la fixation des normes de l'internet et auprès des États et institutions internationales.

---

[1] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 119.

[2] Ces huit thématiques sont : « Général », « Applications », « Internet », « Opérations et management », « Routage », « Sécurité », « Transport » et « Services aux usagers ».

[3] L'IAB est issu de l'Internet Configuration Board fondé par Vinton Cerf en 1979. Il a accepté de se placer sous les auspices de l'ISOC en 1992.

Où il apparaît que les normes constitutives du droit de l'internet proviennent, pour une part non négligeable, d'organismes qui répondent à un vocabulaire, à des procédures et à des dispositions ô combien originaux du point de vue du droit moderne. Au-delà de ce fonctionnement très spécifique, le pragmatisme et le caractère opérationnel des rouages de l'IETF sont peut-être les caractéristiques que les sources du « droit de demain » devront revêtir. Et bien d'autres spécificités de cet organe original qu'est l'IETF et de ces normes particulières que produit l'IETF pourraient être listées.

Ainsi, ce sont des *Best Current Practice* (BCP)[1], par exemple le BCP « IETF Working Group Guidelines and Procedures », des RFC (spécialement le RFC « Guide pour la participation aux travaux de l'Internet Engineering Task Force) et des chartes propres à chaque groupe qui régissent le fonctionnement de l'IETF, ce qui illustre encore un peu plus le particularisme institutionnel des acteurs associatifs de la « gouvernance de l'internet ».

Il y aurait encore beaucoup à dire de la production normative dans le cadre de l'IETF. Par exemple, il est remarquable que quelques règles relatives aux contenus ont également été édictées par l'association[2], tandis que certains RFC s'apparentent à de véritables guides de légistique, prévoyant un vocabulaire précis afin d'exprimer les normes issues du travail des groupes. Et les standards publiés sous la forme de RFC peuvent l'être tout d'abord en tant que « *proposed standards* » (standards proposés) pour une durée de six mois, délai au terme duquel ils peuvent devenir des « *draft standards* », soit des standards véritables. Ces deux statuts différents[3] permettent de mettre à l'épreuve la norme avant de véritablement la graver dans le marbre (ou non, si elle ne répond pas aux attentes). Il s'agit d'une forme d'évaluation qui est un signe fort de pragmatisme

[1] Les BCP, sortes de « codes de bonnes pratiques », sont des documents de quelques pages relatifs à un sujet précis et indiquant les règles et autres coutumes qui doivent l'encadrer.

[2] Notamment, une version importante de la Netiquette est le fruit du groupe de travail « Utilisation responsable du réseau » de l'IETF.

[3] Il faudrait ajouter un troisième statut : celui d' « *Internet standard* », qui est « réservé aux protocoles qui sont absolument nécessaires au fonctionnement de l'internet » ([en ligne] <ietf.org>) et qui est en quelque sorte au sommet de la « pyramide » des normes de l'IETF.

juridique. Si le RFC ne s'avère pas utile ou peu lisible — donnant lieu à des interprétations disparates et même contradictoires —, il sera retiré et un autre sera élaboré. Conformément à la politique défendue par l'IETF, tout standard en vigueur doit avoir une utilité et tous ceux qui ne correspondent à aucun besoin sont supprimés, cela afin de bénéficier d'un corpus normatif le plus efficient mais aussi le plus condensé possible.

Bien qu'évoluant très à l'écart des mécaniques institutionnelles et législatives « officielles », l'IETF est le « législateur de fait de l'internet »[1] et nombre des normes qu'elle a produites sont devenues des standards et gouvernent aujourd'hui le contenant des communications par internet, leurs qualités d'ouverture, d'utilité, d'opérabilité et de stabilité leur assurant le succès. Sans ces normes élaborées par l'IETF, l'internet ne fonctionnerait pas, n'existerait tout simplement pas, puisque ce sont ces standards qui assurent l'interopérabilité des réseaux et des services — on parle d' « auto-exécutabilité technique »[2]. Ce sont les groupes de travail de l'IETF qui sont à l'origine des standards de routage, de gestion de réseaux, de sécurité ou encore de qualité de service[3]. Un auteur peut voir dans cet organisme ni plus ni moins que la « clé du succès de l'internet »[4]. Il est vrai que, son rôle étant décisif quant aux protocoles et à leur évolution, il l'est forcément quant au réseau de réseaux dans son ensemble.

Et, avec l'IETF comme avec l'ISOC, l'idée de « droit souple » prend tout son sens. Où apparaît clairement combien le droit du contenant des communications par internet est particulier et conduit logiquement à une part très substantielle de droit d'origine privée, donc à une forme de prise de pouvoir par des sources privées relativement iconoclastes en ce qu'elles ne partagent que peu de points communs avec les sources du droit modernes.

Outre l'ISOC et l'IETF, le World Wide Web Consortium (W3C) témoigne également de cette apparition d'organes normateurs de formes tout à fait inédites.

---

[1] É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 7.

[2] *Ibid.*

[3] [en ligne] <ietf.org>.

[4] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 113.

III. ***Le World Wide Web Consortium (W3C).*** **–** Le W3C est indépendant de l'IETF et de l'ISOC — quand l'IETF est imbriquée dans l'ISOC. Alors que ces dernières s'attachent à l'internet, le W3C concentre son activité sur les standards et le langage multimédia qui font le web (« HTML », « XML » etc.), si bien qu'il est permis d'estimer que le W3C serait au web ce que l'IETF est à l'internet[1]. Défini tel un consortium[2] transnational — mais de droit américain — à but non lucratif qui fédère des acteurs privés et publics (environ 450 membres au total, y compris des entreprises telles que EDF ou Michelin), le W3C se propose d' « amener le web à son plein potentiel en développant des protocoles et des directives permettant [sa] croissance à long terme »[3].

Que des organismes publics soient ainsi représentés au sein d'une organisation privée est remarquable sous l'angle du renouvellement des sources du droit : alors que, classiquement, les procédures de production du droit comprennent des invitations lancées par des acteurs publics à des acteurs privés afin qu'ils participent à cette production, généralement sous la forme d'une simple consultation, c'est ici un acteur privé qui autorise des acteurs publics à s'inscrire en son sein, en tant que simples membres ordinaires, afin de pouvoir jouer un rôle, de manière plus ou moins efficace, dans le processus normatif. Il est alors tentant de conclure à une mise sous tutelle des institutions publiques, obligées d'accepter des orientations et des procédés décidés dans un cadre privé. Le W3C est un « club » ouvert à toute personne, éventuellement publique, qui veut et qui peut s'acquitter des droits d'adhésion[4]. Les États apparaissent ainsi telles des personnes ordinaires ou, du moins, aussi ordinaires que les entreprises

[1] Pour ne prendre qu'un exemple, c'est cet organisme qui a mis en place les normes « PICS » (*Plateform for Internet Content Selection*) permettant le filtrage automatique des contenus des services.

[2] Un consortium est une association. En France, le consortium n'a aucune existence en droit.

[3] [en ligne] <w3c.fr>. Le W3C affiche le slogan « le web pour tous et partout » (*ibid.*).

[4] Ces droits, substantiels, s'élèvent à 25 000 dollars par an en moyenne.

commerciales qui font partie du Consortium et qui y possèdent le même statut et les mêmes pouvoirs, la même capacité d'influence[1].

Reste que le W3C est un témoignage patent du renouvellement des sources du droit à la fois en termes quantitatifs et en termes qualitatifs. Depuis 1994, année de sa fondation par Tim Berners-Lee (principal artisan de la création du World Wide Web au tournant des années 1990), cet organisme fixe d'importantes normes à l'attention des acteurs du web, au premier rang desquels figurent les fabricants de navigateurs. Et ces derniers les respectent sans jamais les contester vraiment — ce qui serait une attitude très risquée à l'égard d'une communauté des internautes très attachée à l'indépendance du web[2].

Suivant les procédures propres au W3C — là encore tout à fait originales dans le paysage des sources du droit —, si un acteur du web propose de conduire une réflexion afin de créer ou de faire évoluer une norme, un appel est lancé à tous les membres afin de mettre en place un groupe de travail au sein duquel peut s'engager, sans filtre préalable, toute personne intéressée. Ensuite, alors qu'il est rare qu'un groupe de travail ne comporte aucun représentant de Google, Microsoft et autres Apple ou IBM, une telle évolution ou création normative n'est possible qu'à condition de trouver un point d'accord entre ces différentes parties qui, dans la vie économique, sont engagées dans de féroces batailles. Ce

[1] Et les piliers du W3C se résument à une dizaine de grandes entreprises du web hyperactives, à laquelle il est possible d'ajouter le MIT de Cambridge, l'Université Keiō au Japon, le Consortium européen pour la recherche en informatique et mathématiques ou encore l'INRIA (Institut international de recherche en informatique et en automatique, qui est un organisme public de recherche), lequel a été, en 1995, la première structure européenne à rejoindre le W3C. Ce sont pour l'essentiel ces acteurs là qui participent activement à la définition des standards qui constituent l'infrastructure technologique du web.

[2] Cela permet aux services d'être généralement accessibles, aujourd'hui, tant à travers Firefox de Mozilla qu'à travers Chrome de Google, Safari d'Apple ou Internet Explorer de Microsoft. L'intervention du W3C a été décisive dans l'histoire des services du web. En effet, durant les années 1990, le web a été divisé en deux camps du fait de la volonté des deux principaux fabricants de navigateurs de se constituer un public captif en créant des extensions HTML propriétaires et non interopérables. Se trouvait ainsi le camp de Microsoft (Internet Explorer) face au camp de Netscape (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 173). Cette « balkanisation » était clairement contraire à l' « esprit d'internet » et à ses principes fondateurs. Le W3C a permis d'y remédier.

système protège, *a priori*, le web des tentations des grandes firmes de détourner à leur profit les travaux du Consortium. Les standards que le W3C produit reçoivent ainsi l'assentiment des grands opérateurs de la communication par internet et sont largement effectifs, quand bien même ils n'ont, du point de vue des canons modernes du droit, qu'une valeur recommandatoire. C'est le propre de ce « droit souple » que d'être obligatoire de fait.

Ensuite, l'organisation du W3C repose elle aussi sur une répartition en groupes de travail chargés chacun de penser un point particulier de la technologie du web. Ces groupes sont réunis en activités, elles-mêmes associées au sein de pôles ; et la coordination est assurée par le « Groupe d'architecture technique » (W3C TAG). Mais il n'est pas utile de décrire plus en détails le fonctionnement du Consortium qui, s'il peut différer de celui de l'IETF et de l'ISOC sur différents points, est imprégné par le même esprit général et invite l'observateur à tirer de mêmes conclusions relativement aux nouvelles spécificités de la production privée du droit[1].

Tant le W3C que les autres organismes privés œuvrant à la normalisation de l'internet sont des structures institutionnellement remarquablement développées qui édictent des règles de droit de façon très originale. Ce droit s'applique essentiellement au contenant des communications, mais il n'est pas rare que des questions propres aux contenus soient aussi prises en main. Surtout, nombre de problématiques dont d'aucuns auraient pu attendre qu'elles soient saisies par les États et par les organisations internationales sont laissées à la charge de ces

[1] La principale différence est que le W3C, en raison des droits d'inscriptions qu'il impose, est peu ouvert aux associations et encore moins aux particuliers ; les entreprises commerciales y jouent un rôle encore plus important que dans l'ISOC et l'IETF. Néanmoins, les non membres peuvent suivre et même influencer l'élaboration des normes, des « brouillons de travail », des « appels à remarques » et des « recommandations proposées » étant publiés sur le site du Consortium à ces fins. Les interventions dans ce cadre sont toutefois peu productives et soumises à l'arbitrage des membres des groupes procédant aux travaux.

instances privées[1]. Le droit de la communication par internet est définitivement un droit à part, quant à son contenu mais aussi et surtout quant à ses modes d'élaboration, aussi et surtout quant à ses origines.

Un auteur dénombre plus de quarante structures privées participant à la « gouvernance de l'internet » telles que l'ISOC, l'IETF ou le W3C[2]. Mais elles jouent des rôles d'importances inégales et il n'est pas lieu de les présenter plus avant en ces pages. Simplement faut-il encore signaler, à titre de dernière illustration, la position cardinale de l'IEEE (« Institute of Electrical and Electronics Engineers », *i.e.* « Institut des ingénieurs électriciens et électroniciens »), dont l'influence dans la construction du droit de l'internet est forte. Notamment, cet institut a été le lieu d'élaboration des standards des technologies Wi-Fi, WiMax et Bluetooth. Si l'internet n'est qu'une partie des sujets dont il traite, l'IEEE, avec environ 800 standards actifs, 700 groupes de travail et quelques 360 000 membres, est un organisme de normalisation de tout premier ordre[3].

Ensuite, le droit d'origine privée de la communication par internet se retrouve aussi pour une part dans les conditions générales d'utilisation imposées par les services du web. Si ces conditions sont acceptées contractuellement, au moment de l'inscription au service, leur contenu peut être analysé comme ayant une portée générale dès lors qu'il s'applique à tout utilisateur sans exception. Ces actes normatifs hybrides méritent toute l'attention au sein d'une étude relative au

---

[1] Ainsi le W3C est-il au cœur des régimes juridiques relatifs à la protection de la vie privée ou à l'accessibilité des services immatériels aux personnes handicapées, autant de sous-branches du droit qui, normalement, sont supposées être l'apanage des sources publiques.

[2] J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 191.

[3] Deux « sociétés savantes » (sur trente-huit) de l'IEEE sont particulièrement impliquées dans la standardisation des outils de l'internet : la « Computer Society » et la « Communication Society ». Or les experts qui les composent travaillent eux aussi dans un cadre privé, loin des États. Et peut être noté que la dimension transnationale ou internationale de l'IEEE est toute relative : celui-ci se décompose en dix sections locales dont sept correspondent au seul territoire nord-américain. L'Europe, quant à elle, est incorporée dans la section 8 « Europe, Moyen Orient, Afrique ». Les États-Unis et le Canada ont ainsi la mainmise sur le Comité directeur de l'IEEE.

renouvellement des sources du droit, car le contexte du cyberespace permet aux services d'imposer à travers eux leur propre droit, un droit souvent empreint d'une idéologie particulière supposée au moins interroger les pouvoirs publics.

d. Les contrats-types imposés par les principaux services du web

Une part non négligeable des règles s'imposant aux utilisateurs de l'internet est contenue dans les *conditions générales d'utilisation* des sites web, que l'utilisateur doit « accepter » pour pouvoir utiliser le service, qu'il s'agisse d'un service de commerce à distance ou d'un service de réseautage social. Ce sont ces conditions générales d'utilisation qui sont, en ces lignes, visées par l'expression « contrats-types », plus que les *modèles de contrats* que les parties se bornent à remplir pour individualiser les conventions et qui contribuent à standardiser de nombreuses opérations juridiques[1], cela même si de tels modèles de contrats existent en matière de relations immatérielles, spécialement concernant les transactions commerciales.

Les contrats-types, dont les contrats « *creative commons* » sont un premier exemple remarquable (I) et qui sont *de facto* situés *à cheval entre le contrat et le règlement* (II), correspondent principalement aux conditions d'utilisation des services de communication par internet. Celles-ci sont peut-être symptomatiques du droit transnational, si ce n'est de l' « américanisation » du droit et de ses sources (III).

I. ***Les contrats-types « creative commons », un droit parallèle au grand succès.*** **–** Le « contrat d'édition à l'ère du numérique », établi en 2013[2], est un

[1] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 88 ; J. LEAUTÉ, « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953, p. 429 s.

[2] Le Syndicat national de l'édition et le Conseil permanent des écrivains ont signé, le 21 mars 2013, l'accord-cadre relatif au contrat d'édition à l'ère du numérique, lequel se concrétise par le projet « ReLire » (donnant accès aux versions numériques d'ouvrages publiés du XX^{e} s. mais désormais indisponibles en version papier). Ce nouveau contrat d'édition, unique, comprend obligatoirement une partie spécifique pour le numérique.

exemple de contrat standardisé mais néanmoins modulable en quelques points en fonction des identités et des besoins des parties. Il est significatif que, selon la ministre de la culture d'alors, Aurélie Filippetti, il s'agirait là d'une « réforme audacieuse, d'une ampleur inédite depuis 1957 »[1] — date de la grande loi réformatrice du droit d'auteur en France — ; or, à cette époque, *les pouvoirs publics recouraient préférablement à la loi, non au contrat-type privé*. Peut-être quelque changement dans la psyché collective des gouvernants transparaît-il à travers ces paroles d'une jeune ministre. En tout cas cela tend-il à confirmer le renversement du rapport de forces entre droit d'origine publique et droit d'origine privée en même temps que le profond renouvellement des sources du droit.

Ensuite, les contrats-types dits « *creative commons* »[2] sont une illustration très révélatrice de la concurrence — et non cette fois de la coopération — entre droit d'origine étatique et droit d'origine privée. Alors que l'État a, de longue date, érigé un cadre juridique relativement complet et généralement d'ordre public, donc indérogeable, en matière de créations intellectuelles, les auteurs d'œuvres diffusées au moyen de l'internet préfèrent dans nombre de cas s'inscrire dans le cadre de ce droit d'origine privée que forment les *creative commons*. Cela est relativement iconoclaste juridiquement : à l'ère pré-internetique, les auteurs d'œuvres de l'esprit ne contestaient que rarement le droit d'auteur étatique et, lorsqu'ils le contestaient, ils s'y conformaient néanmoins.

« Initiative de la société civile des internautes »[3] inspirée par le modèle des logiciels libres et de l'*open source*, Creative Commons, organisation à but non lucratif installée à San Francisco qui a pour dessein de « faciliter la diffusion et le partage des œuvres tout en accompagnant les nouvelles pratiques de création à

[1] Cité par P. SAMARA, « Éditeurs et écrivains signent le contrat d'édition à l'ère numérique », [en ligne] <01net.com>, 21 mars 2013.

[2] Une expression qui se rapporte à l'idée de « biens communs » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, op. cit.*, n° 2901), qui n'est guère une nouveauté dans l'histoire politique des sociétés.

[3] D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 10.

l'ère numérique »[1], propose des contrats flexibles de « droit d'auteur », allant jusqu'à la « licence libre »[2], pour diffuser les créations en ligne[3]. Ceux, chaque jour un peu plus nombreux, qui privilégient ces contrats par rapport au droit de la propriété intellectuelle d'origine étatique ne font pas autre chose que donner de la force aux sources privées du droit tout en en retirant à ses sources publiques[4]. Et des auteurs de considérer que ce serait au droit étatique, par trop « crispé sur ses principes »[5] et par trop incapable, du fait de sa complexité, de suivre le rythme

[1] [en ligne] <creativecommons.fr>.

[2] Les licences libres sont définies comme « les licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originelle que de ses dérivés » (M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, th., Université de Montpellier, 2006, n° 134 (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2902)). Le licencié peut modifier l'œuvre ou le logiciel avant de la/le diffuser à son tour, sans être en revanche autorisé à restreindre les droits et les libertés des futurs licenciés par rapport aux droits et liberté dont il bénéficie.

[3] Creative Commons, projet initié par le Stanford Law School Center for Internet and Society en 2001, a lancé la première version de ses licences en 2002. Sont proposées gratuitement six licences qui permettent aux auteurs d'œuvres de l'esprit de mettre leurs créations à disposition du public à des conditions prédéfinies et variables en fonction des envies. Beaucoup plus simple à comprendre et à appliquer que le droit d'auteur étatique, le droit des *creative commons* permet d'autoriser le public à procéder à certaines utilisations, tout en ayant la possibilité de réserver les exploitations commerciales, la création d'œuvres dérivées ou les conditions de redistribution. Les quatre prérogatives que les auteurs peuvent attacher ou non à leurs créations sont : « *Attribution* » (respect de la paternité de l'auteur initial en accompagnant l'œuvre de son nom (sigle : BY)) ; « *Non commercial* » (interdiction de tirer un profit commercial de l'œuvre sans autorisation de l'auteur (sigle : NC)) ; « *No derivative works* » (interdiction d'intégrer tout ou partie de l'œuvre dans une œuvre composite ou de créer une œuvre dérivée (sigle : ND)) ; « *Share alike* » (partage de l'œuvre obligatoirement sous la même licence (sigle : SA)). *Cf.* [en ligne] <creativecommons.org> ; [en ligne] <creativecommons.fr> ; également, M. DULONG DE ROSNAY, « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvres en ligne – À propos de Creative Commons », *RLDI* 2005, n° 2, p. 35 s.

[4] Si les contrats *creative commons*, qui dans certaines versions renient tout droit à l'intégrité de l'œuvre et tout droit à la paternité, sont peu ou prou compatibles avec le modèle américain du Copyright, qui ne laisse que peu de place aux droits moraux des auteurs, il en va différemment relativement au droit d'auteur tel qu'il est consacré notamment en France (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2907-2908).

[5] *Ibid.*, n° 2908.

des évolutions technologiques[1], de s'adapter à l'évolution privée du droit et non l'inverse[2], les *creative commons* étant « un cas typique d'autorégulation du monde de l'internet et un observatoire privilégié des pratiques de gouvernance »[3].

Témoignent également du déploiement d'un droit d'origine privée éloigné du droit des États les conditions d'utilisation des services du web, lesquelles touchent un nombre gigantesque d'individus et s'analysent en tant que règlements au moins autant qu'en tant que contrats.

II. ***Les conditions d'utilisation des services du web, des règlements autant que des contrats.*** **–** Avec les contrats-types des services (notamment du web 2.0), appelés aussi « contrats d'adhésion », aucune individualisation de la convention n'est envisageable. Par conséquent, les règles portées par ces contrats-types peuvent être comprises comme ayant une portée générale plutôt que comme ayant une portée individuelle, bien qu'elles soient acceptées contractuellement, individuellement par chaque utilisateur[4], et bien que la jurisprudence retienne logiquement que, en l'absence de relations contractuelles, les conditions générales d'utilisation d'un site ne sont pas opposables à des tiers[5]. Tandis que les normes de ces « contrats » ne sont en aucun cas négociées entre les parties et que leur force obligatoire est reconnue tant par les juges que par la doctrine[6], la réalité est bien qu'elles sont imposées unilatéralement. Les rédacteurs de

---

[1] L. LESSIG, « Foreword », in D. BOURCIER, M. DULONG DE ROSNAY, dir., *International Commons at the Digital Age ou la création en partage*, Romillat, 2004 (cité par D. BOURCIER, *op. cit.*, p. 2).

[2] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2908.

[3] D. BOURCIER, *op. cit.*, p. 2. Faut-il rappeler, avec Carbonnier, que « la société peut toujours trouver la régulation qu'elle demande dans un autre système normatif » que le droit étatique (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 122) ?

[4] *Cf.* G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, p. 1233 s.

[5] CA Paris, 23 mars 2012, *Ryanair c/ Opodo* ; TGI Paris, 3e ch., 9 avr. 2010, *Ryanair c/ Opodo*. En l'espèce, Ryanair reprochait à Opodo la violation de ses conditions générales d'utilisation qui indiquent que « Ryanair n'autorise aucun site internet à vendre ses vols ». Les juges ont estimé que ce document normatif n'est applicable qu'aux acheteurs de billets et non aux intermédiaires comme Opodo, tiers au contrat.

[6] *Cf.* J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 24-25.

contrats-types exercent un pouvoir règlementaire de fait[1]. De plus, certains services sont devenus tellement centraux dans la vie sociale de nombre d'individus que leurs conditions générales d'utilisation s'apparentent à de véritables lois qu'il est impossible de refuser puisqu'il est impossible de vivre en se passant de ces services.

Or le contenu normatif des contrats-types des services du web est largement indifférent au cadre *jus*-étatique. Il semble que les entreprises en cause arrêtent le droit applicable aux utilisateurs des services qu'ils proposent en ne se souciant que peu du droit d'origine étatique déjà existant et avec lequel leurs droits propres peuvent entrer en contradiction[2]. Toutefois, cela se vérifie davantage concernant les services de réseautage social, qui se donnent leur propre droit de la propriété intellectuelle[3] ou encore leur propre droit des données personnelles[1],

---

[1] J. GHESTIN, *Traité de droit civil – t. II : Les obligations, le contrat*, 4e éd., LGDJ, 1994, n° 62 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 88). Un parallèle peut être établi avec les contrats collectifs de travail dont Léon Duguit disait qu'ils constituent une « véritable loi qui s'appliquera non seulement à ceux qui font partie de ces groupes au moment de la convention, mais encore à ceux qui en feront partie plus tard » (L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 129 (cité par S. ROMANO, *op. cit.*, p. 93)).

[2] Sous un angle philosophique, Proudhon soutenait la supériorité du contrat sur la loi étatique (P.-J. PROUDHON, *Du Principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le Parti de la Révolution*, Dentu, 1863 ; A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme – Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses universitaires de Rennes, 2004.). Avec le droit de la communication par internet, cette supériorité devient une réalité, les droits et devoirs des internautes étant arrêtés par des dispositions contractuelles à portée collective autant que par des dispositions légales et règlementaires.

[3] Ainsi, « en soumettant, postant ou publiant des contenus sur ou par le biais des services, vous nous accordez une licence mondiale, non exclusive, gratuite, incluant le droit d'accorder une sous-licence, d'utiliser, de copier, de reproduire, de traiter, d'adapter, de modifier, de publier, de transmettre, d'afficher et de distribuer ces contenus sur tout support par toute méthode de distribution connue ou amenée à exister. Vous consentez à ce que cette licence comprenne le droit pour Twitter de fournir, de promouvoir et d'améliorer les services et de mettre les contenus publiés ou transmis au travers des services à disposition d'autres sociétés, organisations ou individus en partenariat avec Twitter pour l'agrégation, la diffusion, la distribution ou la publication de ces contenus sur d'autres supports, médias et services. […] Nous pouvons modifier ou adapter vos contenus afin de les transmettre, afficher ou distribuer sur des réseaux informatiques et sur différents médias » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 5). Quant aux « Condition générales d'utilisation de facebook.com », elles comportent une stipulation

que concernant les services de e-commerce, sur lesquels la pression du droit de l'État pèse de manière nettement plus forte.

Tant quantitativement que qualitativement, les conditions d'utilisation n'en sont pas moins des acteurs notables du renouvellement des sources du droit. Aujourd'hui, d'aucuns n'hésitent plus à parler de véritables « *lex Facebook* » et « *lex Twitter* »[2]. Ces « lois » des réseaux sociaux en ligne interrogent à de multiples points de vue et en premier lieu sous l'angle de la légitimité des normes

---

proche : « Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos, vous nous donnez spécifiquement la permission suivante : vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle) » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 2-1). Les tribunaux déclarent logiquement pareille stipulation non écrite car illégale. Mais elle n'est illégale que dans l'espace étatique du droit et qu'elle soit parfaitement acceptable dans l'espace privé du droit semble être d'autant de poids, en tout cas aux yeux de ses rédacteurs. Reste que les juges condamnent les cessions de droits sur les contenus postés par les internautes, figurant dans les conditions générales d'utilisation des sites du web 2.0. L'article 10 des « Conditions générales d'utilisation de youtube.com » prévoit que le fait d'afficher ou de charger une contribution sur le service de vidéos conduit à lui concéder un droit non exclusif de reproduction, d'utilisation, de distribution, de représentation ou d'exécution dudit contenu, mais aussi de création d'une œuvre dérivée. Aux yeux du tribunal, « cette clause inscrite dans des conditions d'utilisation qui ne sont pas négociées par l'internaute est contestable au regard du droit d'auteur faute de préciser les limites temporelles et spatiales de la cession et de répondre aux critères de la cession à titre gratuit » (TGI Paris, 3e ch., 1ère sect., 29 mai 2012, *TF1 et autres c/ YouTube*).

[1] Quant à la problématique des données personnelles, centrale en matière de droit du contenu des communications par internet, il n'est guère surprenant de trouver la stipulation (ou disposition) selon laquelle, « quand vous utilisez un de nos services, vous consentez à ce que nous collections, transférions, manipulions, conservions, divulguions et que nous procédions aux autres traitements de vos informations », cela non dans des conditions générales d'utilisation mais dans une atypique « Politique de vie privée de twitter.com » que l'utilisateur accepte en même temps qu'il accepte les conditions générales d'utilisation du service. Ainsi, derrière un texte à part dont l'intitulé peut laisser croire que l'entreprise aspire à mieux protéger les données personnelles des individus qui lui font confiance et qui recourent à ses services, c'est en réalité un total abandon de toute protection de ces données qui est concédé, cela sans égard aucun pour les régimes juridiques potentiellement très protecteurs édictés par les États.

[2] F. LATTY, *op. cit.*, p. 60.

qu'elles portent[1]. Les conditions d'utilisation des services du web sont un défi lancé au droit et aux droits. L'audace juridique des services de communication par internet semble proche d'être illimitée ; or elle s'explique peut-être par un sentiment de non infériorité par rapport à l'État en termes de puissance, c'est-à-dire de capacité factuelle à exercer une contrainte et à guider les comportements[2]. Au sens de ces services, les lois des États sont des données à prendre en compte mais qui sont loin de s'imposer et qu'il est possible d'ignorer ou de contourner à loisir ou presque. Ainsi, sans autre forme de procès, le droit étatique est rendu

[1] Or beaucoup des utilisateurs des services en cause ont paraphé leurs conditions générales d'utilisation sans en prendre, ne serait-ce que partiellement, connaissance. Cela conduit parfois les juges à refuser de donner force de loi au contrat, considérant que le consentement de l'utilisateur serait vicié puisqu'a été accepté un corpus de règles sans en connaître le contenu. Par exemple, CA Pau, 1ère ch., 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*. La cour fonde sa décision sur l'absence de consentement à la clause litigieuse, réputée non écrite car l'internaute ne s'est pas engagé en pleine connaissance de cause. Elle déplore qu' « il suffit d'une simple et unique manipulation lors de l'accès au site (clic) et non d'une signature pour que le consentement de l'utilisateur soit considéré comme acquis, ce qui suppose que l'attention de celui-ci soit particulièrement attirée sur la clause dont se prévaut la société Facebook ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque lors de cette manipulation la clause n'est pas facilement identifiable et lisible ». En outre, les « Conditions générales d'utilisation de twitter.com » comportent également la disposition suivante : « Cette traduction est mise à disposition pour votre convenance. La version anglaise servira de référence en cas de conflit entre la traduction et la version originelle » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », disposition préliminaire). Ainsi les utilisateurs signent-ils une version d'un contrat tout en n'ayant accès qu'à une autre version de ce contrat, potentiellement divergente, ce qui, dans le cadre du droit étatique tout du moins, devrait être un vice rendant le contrat caduc.

[2] Quelques illustrations concrètes permettent de saisir les dimensions du défi lancé au droit de l'État par les conditions générales d'utilisation des services les plus populaires du web. Les « Conditions générales d'utilisation de twitter.com », tout d'abord, prévoient qu' « EN AUCUN CAS LE MONTANT TOTAL DES DOMMAGES INTÉRÊTS AUXQUELS LES ENTITÉS TWITTER POURRAIENT ÊTRE CONDAMNÉES AU TITRE DE LEUR RESPONSABILITÉ NE POURRA DÉPASSER LE MONTANT DE CENT DOLLARS AMÉRICAINS » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 11-C (majuscules dans le texte original)). Aux yeux de la plupart des juristes, il revient évidemment au juge et non à la partie condamnée de décider de la peine et du montant des éventuels dommages et intérêts dès lors qu'il ne s'agit pas de pénalités contractuelles.

inapplicable et les juridictions des États sont rendues incompétentes par une simple stipulation (ou disposition) contractuelle[1].

Le « Contrat de service Microsoft » prévoit que « vous acceptez et reconnaissez *implicitement* que Microsoft peut accéder à, divulguer ou préserver les informations associées à votre utilisation des services, *notamment* (*sans limitation*) vos informations personnelles et votre contenu ou les informations que Microsoft acquiert vous concernant par le biais de votre utilisation des services (par l'adresse IP *ou via d'autres informations tierces par exemple*)

[1] Les « Conditions générales d'utilisation de twitter.com » précisent : « Ces conditions et toute action judiciaire engagée en relation avec ces conditions sont régies par les lois de l'État de Californie des États-Unis d'Amérique sans considération et sans faire application des dispositions légales de votre État ou de votre pays de résidence relatives aux conflits de lois. Toutes les réclamations, poursuites judiciaires ou litiges en relation avec les services seront portés exclusivement devant les tribunaux fédéraux ou d'État situés dans le county de San Francisco en Californie, États-Unis. Vous acceptez la compétence matérielle et territoriale de ces tribunaux et renoncez à toute objection à ce titre » (*ibid.*, art. 12-B). Comme celles de twitter.com, les « Conditions générales d'utilisation de facebook.com » conviennent que « vous porterez toute plainte afférente à cette déclaration ou à Facebook exclusivement devant les tribunaux d'État et fédéraux sis dans le comté de Santa Clara, en Californie. Le droit de l'État de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de conflit de lois. Vous acceptez de respecter la juridiction des tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 16-1). Une telle norme n'est valide que dans le système juridique privé construit autour de ce contrat standard, aucunement à l'intérieur des ordres juridiques étatiques avec lesquels il entre en conflit sur divers points. Doit être rappelé que, en vertu de l'article 48 du Code de procédure civile, « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Aussi les juges refusent-ils d'appliquer cette disposition contractuelle — selon laquelle ils devraient systématiquement se déclarer incompétents — et s'attachent-ils aux lois solutionnant les difficultés de droit international privé. Par exemple, CA Pau, 1ère ch., 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*. Ici, la clause des conditions générales d'utilisation de Facebook qui donne compétence aux tribunaux de Californie pour tous litiges est déclarée inapplicable et l'affaire est renvoyée devant la juridiction française parce que, selon la cour, les tribunaux français sont parfaitement compétents pour connaître du litige en application de l'article 46 du Code de procédure civile qui dispose que le demandeur peut saisir le tribunal du lieu où le dommage a été subi.

lorsque Microsoft estime en toute bonne foi que cela est nécessaire »[1]. Autant de termes et d'expression imprécis qui amènent à conclure que ce n'est rien d'autre que le droit suivant qui est concédé à la multinationale de l'informatique par ceux qui contractent avec elle : « Vous nous autorisez à faire ce que nous voulons de vos données personnelles ». Une telle prérogative est impossible à céder dans le cadre du droit étatique. Mais il faut croire que le droit applicable aux services « essentiels » du web est moins celui établi par les États que celui qu'ils ont eux-mêmes établi, en tout cas de leurs points de vue respectifs. En définitive, ces entreprises paraissent profiter d'une souveraineté ou, du moins, paraissent revendiquer une souveraineté (*i.e.* un « droit au droit ») équivalente à celle dont jouissent les États. Cela ne peut qu'engendrer un profond renouvellement des sources du droit par l'explosion des sources privées et par la concurrence entre puissances privées et puissance publique.

Et les contrats-types semblent se situer au centre du droit transnational, au centre de ces normes d'origine privée para-étatiques peut-être appelées à cannibaliser chaque jour davantage le droit.

III. ***Les contrats-types, des actes normatifs au cœur du droit transnational.*** **–** Selon le Professeur Jean-Louis Bergel, les contrats-types, souvent élaborés par les multinationales américaines, contribuent à mettre en place un véritable cadre juridique transnational[2]. Et l'auteur d'évoquer jusqu'à l' « hégémonie des contrats-types dans le droit global »[3]. Ce droit d'origine privée n'est pas neutre ; il tend à confirmer l' « américanisation du droit » que d'aucuns observent — par exemple à travers le succès des contrats *creative commons* précédemment évoqués[4] —, soit le triomphe des grands principes du libéralisme juridique et du *common law* sur le *civil law* européen[5]. À nouveau, le défi lancé aux sources du

[1] « Contrat de service Microsoft », art. 5.3.

[2] J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2168.

[3] *Ibid.*

[4] Par exemple, D. BOURCIER, *op. cit.*, p. 10.

[5] Notamment, *Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit » ; É. ZOLLER, « États-Unis (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 653 (qui observe l' « influence de la culture

droit modernes apparaît important, celles-ci subissant les mouvements bien plus qu'elles ne les guident[1].

Que les derniers manuels de « droit de la communication par internet » comportent, en guise d'annexes, outre la Netiquette[2] — à laquelle nombre de contrats d'adhésion à des services renvoient, lui conférant force obligatoire[3] —, non quelques textes de lois mais les conditions générales d'utilisation de Firefox, Yahoo!, Gmail, Facebook et Canalblog[4] est tout à fait significatif. Cela traduit le fait que ce sont bien celles-ci qui, plus que des lois pourtant existantes, sont au centre des régimes juridiques applicables au cyberespace.

Il arrive cependant que le droit d'origine privée ne soit pas le fruit du développement de certaines activités normatives en marge des États mais plutôt celui d'un choix étatique assumé de déléguer le soin de produire le droit à certaines sources privées précisément choisies et éventuellement en conservant un certain droit de regard sur leurs productions normatives — en quoi réside la différence entre autorégulation et corégulation telle que comprise en ces pages. L'ICANN, qui est peut-être l'organisation privée la plus centrale de tout le droit de la communication par internet, en paraît être le meilleur témoignage. Seulement cette organisation, qui est au cœur d'un droit parfaitement transnational, est-elle la conséquence de décisions opérées par un seul et unique

---

juridique américaine sur la plupart des systèmes juridiques contemporains ») ; É. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004 ; L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 285 s.

[1] Pour le Professeur Jean-Louis Bergel, il faudrait trouver les moyens de limiter ou contrer l' « unilatéralisme outrancier des droits anglo-américains » (J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, p. 2168), lesquels se résument, pour une bonne part, à un droit d'origine privée, à un « droit sans les États » (L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *op. cit.*, p. 285 s.).

[2] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 335 s.

[3] Les conditions générales d'utilisation des fournisseurs d'accès, des hébergeurs et de divers autres portails font très souvent référence à la Netiquette dont le non-respect par l'utilisateur peut entraîner la suspension ou la suppression de son compte.

[4] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 339 s.

État : les États-Unis d'Amérique. Elle n'en est pas moins ô combien révélatrice des mouvements qui s'opèrent parmi les modes de production des règles de droit.

2. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre de corégulation

L'objet des prochaines pages résidera notamment dans les organisations de droit privé spécifiques qui ont été mises en place à l'initiative des autorités publiques françaises et qui, ainsi, concrétisent ou ont concrétisé l'idée de corégulation (c). Également, l'ICANN devra être envisagée (b), celle-ci constituant peut-être l'exemple le plus important, tant elle se trouve au cœur du droit de la communication par internet, d'édiction privée de normes avalisée par un ou des État(s). Mais, avant d'ainsi l'illustrer concrètement, il convient de présenter plus généralement cette corégulation historiquement liée au droit de la communication par internet et qui est un foyer incontournable du renouvellement des sources du droit (a). La corégulation pourrait être une clé importante du fonctionnement et donc de la compréhension du « droit de demain ».

a. Le droit de la communication par internet, matière caractéristique de la corégulation

Si la corégulation est intimement attachée à la communication par internet et s'est développée en même temps qu'elle (II), son bilan est néanmoins contrasté (III). Mais encore faut-il, avant d'interroger de la sorte la réalité de la corégulation, poser la question de sa signification (I). Si la corégulation est l'avenir des sources du droit au moins autant que l'autorégulation, alors cette question n'est pas sans importance.

I. ***Le cyberespace, terre d'élection d'une corégulation au sens incertain.*** – Lorsque les sources privées édictent du droit avec l'aval ou à l'initiative des pouvoirs publics, les conséquences à tirer quant à l' « état de l'État » diffèrent sensiblement par rapport à la situation dans laquelle ces sources s'inscrivent dans

un parfait cadre d'autorégulation et font œuvre solitaire, loin de toute relation avec les institutions publiques. Le contrat est peut-être la façon la plus classique pour un État de déléguer aux personnes privées la capacité de créer « officiellement » du droit[1]. Quand les parties contractent sous le couvert du Code civil, elles « poursuivent et développent l'œuvre de création du droit commencée par le législateur. Leurs actes sont donc concurremment des actes de création et d'exécution »[2]. Les individus sont alors de véritables « organes de l'État »[3].

Aussi semble-t-il nécessaire de séparer les codes de conduite privés accueillis par l'ordre juridique étatique et les codes de conduite privés élaborés sans aucun égard pour l'État et sans aucun regard de l'État[4]. Mais le droit produit dans le cadre de la corégulation est autant que le droit produit dans le cadre de l'autorégulation *un droit formellement d'origine privée*, établi non par quelque organe public que ce soit, en suivant des procédures « officielles » et constitutionnelles, mais par des associations et autres organismes privés.

Outre la valeur de « loi » expressément attribuée par l'article 1103 du Code civil aux contrats « légalement formés », les témoignages de droit d'origine privée accueilli par et dans l'ordre juridique étatique, l'État se faisant alors « État

---

[1] « Lorsque, écrivait Kelsen, la loi prescrit qu'à la suite d'un accord conclu entre personnes privées, les parties contractantes auront le devoir de se comporter conformément à leur accord, faute de quoi le contractant qui contrevient à cet accord sera, s'il est actionné en justice par l'autre partie, soumis à une procédure d'exécution, il faut nécessairement admettre que par cette prescription *la loi a conféré aux particuliers le pouvoir de créer du droit* » (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Springer Verlag (Berlin), 1925, p. 236 (non souligné dans le texte original ; cité par R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 73-74)). En théorie du droit aussi, les normes d'origine privée créées avec l'autorisation de l'État sont incomparables à celles qui sont créées sans pareille habilitation. Dans le premier cas, elles intègrent la « pyramide », se situant à son pallier avec les décisions administratives et juridictionnelles ; dans l'autre cas, elles demeurent *à l'extérieur de la « pyramide »* et, dès lors, ne sont pas juridiques aux yeux du théoricien normativiste.

[2] R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 74.

[3] H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 263 (cité par R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 74).

[4] N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 20.

réflexif ou incitateur »[1], ne manquent pas[2]. Il arrive que la loi consacre l'obligation pour une organisation privée de règlementer un domaine donné[3]. À l'inverse, des organismes privés, parfois, entendent bénéficier de l'aval des autorités publiques et leur soumettent, pour ce faire, leurs futurs codes et autres chartes[4]. Peut-être faut-il considérer que, dans pareille situation, il s'agit aussi de

---

[1] A. FLUCKIGER, « L'autorégulation provoquée ou la loi "Damoclès" : une forme de corégulation en droit suisse », in J.-L. BERGEL, dir., *op. cit.*, p. 323.

[2] C'est d'ailleurs de manière très classique que le législateur renvoie à la pratique le soin de compléter ou même de préciser, sur un point précis ou éventuellement de façon générale, la loi. Et toutes les *règles supplétives de volonté* sont des autorisations données aux individus d'édicter leurs droits, à l'instar du principe de l'autonomie de la volonté consacré en droit international privé par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (permettant de placer un contrat sous l'empire d'un droit étatique qui ne s'y rattache par aucun lien objectif), lequel est à l'origine du fait que les opérateurs du commerce international sont leurs « propres législateurs » (É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, p. 96 ; également, É. LOQUIN, L. RAVILLON, *op. cit.*, p. 45 s.). Quant à la convention collective de travail, elle se présente tel l' « exemple le plus achevé de *législation privée* » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 39 (non souligné dans le texte original)), spécialement dès lors que c'est non la loi mais le préambule de la Constitution de 1946 qui consacre le droit des salariés à participer à la gestion des entreprises. Le droit des ordres professionnels (médecins, avocats, architectes etc.) est une autre illustration peut-être pertinente, tandis que, en matière de droit des médias, le droit de la communication audiovisuelle français comporte un grand nombre de chartes privées, celles-ci constituant un outil privilégié aux yeux du CSA. Peuvent être citées, à titre d'exemples, la « Charte visant à promouvoir une alimentation et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision » du 18 février 2009, la « Charte sur la protection de l'enfant dans les médias » du 21 février 2012 ou encore la « Charte relative à l'annonce des programmes » du 4 octobre 2012, construite par le CSA, la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société civile des auteurs multimédias et les dirigeants des chaînes de télévision. Par ailleurs, il est remarquable que l'article 14 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *Relative à la liberté de communication* consacre légalement le recours à l'ARPP de la part du CSA pour la vérification avant diffusion de la publicité télévisée.

[3] *Cf.* A. FLUCKIGER, *op. cit.*, p. 321-322 ; L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *op. cit.*

[4] Ainsi les projets de « code de déontologie de l'e-mailing » élaborés par le SNCD (Syndicat national de la communication directe) et par l'UFMD (Union française du marketing direct) ont-ils été soumis à la CNIL qui les a « validés » (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40). L'auteur observe que « cette reconnaissance n'a pas de réelle conséquence juridique mais est un gage de l'attention des acteurs aux questions de vie privée et un élément de crédibilité de ceux-ci auprès des utilisateurs. […] L'avis de la CNIL s'inscrit dans un processus très souple et non contraignant et ne

corégulation, quand bien même ce sont des personnes privées qui en sont à l'origine. Mais ladite situation se présente dans tous les cas rarement. Le plus souvent, les autorités étatiques — et les autorités publiques en général, cela se retrouvant de manière très prégnante au niveau de l'Union européenne[1] —

---

s'apparente pas à une "homologation" aux conséquences juridiques fortes ». Le fondement juridique de la demande était l'article 11 de la loi « Informatique et libertés » qui confie notamment à la CNIL un rôle nouveau à l'égard des règles professionnelles en prévoyant que, « à la demande d'organisations professionnelles ou d'institutions regroupant principalement des responsables de traitements : […] elle donne un avis sur la conformité aux dispositions de la présente loi des projets de règles professionnelles et des produits et procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel, ou à l'anonymisation de ces données ».

[1] En effet, à ce niveau, il est fréquent que les actes juridiques régissant le domaine des communications par internet insistent sur la nécessité de l'élaboration de codes de conduite par les acteurs concernés. L'exemple de la directive « commerce électronique » peut être cité, elle qui, dans son chapitre III sur la mise en œuvre du texte, incite à l'édiction, par les associations ou organisations d'entreprises ou de consommateurs, de codes de bonne conduite destinés à participer de sa bonne application (PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*). De même, la directive de 2004 sur la protection de la propriété intellectuelle encourage l'élaboration de codes privés destinés à protéger les droits de propriété intellectuelle (PE et Cons. CE, dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, *Relative au respect des droits de la propriété intellectuelle*). Il est, en outre, remarquable que la communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique du 3 janvier 2008 faisait état de l' « opportunité d'encourager la mise en place de procédures de coopération ("codes de bonne conduite") entre fournisseurs d'accès et de services, titulaires des droits et consommateurs afin de garantir une offre en ligne diversifiée et attrayante, des services en ligne conviviaux, une protection adéquate des œuvres protégées par des droits d'auteurs, une sensibilisation à l'importance des droits d'auteur pour assurer la disponibilité des contenus et une coopération renforcée pour lutter contre le piratage et le partage illicite des fichiers ». Également, un accord européen ayant pour objectif de favoriser un usage protégé du web 2.0 a été signé en février 2009, dans le cadre de la « Journée pour un Internet plus sûr » organisée par la Commission européenne. À la demande de la Commission européenne, dix-sept sites collaboratifs, recouvrant des pratiques très diverses, ont conclu cet accord portant sur la protection des jeunes internautes. Et des auteurs de noter : « La plupart des domaines abordés par les textes européens font l'objet de dispositions promouvant clairement l'autorégulation » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide, op. cit.*, n° 4708), ce qui doit se comprendre, en cette thèse, comme une promotion de la corégulation davantage que comme une promotion de l'autorégulation, celle-ci ne pouvant pas être, au sens strict, initiée par les pouvoirs publics. Enfin, peut être relevé également que le Conseil de l'Europe est lui aussi largement favorable à l'encouragement de

incitent ou encouragent simplement des organisations privées à établir des règles générales afin de gouverner leurs activités ; étant entendu que la seule abstention de toute intervention, le seul silence des jurislateurs publics, ne saurait être analysé comme une invitation à faire œuvre normative lancée aux acteurs privés ; *une telle incitation émane nécessairement d'un ou plusieurs actes positifs*, par exemple en instituant un « comité de suivi » chargé d'évaluer la pertinence du choix de recourir à un instrument de corégulation.

La corégulation se déploie tout spécialement en matière de droit de la communication par internet, si bien que cette branche du droit serait un lieu au sein duquel pourrait mieux qu'ailleurs s'observer le renouvellement des sources du droit dans ses différentes facettes.

II. ***Le cyberespace, terreau fertile pour l'essor de la corégulation.*** **–** Les exemples de corégulation des activités de l'internet sont nombreux[1] et, en 2008, on pouvait déjà décrire la situation suivante : « Les initiatives foisonnantes du très actif secrétaire d'État chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique donnent une actualité nouvelle [aux codes et chartes privés]. Ici, ce dernier presse les sites comparateurs de prix d'élaborer une charte déontologique, et là, dans le cadre des "assises du numérique", il ne propose rien de moins que la rédaction de deux chartes : une charte du respect des contenus sous droits et une charte de bonnes

l'édiction de codes de conduite privés. Notamment, la « Déclaration sur la liberté de communication sur l'internet » du 28 mai 2003 insiste sur l'intérêt qu'il y a à favoriser la corégulation en lieu et place de la règlementation étatique.

[1] Un premier exemple est la « Charte contre les contenus odieux », rédigée sous l'égide des pouvoirs publics et signée avec les fournisseurs d'accès à internet, représentés par l'Association des fournisseurs d'accès (AFA), le 14 juin 2004. D'autres exemples se situent dans la « Charte de confiance des plates-formes de vente entre internautes », signée par la FEVAD, différents services de vente entre particuliers et le ministère des petites et moyennes entreprises au printemps 2006, ou dans la « Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique » du 28 juillet 2004, signée par les fournisseurs d'accès à internet et les professionnels de la musique, en présence du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ainsi que du ministre de la culture et de la communication. *Cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide, op. cit.*, n° 4680.

pratiques dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité, pour améliorer la coopération entre les opérateurs de communications électroniques et les autorités. La proposition d'une charte sur la confiance en ligne, une autre initiative gouvernementale, suscite, quant à elle, une vive polémique »[1]. Ainsi, face aux difficultés qu'il éprouve à saisir juridiquement les activités internetiques, l'État est-il tenté de recourir à la corégulation afin que les communications par internet errent le moins possible dans un « no man's land juridique », un droit d'origine privée efficace pouvant être mieux venu, notamment en vue de la protection des droits et libertés, qu'un droit d'origine publique inopérant. Aussi les pouvoirs publics sont-ils, pour une part, à l'origine du renouvellement des sources du droit, même si ce renouvellement s'opère formellement dans la sphère des sources privées.

Enfin, la corégulation peut prendre d'autres formes que la rédaction de codes ou de chartes privés. En particulier, elle peut aboutir à la création de labels[2]. Toutes les variétés de droit issues de l'autorégulation semblent pouvoir être également utilisées sous le couvert des autorités publiques, soit dans un cadre de corégulation. Les chartes et codes de conduite sont l'instrument et le symbole de la concertation et du développement de la corégulation, mais cette dernière se présente aussi sous diverses autres formes.

Le bilan à tirer des diverses expériences de corégulation dans le domaine du droit de la communication par internet est néanmoins contrasté. Il est difficile

[1] A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40. Et peuvent être encore mentionnées la « Charte du droit à l'oubli », signée le 13 octobre 2010 sous la houlette du secrétaire d'État en charge du numérique et visant à assurer le respect d'un droit à l'oubli dans les services collaboratifs et les moteurs de recherche (*cf.* C. THIÉRACHE, « Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer », *RLDI* 2011, n° 67) ou la « Charte de lutte contre la contrefaçon sur internet » du 16 décembre 2009, « ratifiée » par ministres, plateformes de commerce électronique, titulaires de marques et associations de consommateurs.

[2] Le 29 juin 2009, un nouveau label pour les sites comparateurs de prix a été lancé par le FEVAD et la secrétaire d'État chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique, celui-ci permettant d'aller plus loin que ce que la « charte de confiance » élaborée un an plus tôt par différents services de comparaison de prix prévoyait.

d'imaginer qu'en cette corégulation, telle qu'elle se donne à voir aujourd'hui du moins, résiderait le point d'achèvement du renouvellement des sources du droit.

III. ***Le cyberespace, terrain d'une corégulation au succès mitigé.*** – La construction privée du droit de la communication par internet à l'initiative des pouvoirs publics est une étrange figure et les essais n'ont pas toujours été fructueux, loin s'en faut[1]. En réalité, il semble que l'autorégulation soit davantage que la corégulation à l'origine de règles véritablement efficaces. L'une des premières entreprises de corégulation, l'élaboration d'un « Code de bonne conduite de l'internet » en 1997, n'a guère porté ses fruits[2]. Quant à la « Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne » de 2004, les observateurs s'accordent à dire qu'elle n'a eu aucun effet et même qu'elle a été un « échec total »[3]. Le projet de « Charte pour la confiance en ligne » que les autorités ont souhaité élaborer en 2008 n'a, lui, pas abouti[4]. Et la « Charte du droit à l'oubli » de 2010, pour sa part, pâtit du fait que ni Facebook ni Google ne l'ont signée, tandis que la « Charte de lutte contre la contrefaçon sur internet » de 2009 n'a, elle, pas été signée par des acteurs dominants tels qu'Amazon ou eBay[5].

---

[1] Bien que des auteurs considèrent que l'origine publique de l'intention de recourir à un code privé ne pourrait que lui conférer une grande force (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 537).

[2] À la demande du gouvernement, cette charte (dite « Beaussant ») avait été rédigée dans le but de faciliter le développement harmonieux de la communication par internet. La mise en pratique de ce texte devait être assurée par un Conseil de l'internet construit sur le modèle du Bureau de vérification de la publicité, mais le projet a échoué, notamment parce qu'il n'a suscité ni l'adhésion des professionnels ni celle des associations de consommateurs (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40).

[3] *Ibid.*

[4] Il a seulement suscité une vive polémique tant du côté des utilisateurs que du côté des professionnels, lesquels accusaient lesdites autorités de vouloir « filtrer l'internet comme en Chine » (M. REEVES, « Exclusif : le gouvernement veut un filtrage en masse des réseaux », [en ligne] <pcimpact.com>, 6 juin 2008).

[5] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4684-4685.

Or, obéissant à un formalisme d'inspiration contractuelle, les chartes de bonne conduite sont dépourvues de la portée impersonnelle qui caractérise les textes législatifs et règlementaires et ne lient que ceux qui acceptent de s'y soumettre. Où il apparaît que, si les autorités étatiques peuvent encourager la régulation de leurs activités par des acteurs privés, le succès de ces initiatives dépend du bon vouloir de ces derniers et non de quelque contrainte exercée par une puissance de l'État qui s'avère fort dégradée. Et d'aucuns de retenir les conclusions suivantes : « D'abord, l'initiative des pouvoirs publics dans la rédaction des chartes est souvent mal vécue dans le monde de l'internet. Le spectre d'un contrôle étatique est couramment agité. Ensuite, les chartes, quand elles ne sont pas signées par les personnes qui doivent modifier leurs comportements — et comment pourraient-elles l'être dans le cas de personnes se livrant à des activités illicites ? —, connaissent peu de succès »[1].

Cependant, l'invitation des personnes privées intéressées à rédiger leur propre droit est un outil régulièrement employé par les instances étatiques, qui peuvent souhaiter contourner les contraintes, complexités, lenteur et rigidité des voies législative et règlementaire. Et il arrive que cela s'avère fructueux[2]. En particulier concernant des domaines très techniques, le recours aux chartes cosignées par les autorités publiques et par les « autorités privées » s'avère souvent pertinent.

Au-delà des textes particuliers que sont les chartes et autres codes, la corégulation se traduit par la mise en place d'organisations *ad hoc*, très originales sur le plan de leurs statuts et de leurs modes de fonctionnement, telles que le Forum des droits sur l'internet ou le Conseil national du numérique[3]. Il s'agira, au long de prochaines pages, de s'intéresser à ces organisations de droit privé

[1] A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40.

[2] En ce que les normes consacrées se révèlent douées d'effectivité plus qu'en ce que ce droit d'origine privée permettrait de mener une paradoxale politique publique de protection de certains droits et libertés.

[3] Ce dernier, par exemple, doit, selon l'action n° 145 du « Plan de développement de l'économie numérique » de 2012, assurer une « fonction de concertation avec l'ensemble des acteurs du numérique conduisant, notamment, à l'élaboration de chartes d'engagements et de bonne conduite ».

spécifiques qui ont été mises en place par les autorités publiques françaises. Mais il convient, auparavant, de présenter l'ICANN, organe central de la corégulation de l'internet dont l'étude permet tout spécialement d'imaginer quel pourrait être l'avenir des sources du droit.

b. L'ICANN, organisation typique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle mondiale

Le réseau internetique s'est développé à partir des États-Unis et son « cœur », s'il existe vraiment, s'y situe toujours, y compris sous l'angle juridique ou sous celui de la « gouvernance de l'internet ». Aussi les autorités américaines profitent-elles depuis toujours de pouvoirs éminents et primordiaux en matière de régulation de l'internet. Or elles goûtent tout particulièrement au « droit de tutelle », lequel régit les agences et, concernant le droit de la communication par internet, s'exprime en premier lieu dans l'ICANN (pour « Internet Corporation for Assigned Names and Numbers » ou « Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur internet »), autorité phare de l'internet s'il en est[1].

L'ICANN, qui maîtrise une large part de la création du droit du contenant de la communication par internet (IV), est une source privée tout spécialement remarquable en raison des grandes particularités de son statut, de ses missions et de ses moyens (I), ainsi que du fait des spécificités de ses organes internes (III) et des principes qui régissent son fonctionnement (II). Peut-être l'avenir des sources du droit coïncidera-t-il avec l'essor de ce genre d'organisations originales.

Depuis le 1er octobre 2016 et l'arrivée à échéance du contrat liant l'ICANN et les États-Unis, et malgré la forte hostilité des représentants républicains au

[1] Un des piliers du réseau mondial est son annuaire universel qui permet un accès instantané à toutes les ressources contenues dans les ordinateurs interconnectés. Pour cela, chaque ordinateur est doté d'une adresse numérique appelée « adresse IP », mais la grande évolution a consisté à donner à cette adresse un contenu beaucoup plus signifiant : le « nom de domaine », facile à mémoriser et accessible grâce à des moteurs de recherche. Les noms de domaine doivent être déposés auprès d'un organisme chargé de garantir leur validité et leur cohérence. Cet organisme est l'ICANN. *Cf.*, notamment, E. LAGRANGE, « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *RGDI publ.* 2004, p. 324 s.

Congrès qui ont tenté sans succès de bloquer le processus, la tutelle des États-Unis a effectivement pris fin et l'ICANN est devenue une « entité internationale autonome et à but non lucratif »[1]. Cette transition est sans doute un moment constitutionnel clé pour la régulation du cyberespace.

I. ***L'originalité du statut, des missions et des moyens de l'ICANN.*** **–** Structure associative très originale, l'ICANN, dont la complexité, la souplesse et l'évolutivité du cadre juridique et du fonctionnement peuvent « dérouter »[2] tant ils « échappent à la culture juridique habituelle »[3] et tant ils reposent sur « des règles qu'il faut bien désigner comme un "maquis" »[4], est, selon ses statuts, une société privée à but non lucratif destinée au bien public[5] et régie par le droit de Californie. Elle a été mise en place en 1998, lorsque l'administration américaine

[1] À l'issue de l' « ICANN 55 », congrès organisé à Marrakech durant le début d'année 2016, une charte a été adoptée afin de conférer une entière indépendance à l'organisme. Il est tout à fait significatif que ce texte, pouvant lourdement impacter la « gouvernance de l'internet », soit une charte et qu'il soit le fruit de 800 heures de travail, de 600 réunions et de deux années d'intenses négociations. Sa fin est que la tutelle du gouvernement des États-Unis disparaisse et que soit mise en place une direction multipartite inter-gouvernementale, le contrat liant l'ICANN et les États-Unis devant expirer le 30 septembre 2016. Le paquet de propositions prévoit « une sorte d'assemblée générale qui représentera la diversité des acteurs, où toutes les parties prenantes seront présentes, société civile, associations, chercheurs, professionnels et gouvernements », explique le président du conseil d'administration de l'ICANN Stephen Crocker (cité par « Les États-Unis s'apprêtent à lâcher leur contrôle des adresses Internet », [en ligne] <lefigaro.fr>, 11 mars 2016). Une cour d'appel devrait être mise en place afin de trancher les éventuels litiges ; elle aurait la possibilité de démettre le conseil d'administration si ce dernier en venait à s'éloigner par trop des statuts de l'institution. Fadi Chehadé, qui a dirigé jusqu'en 2016 l'ICANN et qui a été remplacé par le suédois Göran Marby, estime que la nouvelle organisation sera plus rassurante pour les utilisateurs, les entreprises et les gouvernements, même si le rôle des pouvoirs publics américains se limitait jusqu'alors à la surveillance des procédures en place, comme un « agent de la circulation », selon ses propres termes (cité par « Les États-Unis s'apprêtent à lâcher leur contrôle des adresses Internet », [en ligne] <lefigaro.fr>, 11 mars 2016).

[2] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 14.

[3] J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 192.

[4] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2106.

[5] L'ICANN a été constituée en vertu de la loi sur les sociétés à but non lucratif destinées au bien public et à des fins caritatives ; sa nature juridique est ainsi proche de celle des fondations.

entendit transférer la gestion quotidienne de certaines fonctions liées à l'internet et plus particulièrement la régulation et l'attribution des noms de domaine, sur lesquelles la société NSI possédait un monopole de fait sous contrôle public[1], à une nouvelle structure du secteur privé mieux capable de saisir les grandes évolutions du web[2].

L'ICANN a été constituée selon des statuts en date du 6 novembre 1998 et avalisée par un accord signé avec le département du commerce des États-Unis (accord appelé « Memorandum of Understanding » (« MoU »)) le 25 novembre suivant, aux termes duquel a été notamment accordé au Gouvernement américain un droit de veto sur les décisions prises par l'organisation. L'ICANN est ainsi un excellent exemple de corégulation : elle est principalement le résultat d'une

[1] Après avoir été directement assumée par des autorités étatiques américaines, sous différentes formes successives, jusqu'au 1er janvier 1993, la gestion du système des noms de domaine fut concédée à la société Network Solutions Inc du fait du développement exponentiel des demandes de nouveaux noms de domaine et de l'augmentation des coûts concomitante. NSI se vit alors confiée la responsabilité opérationnelle d'héberger le serveur racine principal et d'enregistrer moyennant paiement les noms de domaine en <.com>, <.net> et <.org> en appliquant la règle simpliste s'il en est et « éminemment fruste » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2105) du « premier arrivé, premier servi » ou plutôt « premier arrivé, seul servi » (*ibid.*). Il s'agissait alors déjà de corégulation puisque la société, pour ce qui était de cette mission, était placée sous l'autorité des pouvoirs publics américains (en particulier sous celle de la National Science Foundation) comme le sera plus tard l'ICANN, par voie contractuelle. Aujourd'hui, près de cinquante sociétés enregistrent les noms de domaine génériques (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 7).

[2] Il s'agissait, notamment, de l'augmentation exponentielle des demandes de noms de domaine (entraînant un risque de pénurie), du développement des services commerciaux en même temps que des activités illicites, de l'immixtion des particuliers dans la construction des services immatériels etc. En juin 1998, le département du commerce américain publia un livre blanc, au terme de denses négociations (avec des chercheurs, l'industrie des télécommunications, les fabricants d'équipements, les fournisseurs de contenus etc.), comportant une déclaration de politique générale relative au DNS qui reçut un accueil très favorable de la part des acteurs commerciaux et non commerciaux de la communication par internet. Dans ce livre blanc, le département du commerce définissait les quatre principes de base devant guider la réforme de la gestion du DNS : garantir la stabilité du système de manière à maintenir un environnement favorable au commerce ; introduire la compétition et les mécanismes du marché ; privatiser la gestion du DNS en l'accompagnant de l'introduction d'un modèle *bottom-up* de prise de décision afin d'accroitre la flexibilité du système ; assurer la représentativité des différentes structures de gestion du DNS afin de refléter la diversité des intérêts en présence et le caractère international de l'internet.

initiative des autorités publiques ; ses pouvoirs sont issus de contrats passés avec l'administration des États-Unis, d'un « jeu de renvois contractuels dynamiques »[1].

L'ICANN assure une fonction de régulation technique qui n'est pas dénuée de considérations politiques ; et qui est capitale du point de vue de la sécurité et de la fiabilité du fonctionnement de la communication par internet, spécialement sous l'angle de l'interopérabilité. Sa première mission, ainsi que le prévoit le Memorandum of Understanding de 1998, est d'assurer la gestion administrative et règlementaire du système de nommage et du système d'allocation des adresses IP, ainsi que du système relatif aux numéros de ports[2]. Notamment, l'ICANN met périodiquement à disposition des plages d'adresses IP afin de pallier aux diminutions de cette ressource essentielle au web et à l'internet. Elle a la responsabilité de gérer les extensions de noms de domaine existantes et, ce qui est peut-être sa fonction la plus essentielle, le système des serveurs DNS racines (*root servers*[3]) sur l'internet qui, eux, contiennent les noms de domaine de premier niveau tels que <.com> ou <.fr>[4]. Garantissant la bonne transposition des adresses web en adresses numériques, l'ICANN, organisme privé, joue donc un rôle réellement fondamental pour l'opérabilité du web en assurant le bon

[1] É. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 357.

[2] Est peu connu le rôle de l'ICANN consistant à sélectionner les identificateurs de protocoles et leurs numéros de ports associés. Par exemple, pour naviguer en ligne, il est nécessaire d'utiliser le protocole HTTP en ouvrant le port 80 (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 131).

[3] Les *root servers* DNS constituent l'infrastructure essentielle de l'ensemble des serveurs de noms de domaine chargés de répondre aux problèmes d'adressage. Actuellement au nombre de treize, répartis à travers le monde même si les États-Unis continuent à jouer un rôle prépondérant, ils sont à la base de tout l'adressage des pages web, ce qui témoigne du fait que le réseau internetique est en réalité relativement hiérarchisé (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 6). Il existe des centaines de milliers de serveurs de noms de domaine dans le monde, mais ils ont besoin des serveurs racines pour connaître l'adresse du serveur qui va permettre de satisfaire une requête, chaque serveur racine comportant une copie du répertoire global des adresses web.

[4] Mais l'ICANN n'est pas propriétaire de la base de données des noms de domaine (base DNS) qui demeure la propriété du Gouvernement des États-Unis qui lui en a seulement délégué la gestion.

fonctionnement du système qui permet de « naviguer » ou « surfer » grâce à l'association de noms de domaine aisément compréhensibles à des adresses IP[1].

Puisque le monde de l'internet se résume largement, aujourd'hui, à celui du web, il est tentant d'affirmer que « l'ICANN a la mainmise sur l'internet »[2]. Pour assurer sa mission, elle dispose de prérogatives importantes et a pu, par exemple, suspendre l'enregistrement des sites en <.iq> (pour l'Irak) et en <.af> (pour l'Afghanistan)[3]. Concernant les extensions géographiques, elle fédère les organismes chargés de leur administration (l'AFNIC en France[4]) et exerce sur

---

[1] Le système DNS évite concrètement à l'internaute de devoir taper la suite de chiffres correspondant au service recherché pour y accéder. Lors d'une requête de connexion adressée à un site, un serveur DNS (c'est-à-dire une base de données) est consulté afin de connaître l'adresse IP propre à ce site et de pouvoir afficher son contenu.

[2] N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet – L'ICANN entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81.

[3] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 60.

[4] L'AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération) est l'organisme français bénéficiant de la concession permettant de prendre en charge administrativement et techniquement les noms de domaine en <.fr>, ainsi que ceux de La Réunion et de certains territoires d'outre-mer. L'AFNIC est une association à but non lucratif créée en décembre 1997 par la volonté conjointe de l'INRIA et de l'État. Elle a été désignée par arrêté du 19 février 2010 comme office d'enregistrement de l'extension <.fr>. Cette désignation s'accompagne d'une convention liant l'AFNIC à l'État décrivant, dans un cadre contractuel donc, les obligations et engagements de l'association. Le fait que cette dernière participe elle-aussi de la corégulation des activités internetiques est patent, spécialement dès lors que, outre son origine qui se trouve dans une entreprise gouvernementale, son régime juridique est à rechercher également dans le Code des postes et des communications électroniques, dans une loi de 2011 (L. n° 2011-302, 22 mars 2011, *Portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques*) et dans un décret de la même année (D. n° 2011-926, 1er août 2011, *Relatif à la gestion des domaines de premier niveau de l'internet correspondant aux codes pays du territoire national*). Mais le droit des noms de domaine en <.fr> est surtout constitué par les normes portées par la « Charte de l'AFNIC ». En outre, cette association est composée de représentants des bureaux d'enregistrement (qui commercialisent les noms de domaine), de certaines associations d'utilisateurs, de prestataires de services, d'organisations internationales et des pouvoirs publics, ce qui achève d'en faire un outil de corégulation de l'internet, c'est-à-dire un instrument privé sur lequel les autorités publiques exercent un droit de regard qui peut être plus ou moins direct et plus ou moins pressant. Par ailleurs, il est remarquable que l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques a été invalidé par le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le

eux une tutelle. L'ICANN attribue donc par contrats la gestion des serveurs racines DNS à des sociétés privées, des universités et des organisations gouvernementales[1].

Si le statut, les missions et les moyens de l'ICANN sont particuliers, son mode de « gouvernance » l'est tout autant, si bien que la source du droit peut-être la plus centrale du droit de la communication par internet est un organe tout à fait atypique à beaucoup de points de vue.

II. ***L'originalité de la « gouvernance » de l'ICANN.*** **–** Les principes de la « gouvernance » de l'ICANN s'articulent autour d'un modèle multi-intervenants — l'institution se définit tel un « environnement unique à intervenants multiples »[2] — censé permettre à toutes les parties intéressées de participer à l'élaboration des normes (de manière décisoire ou, le plus souvent, de manière consultative) et conduisant, en théorie du moins, à une recherche permanente du consensus. Ainsi ces principes sont-ils principalement, conformément à ce que prévoient les statuts de l'institution, l'ouverture, la participation, la confiance, la

---

6 octobre 2010 (Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-45 QPC, *Article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques*). À cette occasion, a été relevée l'incompétence négative du législateur, à qui il était reproché d'avoir entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués, refusés, renouvelés ou retirés. Ainsi le Haut Conseil a-t-il entendu signifier sa méfiance à l'égard des sources privées du droit de la communication par internet et à l'égard de la corégulation.

[1] Et l'ICANN contrôle le système des extensions de noms de domaine génériques : elle délègue contractuellement à la société Verisign, établie dans l'État de Virginie et qui administre deux des treize serveurs racines du DNS, la gestion du registre officiel pour les noms de domaine en <.com> et <.net>. Cela fait peut-être de Verisign l'entreprise, si ce n'est la plus influente, qui joue le rôle le plus important dans le fonctionnement de l'internet et du web. Après avoir racheté NSI en 2000, cette société — qui, créée en 1995, a pour activité principale initiale la création de services de cryptologie et de sécurité en matière d'identification et de paiement en ligne — s'est vue attribuer sans appel d'offre la responsabilité de la gestion des domaines <.com> et <.net>, lesquels sont les plus lucratifs de tous (surtout <.com>). Quant au serveur racine A, qui est l'un des deux dont elle a la maîtrise, il est le plus essentiel puisqu'il sert de modèle aux autres.

[2] [en ligne] <icann.org/fr>.

transparence, l'impartialité et la responsabilité[1]. La « rapidité d'action » fait également partie des objectifs que l'ICANN assigne à son activité. Peut-être sont-ce là les principes-cadres qui régiront les sources du droit demain, lorsque, toujours plus, la « gouvernance » aura subrogé le gouvernement et la « régulation » aura pris la place de la règlementation. Et ses statuts de prévoir que l'organisation doit suivre une « politique documentée » impliquant de recourir à de nombreux avis d'experts et de donner des pouvoirs supplémentaires aux entités les plus touchées par les choix opérés. Pourtant, ce sont souvent la complexité et le caractère opaque du processus de décision de l'ICANN qui sont dénoncés.

Il n'en demeure pas moins que l'ICANN, qui reste une société de droit privé, s'efforce depuis toujours de paraître la plus légitime aux yeux d'un maximum d'acteurs du monde du web et de l'internet et que, pour ce faire, elle recourt à des procédés « démocratiques » dans son mode de prise de décisions. Notamment, sont publiées à l'avance les questions qui seront débattues au cours des prochaines séances et un agenda précis des travaux est tenu à jour, signalant en particulier les consultations (des forums en ligne et des « salles de chat ») actuelles et à venir auxquelles chacun peut participer[2]. Et l'association d'afficher les normes déontologiques suivantes : tout participant au processus multi-intervenants doit « respecter la politique sur les conflits d'intérêts », « traiter de façon égale tous les membres de la communauté de l'ICANN », « reconnaître l'importance de tous les intervenants et chercher à comprendre leurs points de vue », « exercer un jugement indépendant basé uniquement sur les meilleurs intérêts des utilisateurs d'Internet et sur la stabilité et la sécurité du système

[1] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 139.

[2] [en ligne] <icann.org/fr>. Et l'ICANN de se proposer de « fournir un contexte et une documentation suffisants pour permettre aux participants de comprendre les sujets à commenter », de « définir clairement l'objectif de la consultation et la manière dont seront utilisés les commentaires », d' « expliquer clairement chaque fois que possible l'impact des commentaires du public sur les décisions » ou encore de « mettre en œuvre une politique de traduction : les documents et questions pertinents seront traduits ».

Internet, quels que soient ses intérêts personnels et ceux de l'entité à laquelle [il] doit sa nomination »[1].

Ainsi est-on en présence d'une source privée se voulant aussi vertueuse qu'une source publique et se donnant les moyens de dépasser les intérêts particuliers afin de protéger l'intérêt commun des utilisateurs et acteurs du web. De la sorte, l'ICANN et, plus généralement, les organes de la « gouvernance de l'internet », institutions à but non lucratif, se distinguent des autres sources privées, notamment de celles qui interviennent en matière de droit du contenu des communications et qui sont souvent les multinationales de l'internet.

Ensuite, les organes de réflexion et de décision propres à l'ICANN sortent tout autant de l'ordinaire.

III. ***L'originalité des organes de réflexion et de décision de l'ICANN.*** **–** L'ICANN dispose d'une instance chargée de prendre les principales décisions et d'opérer les nécessaires arbitrages : le « Bureau des directeurs »[2]. Outre les directeurs, il accueille des agents de liaison n'ayant pas de droit de vote mais participant activement aux discussions et devant défendre les points de vue des différents comités de l'ICANN mais aussi les points de vue de l'UIT, du W3C et de l'IETF. Quant au Président, élu parmi les membres du Bureau, il est chargé de la mise en œuvre des décisions ainsi que d'un rôle important de communication

[1] *Ibid.*

[2] Celui-ci est composé de seize membres qui doivent « représenter l'intérêt public général », ainsi que le prévoient les statuts. Huit directeurs sont élus au sein des organisations de soutien. Les huit autres directeurs sont nommés par un « comité de nomination » composé de volontaires-bénévoles désignés par les comités et les organisations de soutien de l'ICANN, mais aussi par l'IETF, par des groupes de consommateurs, par des instances académiques et par d'autres forces jouant un rôle dans le fonctionnement de l'internet — le comité de nomination doit ainsi être très représentatif de la communauté des acteurs de la « gouvernance de l'internet », aucun groupement d'intérêt ne pouvant dicter sa volonté aux autres. Les directeurs sont censés posséder une bonne connaissance des enjeux propres au réseau et à l'institution, ne pas détenir d'intérêts quelconques dans une entreprise phare du monde des communications électroniques et respecter, globalement, une certaine diversité géographique. Le Bureau se réunit trois fois par an ainsi que lors de séances exceptionnelles qui se déroulent sous forme de visioconférences.

vis-à-vis du reste du monde de l'internet et vis-à-vis des États et des organisations internationales.

L'ICANN se scinde en différents « comités » qui sont chargés de réfléchir chacun à une composante spécifique de la régulation du nommage et de l'adressage[1]. Parmi ces comités, certains jouent un rôle premier dans la définition et le fonctionnement de l'architecture du réseau internetique quand d'autres ne servent qu'à représenter certains milieux intéressés sans occuper une place centrale dans le fonctionnement de l'institution.

En outre, l'ICANN comporte différentes « organisations de support », *i.e.* de soutien ou de réflexion[2]. Il revient à ces organisations, qui n'ont toujours qu'une fonction consultative, de réfléchir à la politique globale que doit mener l'ICANN et de la soumettre au Bureau des directeurs. Très ouvertes, elles permettent à de multiples intervenants issus de toutes les communautés intéressées par la « gouvernance de l'internet » de participer, à une petite échelle, au débat[3]. Bien que non dotées d'un pouvoir de décision, les organisations de

[1] Il s'agit de l' « At Large Advisory Committee » (qui conseille le Bureau sur les questions relatives aux activités et aux intérêts des internautes), du « Security and Stability Advisory Committee » (qui conseille le Bureau sur les questions relatives à la sécurité et à la stabilité des systèmes de nommage et d'adressage) et du « Root Server System Advisory Committee » (qui conseille le Bureau sur les questions relatives à la gestion des serveurs racines). Quant au « Technical Liaison Group » (« Groupe technique de liaison »), il permet aux principaux organismes développant des normes en matière de protocoles de l'internet (l'IETF, le W3C, l'ETSI ou encore la section normalisation-standardisation de l'UIT) de s'exprimer dans le cadre de l'ICANN, là encore avec le simple pouvoir d'émettre des avis. Et, désormais incorporée dans l'ICANN, l'IANA (« Internet Assigned Numbers Authority ») est l'instance qui attribue les adresses IP.

[2] Il s'agit de l' « Adress Supporting Organisation » (« ASO »), chargée des adresses IP, de la « Protocol Supporting Organization » (« PSO »), chargée des protocoles de communication, de la « Generic Name Supporting Organization » (« GNSO »), chargée des extensions génériques de noms de domaine, et de la « Country Code Name Supporting Organization » (« CCNSO »), chargée des extensions géographiques de noms de domaine.

[3] La GNSO, par exemple, qualifiée d' « organisme le plus important de l'ICANN après le Board » (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 134), est constituée de représentants des « *registrars* », de professionnels de la propriété intellectuelle et tout spécialement des marques, de fournisseurs d'accès et d'hébergement, des registres génériques, des registres géographiques ou encore de diverses sociétés commerciales.

soutien semblent, dès qu'elles parviennent à un consensus autour d'une question, souvent capables d'influencer les orientations de l'ICANN. Autant d'organes originaux qui témoignent de la capacité nouvelle des sources privées de présenter un profond développement institutionnel, une savante architecture organisationnelle.

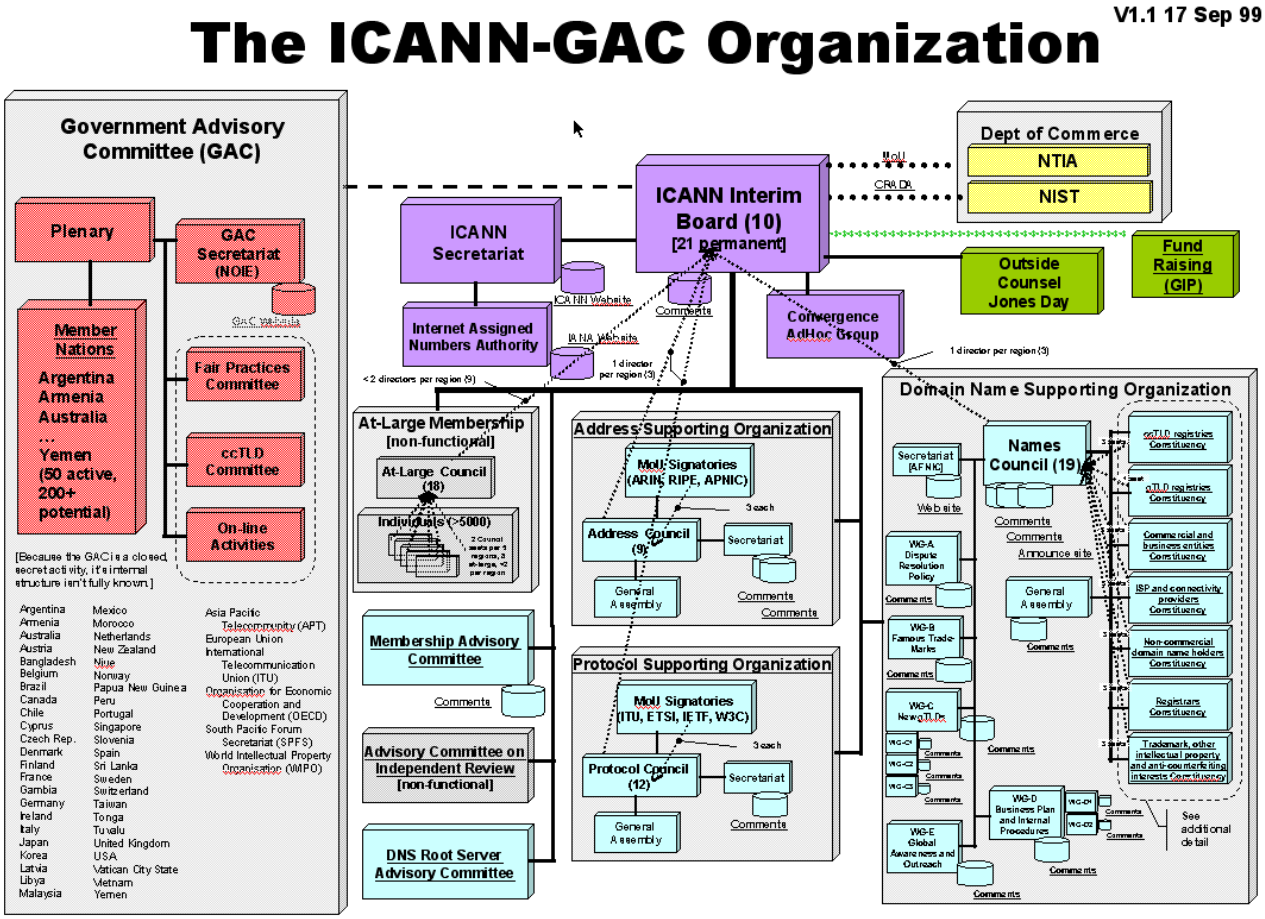
Enfin, l'ICANN abrite des représentants des États, l'un des comités qui la composent étant le « Governmental Advisory Committee » (*i.e.* « Comité consultatif des gouvernements »), composé de délégués accrédités par de nombreux gouvernements nationaux[1] ainsi que d'observateurs issus des organisations internationales. Que les prérogatives de ce comité soient uniquement d'ordre consultatif et en aucun instant d'ordre décisoire est lourd de sens. Les États sont ramenés au rang de personnes ordinaires qu'il serait possible de satisfaire simplement en leur offrant le loisir de rendre des avis. Les juristes habitués à observer des organisations publiques dans lesquelles des représentants du secteur privé exercent un simple rôle consultatif peuvent être désorientés par pareil renversement des pouvoirs[2]. Néanmoins, l'ICANN, pour mener à bien ses missions, a besoin d'un soutien minimal de la part des principaux gouvernements de la planète, si bien que le Bureau des directeurs s'efforce à écouter et à intégrer les recommandations du Comité consultatif des gouvernements, à l'image des autorités publiques qui, souvent, s'efforcent à écouter et à intégrer les demandes des acteurs privés influents.

Il ne paraît pas utile de présenter ici plus avant les différents comités et sous-groupes qui participent à la « gouvernance de l'internet » à travers la « gouvernance de l'ICANN », ni les autres personnes qui contribuent au fonctionnement quotidien de l'institution telles que le secrétaire général ou le directeur financier. Simplement le schéma suivant, qui « résume » la structure

[1] Ceux qui ont accepté le rôle prépondérant de l'ICANN et qui ont manifesté la volonté de participer à la « gouvernance de l'internet » à travers elle. De plus, l'ICANN exige des États une participation financière substantielle afin qu'ils puissent intégrer le comité consultatif qui leur est dédié.

[2] De plus, il est remarquable que, « sa compétence étant par principe mondiale, les décisions de l'ICANN s'imposent aux États alors même qu'il s'agit d'une structure de droit californien soumise seulement à l'*Attorney General* (le ministre de la justice) de cet État » (J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 15).

fonctionnelle de l'ICANN, peut-il permettre de comprendre combien cette organisation privée est complexe, combien elle s'appuie sur une « taxinomie » très élaborée[1] :



Au-delà, l'ICANN est la source d'un nombre élevé de normes centrales dans le fonctionnement de la communication par internet. Il s'agit ainsi d'une institution symptomatique du renouvellement des sources du droit tant du point de vue qualitatif, comme l'indique le précédent organigramme, que du point de vue quantitatif.

IV. ***L'importance de la production normative de l'ICANN.*** – Il faut relever le caractère complet du système juridique construit autour de l'ICANN. Notamment, une procédure très efficace de règlement des litiges a été instituée dans ce cadre privé, aux termes d'un texte élaboré par l'ICANN dès 1999 et au

[1] Source : [en ligne] <icannwatch.org>.

moyen d'un « Centre d'arbitrage et de médiation » installé auprès de l'OMPI. Cette procédure est l'exemple-type d'un mode alternatif de résolution des litiges concurrençant la justice étatique ou interétatique. Surtout, l'ICANN est l'origine formelle de tout un pan du droit de la communication par internet. Elle produit d'innombrables normes à portée individuelle, mais aussi de multiples normes à portée générale.

Cette importante production normative de l'ICANN et le fait qu'elle joue un rôle central en matière de régulation de l'internet interrogent. Notamment, malgré son statut d'organisation privée et même si un auteur la qualifie d' « autorité souveraine »[1], l'ICANN est l'objet d'une tutelle plus ou moins effective (mais supposée disparaître totalement) de la part de l'administration américaine[2]. Elle est la cible de fréquentes critiques motivées par les rapports entretenus avec le département du commerce du Gouvernement des États-Unis[3]. En outre, le fait qu'une problématique aussi décisive et sensible que la gestion des noms de domaine soit confiée à une organisation de droit privé est souvent dénoncé[4]. Il est vrai qu'il revient à l'ICANN de créer le droit applicable à certaines activités qui ressemblent fortement à celles de promoteurs immobiliers (achats en masse de noms de domaine et reventes à des prix majorés), ou encore applicable aux phénomènes de « cybersquatting » et de « typosquatting »[5]. C'est pourquoi nombreux sont ceux (commentateurs comme décideurs politiques de

[1] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 166. Cet auteur souligne que l'ICANN, notamment, « lève l'impôt (une "taxe" sur chaque nom de domaine enregistré) » (*ibid.*).

[2] Des observateurs vont jusqu'à la qualifier de « régulateur mi-privé mi-public » (É. CLERC, *op. cit.*, p. 333 ; également, J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 191).

[3] Fin 2009, au moment où l'accord liant l'ICANN aux États-Unis a été renouvelé, l'Union européenne a obtenu un droit de regard et de suggestion plus important dans les instances de l'organisation ; mais cela n'a guère bouleversé l'équilibre général et invité à tirer de nouvelles conclusions (N. DREYFUS, *op. cit.*, p. 119).

[4] J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 61.

[5] Et, ainsi que le notent des auteurs, « l'ICANN contrôle l'accès à tout le domaine virtuel » (J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 14). Les noms de domaine en <.com>, qu'il lui revient d'attribuer avec la société Verisign, représentent quelques deux tiers de l'ensemble des noms de domaine existants (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2109).

différents pays) qui demandent un transfert des prérogatives de l'ICANN à une institution *ad hoc* dépendante de l'ONU[1]. Il n'en demeure pas moins que l'ICANN témoigne de la prise en main du soin de produire le droit applicable à des technologies et à des activités d'intérêt général par des organisations privées, donc de l'avancée des sources privées et du recul des sources publiques.

Que cela soit regrettable ou qu'il faille s'en réjouir, l'ICANN, organisation privée, est peut-être l'institution qui a les plus grands pouvoirs et la puissance normative la plus affirmée en matière de droit de la communication par internet. Partant, si ce droit est révélateur du renouvellement des sources du droit, il l'est en particulier en raison de la position cardinale qu'y occupe l'ICANN — ainsi que, plus généralement, en raison de la position cardinale qu'y occupent les diverses organisations privées en charge de la « gouvernance de l'internet » et étudiées précédemment (ISOC, IETF et W3C notamment).

Il faut encore s'arrêter sur l'exemple du Forum des droits sur l'internet, spécificité française qui a constitué une autre forme très remarquable de corégulation de l'internet et qui est de ce fait également représentative du renouvellement des sources du droit.

c. Le Forum des droits sur l'internet, institution symbolique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle nationale

Qualifié d' « originalité juridique s'il en est »[2], le Forum des droits sur l'internet (FDI), qui n'a connu aucun équivalent véritable en Europe ni à travers le monde[3], a aujourd'hui disparu et donc n'édicte plus de règles. Cet organisme doit cependant être envisagé car, d'une part, beaucoup de règles qu'il a édictées au cours de sa décennie d'existence intègrent toujours le droit positif de la communication par internet et, d'autre part, il se présente tel le modèle-type

[1] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 16.

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 76.

[3] Peut-être l'Observatoire des droits de l'internet belge, créé en 2001, fait-il exception.

d'instance de corégulation selon les autorités nationales, ce « mariage de l'autorégulation et de la présence de l'État »[1] ou « autorégulation teintée de public »[2]. Paradoxalement, bien qu'il appartienne au passé, le FDI pourrait être le signe d'un renouvellement des sources du droit à venir, en raison du pragmatisme empreignant ses fins et ses moyens.

Le Forum est le résultat de la volonté originale des pouvoirs publics français, au début des années 2000, de recourir à la corégulation (I). Association composée d'acteurs privés représentant des intérêts variés (II), il s'est avéré être une source matérielle mais aussi une source formelle du droit de la communication par internet tout à fait atypique, spécialement en ce qu'il a produit « de très nombreuses et très intéressantes recommandations »[3] (III). Mais le FDI a été dissous et « remplacé » par un Conseil national du numérique ne produisant lui guère de normes (IV).

I. ***L'introduction de la corégulation en France par le Forum des droits sur l'internet.*** **–** Le FDI a été créé dans le cadre d'un important débat, en France, sur la régulation ou la « gouvernance » de l'internet, à la fin des années 1990 et au début des années 2000. S'opposaient les « libéraux », selon lesquels les meilleures règles pour encadrer l'internet et ses activités seraient celles forgées pour eux-mêmes par les constructeurs et les utilisateurs du réseau, et les « étatistes », selon lesquels l'État devrait nécessairement saisir par son droit unilatéral et dur ces objets, peu important qu'ils soient très originaux, afin de garantir les droits et libertés les plus fondamentaux. En somme, la souveraineté de l'État était opposée à la « souveraineté du réseau ». Ces différentes thèses furent présentées dans deux rapports successifs : l'étude du Conseil d'État de

[1] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2334.

[2] *Ibid.* Le FDI devait ainsi être « en dehors des structures gouvernementales [et] au service des acteurs publics et privés » (Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 2 (site consulté en 2010)).

[3] A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », *op. cit.*, p. 147.

1997, intitulée « Internet et les réseaux numériques »[1], et le rapport du député Christian Paul de 2000, relatif au droit et aux libertés sur l'internet[2]. Les deux rapports aboutissaient à la même conclusion : la nécessité d'encourager la « corégulation » dans le domaine de l'internet, soit un modèle de régulation à l'initiative de l'État mais où ce sont principalement les acteurs privés concernés qui établissent les normes, les autorités publiques jouant, en tant que sources matérielles, un rôle de tuteur et, en tant que sources formelles, un rôle de complément ; car le danger était de vouloir maladroitement « plaquer sur l'internet des modèles hérités du passé »[3].

En 2011, un rapport rédigé pour l'Assemblée nationale observait que, « le caractère spécifique et novateur de l'Internet interdisant la transposition pure et simple des dispositifs de régulation étatique qui ont pu être mis en place dans les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications, les pouvoirs publics ont institué une forme nouvelle et originale de régulation, associant acteurs publics et privés : la corégulation »[4]. Le FDI, dont l'idée a germé dans l'étude du Conseil d'État de 1997 et dont le profil a été expertisé et affirmé dans le rapport de Christian Paul, a été mis en place afin de s'approcher au plus près de cet idéal de corégulation, pour permettre la cohabitation harmonieuse des autorités publiques et des représentants de la société civile dans une « troisième voie innovante entre l'autorégulation des acteurs privés et la régulation par les acteurs publics »[5]. Ainsi une source du droit tout à fait originale, répondant à des fins et s'appuyant sur des moyens jamais vus, est-elle apparue au tournant des années 2000[6].

---

[1] EDCE 1998, *op. cit.*

[2] Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000, spéc. p. 65 s.

[3] Forum des droits sur l'internet, *loc. cit.*, p. 13.

[4] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 293.

[5] *Ibid.*, p. 298.

[6] C'est en décembre 2000 que le Premier ministre a décidé de lancer le projet de FDI, en confiant la responsabilité à Isabelle Falque-Pierrotin, maître des requêtes au Conseil d'État qui présentait alors la corégulation comme la « rencontre d'acteurs publics et privés afin qu'ils travaillent ensemble sur les

Il faut tout d'abord s'intéresser à la composition du FDI, très atypique pour un organe chargé de produire du droit.

II. ***La composition du Forum des droits sur l'internet.*** – Conçu pour « fonctionner entièrement en ligne »[1], le FDI réunissait les acteurs économiques du réseau (représentants des sites de commerce électronique, des FAI, des hébergeurs etc.), des experts, des représentants des utilisateurs et des associations de protection des cyberconsommateurs, ainsi que des représentants des pouvoirs publics[2]. Toute personne morale pouvait adhérer à l'association, à condition d'en accepter les modalités de fonctionnement en signant sa charte et moyennant versement d'une cotisation. Au total, 120 organismes l'ont intégrée.

Les recommandations étaient le fruit de « groupes de travail multiacteurs » où tous les intérêts devaient être représentés et dans lesquels la concertation et la recherche du consensus étaient les priorités. En outre, des consultations publiques régulières ont été organisées, généralement sous la forme de forums de discussion, en soutien des groupes de travail ou de façon autonome[3]. Et le FDI d'expliquer que « la composition de [ses] instances dirigeantes, qui offre une égalité de représentation aux acteurs marchands et non marchands, l'importance du financement public, la transparence de ses procédures internes, sont autant d'éléments qui garantissent que cette structure est au service de l'intérêt général, ce qui a été explicitement reconnu par la Commission d'accès aux documents

---

questions posées par les réseaux » (I. FALQUE-PIERROTIN, « Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? », *Le Monde* 27 nov. 1999 (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2334)).

[1] S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.

[2] Parmi les membres fondateurs, se trouvaient notamment l'ISOC, le W3C, les sociétés Wanadoo, Mistergooddeal et CanalWeb, ainsi que l'Association des internautes médiateurs (ADIM), l'association Consommation, logement et cadre de vie (CLCV) et l'Union nationale des associations familiales (UNAF).

[3] À l'image de la consultation sur la future carte nationale d'identité électronique, menée en 2005 et qui a suscité une participation massive de la part des internautes (Forum des droits sur l'internet, *op. cit.*, p. 3).

administratifs en 2008 »[1]. Présenté tel un « objet juridique hybride, ni étatique ni civil, ni moderne ni postmoderne, en fait une gabegie structurelle »[2], le FDI, en vertu de ses statuts, était composé, de manière finalement classique pour une association, d'une assemblée générale (à laquelle participaient tous ses membres), d'un conseil d'orientation (comptant quatre représentants des acteurs économiques, quatre représentants des utilisateurs et quatre « personnalités qualifiées » dans les domaines juridique, économique, technique et/ou sociopolitique de l'internet), d'un conseil de surveillance (réunissant un représentant des acteurs économiques, un représentant des utilisateurs et une « personnalité qualifiée »), de deux comités de concertation (l'un représentant les acteurs économiques et l'autre représentant les acteurs non économiques), d'un secrétaire général chargé de la représenter et d'un trésorier.

Ensuite, au moyen d'actes peu communs, le FDI a bel et bien créé diverses normes.

III. ***La création de normes par le Forum des droits sur l'internet.*** **–** Institué en 2001, le FDI, simple association relevant de la loi du 1er juillet 1901, donc structure parapublique de droit privé — indépendante, soumise au pouvoir hiérarchique d'aucune autorité administrative —, devait être un lieu de rencontre, de dialogue et de réflexion permanents visant à identifier, « de façon ouverte et humaniste »[3], les règles les plus aptes à régir de manière adéquate le réseau et les multiples formes de communication transitant par lui, à organiser « l'échange et la concertation entre les utilisateurs, les acteurs économiques et les instances publiques sur les questions de droit et de société liées aux réseaux »[4]. Son

[1] Forum des droits sur l'internet, *op. cit.*, p. 1. La CADA, dans un avis du 6 mai 2008, a en effet estimé que, « si le Forum est dépourvu de prérogatives de puissance publique, les conditions de sa création, de son organisation et de son fonctionnement, ainsi que la nature de l'activité d'intérêt général qu'il exerce conduisent à le regarder comme un organisme privé chargé d'une mission de service public au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 » (cité par Forum des droits sur l'internet, *op. cit.*, p. 1-2).

[2] R. BERTHOU, « La forumisation du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit », *Dr. et société* 2005, p. 785.

[3] Ch. PAUL, *op. cit.*, p. 75.

[4] [en ligne] <foruminternet.org> (site consulté en 2010).

domaine de compétence couvrait l'ensemble des contenus et des usages liés au développement de la société numérique. Là où l'ICANN, le W3C ou l'IETF s'intéressent essentiellement au droit du contenant de la communication par internet, le FDI se concentrait, lui, davantage sur le droit du contenu de la communication par internet[1].

Agissant de sa propre initiative ou à la demande des autorités publiques ou d'autres acteurs — mais la majorité de ses travaux étaient la conséquence d'une autosaisine —, en suivant les modalités prévues dans sa charte, le Forum ne possédait *a priori* pas de pouvoir normatif propre. Néanmoins, nombre de chartes, recommandations, codes d'usages[2] ou de bonne conduite et autres textes ont, *de facto*, contribué à établir différents pans du droit de la communication par internet, du droit du commerce électronique au droit de la propriété intellectuelle en passant par le droit de la protection de l'enfance dans le cyberespace, soit « quasiment tous les sujets liés à l'internet »[3], de telle sorte que cet organisme se définissait par la nature de ses actions et non par ses domaines d'intervention[4]. Les labels mis en place par le FDI, tout spécialement, ont été de véritables systèmes normatifs, « à mi-chemin entre le droit et la *soft law* »[5]. Le FDI s'était, en effet, octroyé la compétence d' « élaborer et, le cas échéant, gérer les chartes

[1] Il ne s'est d'ailleurs jamais penché sur aucune problématique en lien avec l'infrastructure de l'internet et du web, considérant que, en France, cela devait être le champ réservé de l'ARCEP (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 76).

[2] Des codes d'usages relatifs notamment au commerce électronique, aux contenus préjudiciables aux mineurs, aux produits de santé en ligne, à la publicité en faveur des boissons alcoolisées, au télétravail, à l'archivage électronique ou encore au vote électronique ont ainsi été rédigés ([en ligne] <foruminternet.org> (site consulté en 2010)).

[3] Forum des droits sur l'internet, *op. cit.*, p. 2. Le FDI liste ainsi les thématiques suivantes auxquelles il a réfléchi : « Sujets de société : communication politique, protection de l'enfance ; sujets socio-économiques : relations du travail, jeux vidéo, consommation et commerce électronique, publicité en ligne ; sujets de prospective ou techniques : développement durable, langue et internet » (*ibid.*).

[4] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 76.

[5] Forum des droits sur l'internet, *op. cit.*, p. 3.

et labels dans le secteur des communications électroniques »[1]. Mais jusqu'aux guides et autres fiches pratiques ont contribué à poser des devoir-être en ligne.

L'originalité de pareille organisation dans le paysage ordinaire des sources du droit fait dès lors peu de doute et le FDI pouvait souligner sa « faculté de mobiliser tous les leviers de la régulation, des formes traditionnelles jusqu'à la *soft law* (chartes, codes de conduite…) en passant par l'information et la sensibilisation du public »[2]. S'il a été mis en place essentiellement afin de jouer un rôle de source matérielle, sollicitée par le Parlement ou par le Gouvernement, en particulier à travers l'outil des recommandations[3], le FDI, qui s'était assigné l'objectif de « construire la civilité sur l'internet »[4], a aussi largement joué un rôle de source formelle[5]. De plus, du côté des normes à portée individuelle, l'organe de médiation institué dans le cadre du FDI a amplement servi à « rendre la justice » concernant les litiges immatériels puisqu'il a permis de régler près de 13 000 différends[6]. Le FDI a donc fourni, en une décennie, un travail colossal relevant du consultatif et de l'informatif[7] mais aussi du normatif.

---

[1] *Ibid.*

[2] *Ibid.*, p. 2.

[3] La LCEN (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*) notamment a été pour une bonne partie inspirée par le FDI (notamment, Forum des droits sur l'internet, « Recommandation relative à la loi sur la confiance dans l'économie numérique », 6 févr. 2003).

[4] Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », *op. cit.*

[5] À titre d'exemple, il est intervenu concernant la conservation des données, la publicité ciblée, le vote électronique, la communication électorale, la diffusion des données publiques, l'administration électronique, la responsabilité des organisateurs de forums, la responsabilité pour la création de liens hypertextes dirigeant vers des contenus illicites, l'accessibilité aux mineurs des contenus préjudiciables, les actes authentiques par voie électronique ou encore le courtage par internet de biens culturels.

[6] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 299.

[7] Des recommandations, des dossiers d'information thématiques, des guides pratiques, des rapports thématiques, des rapports annuels d'activité, des contributions (par exemple en vue de la préparation du Forum sur la gouvernance de l'internet) et des réponses (par exemple au Livre vert de la Commission européenne sur les modes alternatifs de résolution de litiges relevant du droit civil et commercial) ont été publiés ; des débats publics, des forums de discussion, des consultations des internautes, des ateliers, des sondages et des colloques ont été organisés ; et vingt-cinq groupes de travail ont été mis sur pieds.

Le FDI était un parfait exemple d'instance de corégulation et, en cela, peut-être un prototype des sources du droit du futur. Association de droit privé à laquelle participaient les principaux acteurs des activités internetiques, économiques ou non, il avait été institué à l'initiative de l'État et son président était un conseiller d'État, tandis que le directeur du développement des médias et un représentant du ministère de l'économie et des finances siégeaient au conseil d'orientation en tant qu'observateurs et que des représentants de différentes administrations étaient régulièrement invités à participer aux groupes de travail thématiques. Le Forum était donc une organisation privée dans laquelle l'État était largement impliqué et on a pu critiquer son « manque apparent d'indépendance vis-à-vis de l'État »[1], lequel était dans tous les cas évident sur le plan financier[2]. Mais, si les juridictions administratives n'hésitent pas à requalifier les personnes morales initialement de droit privé en personnes morales de droit public lorsqu'il leur apparaît, par exemple, qu'une association est sous le contrôle si étroit de l'administration qu'en réalité elle est un organe de celle-ci[3], il n'a jamais été question de quelque publicisation du FDI que ce soit et celui-ci a définitivement constitué la structure typique de la volonté étatique de recourir à la corégulation, à tel point que certains y ont vu un outil dans les mains de l'État servant à instrumentaliser les acteurs économiques et sociaux à leur détriment[4]. Néanmoins, la plupart des commentateurs ont souligné les « avantages d'un tel organisme »[5], « remarquable en ce qu'il pren[ait] institutionnellement compte de l'originalité de l'internet »[6] et qui « a largement

[1] S. ASTIER, *op. cit.*, p. 143.

[2] Les ressources financières du FDI provenaient en très grande partie de l'État (dans le cadre d'une convention triennale). En outre, le personnel de l'association comprenait des agents de droit public (dont des fonctionnaires).

[3] Spécialement, CE, 11 mai 1987, n° 62459, *Divier* ; CE, 20 juill. 1990, n° 69867, *Ville de Melun* ; CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*.

[4] P. FORTIN, « La corégulation en question », [en ligne] <homo-numericus.net>, 27 juin 2002.

[5] S. ASTIER, *op. cit.*, p. 143.

[6] R. BERTHOU, « La forumisation du droit », *op. cit.*, p. 784.

fonctionné, à la satisfaction de tous »[1], y voyant jusqu'au « pivot organique de la régulation de l'internet en France »[2].

En outre, le FDI a pu prendre part à la construction du droit de la communication par internet en participant au Forum mondial sur la gouvernance de l'internet (IGF), autre structure significative d'un renouvellement des sources du droit par le déploiement de processus normatifs inédits[3]. Mais le FDI a été

[1] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2334.

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 76.

[3] Le FDI développait le volet supranational de son action — l'une de ses missions initiales étant la contribution aux activités visant à la coopération internationale — grâce à la participation de membres correspondants dans différentes organisations, mais aussi grâce à la création d'un « réseau européen de corégulation de l'internet » qui ne comportait cependant que huit membres (dont deux britanniques, soient sept pays participant). Surtout, le FDI a toujours été très actif dans le cadre du Forum mondial sur la gouvernance de l'internet (IGF), lequel est placé sous la responsabilité de l'ONU. La déclaration finale du « Sommet mondial sur la société de l'information » (SMSI) de Tunis, adoptée le 18 novembre 2005, affirma : « La gestion internationale de l'internet, devenu une ressource publique mondiale, devrait s'opérer de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales ». Ainsi le principe de création d'une nouvelle instance dans laquelle seraient appelés à siéger les représentants des gouvernements et ceux des secteurs privés économique et civil a-t-il été adopté par les cent soixante-dix pays participant au sommet. Et le FDI pouvait, dans sa « Contribution dans le cadre de la réunion préparatoire du Forum sur la gouvernance de l'internet (IGF) » publiée en 2006, « se félicite[r] du choix en faveur d'une approche multi-acteurs sur l'ensemble des questions relatives à la société de l'information. Cette méthode constitue, sans aucun doute, l'axe de développement idéal d'une bonne gouvernance de l'internet, respectueuse des principes fondateurs du réseau mondial (outil ouvert, complexe, international, sans frontière où toutes les parties prenantes jouent un rôle fondamental), de nature à conférer aux solutions dégagées légitimité et efficacité » (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 145). Il faut cependant relativiser l'apport de l'IGF qui, malgré son activité réelle et bien qu'il soit ouvert à la participation des acteurs du secteur privé, est surtout un lieu où sont transposés les affrontements entre États souverains, spécialement entre les États-Unis et la Chine. Son apport normatif direct mais aussi son apport normatif indirect se révèlent ainsi fort maigres. Un commentateur souligne que, « au sein de l'IGF, on parle de gouvernance mais l'on n'en fait pas » (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 287). L'institution de l'IGF doit néanmoins être évoquée tant il s'agit là de la première forme de coopération internationale autour des questions d'intérêt public en lien avec l'internet et avec la communication par internet, autant de questions à propos desquelles il est reconnu, depuis les conclusions du SMSI de 2005, qu'elles « ne sont pas couvertes de façon adéquate par les mécanismes traditionnels » (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*,

dissous en 2010, ce qui ne manque pas de poser question, d'autant plus qu'il a été « remplacé » par un Conseil national du numérique ne lui ressemblant guère. Ainsi la réaction des pouvoirs publics fasse au développement de la corégulation peut-elle surprendre : tantôt ils la promeuvent, tantôt ils la freinent.

IV. ***La dissolution du Forum des droits sur l'internet et la création du Conseil national du numérique.*** **–** L'association qui servait de support au FDI a été dissoute le 7 décembre 2010 — soit dix ans exactement après sa création[1]. D'aucuns ont pu regretter la « disparition d'un lieu important de rencontre et de réflexion »[2] ou « déplorer le retrait d'une structure utile de médiation »[3] et d'une instance normative située « entre la régulation publique et l'autorégulation »[4]. Et des députés, au moyen d'un rapport rendu à l'Assemblée nationale en 2011, d'en « appelle[r] de [leurs] vœux au retour à une composition plus représentative de l'ensemble des parties prenantes de l'univers numérique, notamment les représentants des ayants droit, des associations de consommateurs et plus largement de la société civile, et à un modèle plus ambitieux d'enceinte de corégulation disposant de l'ensemble des compétences qui étaient celles du Forum des droits sur Internet, en particulier celles de médiation et d'élaboration et de suivi de chartes de bonnes conduites »[5].

Si le FDI a disparu, son expérience a, semble-t-il, témoigné du renouvellement des sources du droit et, au-delà, de la pertinence du recours à la

---

n° 4711). Ainsi est-il convenu non seulement au niveau national mais aussi au niveau international que la corégulation ou « régulation multiacteurs », pour reprendre l'expression à laquelle goûtait particulièrement le FDI, serait la voie à privilégier afin d'établir de façon ouverte et innovante le droit de la communication par internet.

[1] Le ministère de l'économie a décidé de ne pas renouveler en 2011 le versement de la subvention annuelle d'un million d'euros qui lui permettait d'assurer ses activités depuis 2001. Si elle avait été constituée initialement pour une durée de six ans, son assemblée générale avait voté sa prorogation pour une durée de douze ans le 13 juin 2007 (ce qui devait l'amener à exister au moins jusqu'en 2019).

[2] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2334.

[3] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 303.

[4] Ch. PAUL, *op. cit.*, p. 65.

[5] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 303.

corégulation, en particulier en termes d'effectivité et d'efficacité du droit, en raison de la légitimité supérieure du « droit négocié » par rapport au « droit imposé »[1] et du dépassement des « frontières figées entre régulation publique et régulation privée »[2] qu'elle permet[3]. Aussi le Conseil national du numérique (CNNum) a-t-il rapidement comblé, plus ou moins heureusement, le vide laissé par la dissolution du Forum[4]. Toutefois, cette institution n'est qu'un signe limité de l'appétence des autorités publiques pour la corégulation tant elle ne partage que peu de points communs avec l'ancien FDI.

Le CNNum n'élabore pas de chartes de bonne conduite ou de labels ni ne procède à la médiation quant aux litiges nés relativement aux activités

[1] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 317.

[2] C. CHAVAGNEUX, P. FREMEAUX, « Gouvernance mondiale – L'Europe doit assumer ses responsabilités », *Alternatives économiques* 2002, n° 207, p. 70 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 193).

[3] Un juriste ancien chargé de mission auprès du FDI peut souligner combien, « dans un contexte où la règlementation ne peut s'élaborer dans l'ignorance des intérêts et de l'expérience des acteurs, la corégulation prend tout son sens » (L. THOUMYRE, « Le rôle du Forum des droits sur l'internet dans la régulation du commerce électronique », *LPA* 6 févr. 2004, p. 5).

[4] S'il était programmé par le Plan France Numérique 2012 du 20 octobre 2008 et si sa création était initialement envisagée pour le début de l'année 2009, le CNNum n'a vu le jour que le 29 avril 2011, après la remise du « Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique », le 25 février 2011, au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique (D. n° 2011-476, 29 avr. 2011, *Portant création du Conseil national du numérique*). Le CNNum a été réorganisé par un décret du 13 décembre 2012 (D. n° 2012-1400, 13 déc. 2012, *Relatif au Conseil national du numérique*). Il ne doit pas être confondu avec le « Conseil consultatif de l'internet », lequel avait été mis en place par le pouvoir exécutif en 2003 (D. n° 2003-1167, 8 déc. 2003, *Portant création du Conseil consultatif de l'internet*). Celui-ci était chargé de « conseiller le Gouvernement sur toutes les questions qui concernent les communications électroniques, les services utilisant la communication électronique et les correspondances privées en ligne » (*ibid.*). Il pouvait être saisi de « demandes d'avis ou d'études émanant […] du Gouvernement » concernant « tout projet de loi relatif aux communications électroniques ou à un sujet qui implique leur utilisation » (*ibid.*). Mais le Conseil consultatif de l'internet, après s'être réuni une seule fois, a été dissous le 9 juin 2009, en application d'un décret de 2006 (D. n° 2006-672, 8 juin 2006, *Relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif*, art. 17). Sa présence en complément du FDI était semble-t-il inutile. Il n'est donc qu'une maigre illustration supplémentaire de la recherche de corégulation par les pouvoirs publics.

immatérielles[1]. À la différence de ce qu'était le FDI, il n'est qu'une (éventuelle) source matérielle du droit[2] et en aucune occasion une source formelle[3]. De plus, le CNNum n'est guère une association relevant de la loi de 1901, à l'instar du FDI, mais, selon ses propres termes, une « commission consultative indépendante »[4], soit un objet juridique non identifié dans le paysage du droit public français[5]. L'ensemble de son statut juridique diffère sensiblement de celui

[1] « Le Conseil national du numérique, y était-il expliqué, n'a pas à être un régulateur du monde numérique. Il doit être un interlocuteur des acteurs du numérique avec les pouvoirs publics pour que leur voix puissent être prises en compte. […] Le Conseil doit avoir un rôle prospectif, en adressant des propositions au Gouvernement sur la politique numérique à mener, et un rôle consultatif » (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4698).

[2] Le CNNum a seulement « pour mission de formuler de manière indépendante et de rendre publics des avis et des recommandations sur toute question relative à l'impact du numérique sur la société et sur l'économie. À cette fin, il organise des concertations régulières, au niveau national et territorial, avec les élus, la société civile et le monde économique. Il peut être consulté par le Gouvernement sur tout projet de disposition législative ou réglementaire dans le domaine du numérique » (D. n° 2012-1400, 13 déc. 2012, *Relatif au Conseil national du numérique*, art. 1er). Il peut aussi s'autosaisir.

[3] Par exemple, au moyen de son avis n° 2013-1 du 1er mars 2013, il a, à l'unanimité, considéré qu' « il est urgent d'élargir le principe de neutralité [du net] et de l'intégrer au plus haut niveau de la loi », faisant ainsi pression sur le législateur.

[4] [en ligne] <cnnumerique.fr>.

[5] Le Conseil comporte sept groupes de travail qui réfléchissent chacun à un pan particulier du droit du numérique, de la fiscalité à l' « inclusion numérique ». De plus, des concertations sont organisées auxquelles chacun peut participer via le site web <cnnumerique.fr>. Quant à sa composition, le Conseil, qui est dirigé par un Président et par un Bureau réunissant quatre vice-présidents, accueille trente personnalités « choisi[es] en raison de leurs compétences dans le domaine du numérique » (D. n° 2012-1400, 13 déc. 2012, *Relatif au Conseil national du numérique*, art. 2), venues d'horizons divers mais parmi lesquelles les représentants des grands acteurs économiques de la communication par internet prédominent très largement. S'y retrouvent également des chargés de recherche au CNRS, des professeurs des universités ou encore des philosophes. Et « les membres du Conseil national du numérique, dont le président, sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du ministre chargé de l'économie numérique pour une durée de trois ans. Ce mandat est renouvelable » (*ibid.*, art. 3). Cette dernière disposition témoigne du caractère parfaitement hybride de pareille institution, à mi-chemin entre le public et le privé, de même que le fait que « les frais de fonctionnement du conseil sont imputés sur le budget du ministère en charge de l'économie numérique » (*ibid.*, art. 6) et que le fait que le programme de travail annuel du Conseil est adopté par une « formation élargie à deux députés, deux sénateurs ainsi que

qui était propre au FDI, de telle sorte qu'il n'est pas permis de considérer que le CNNum aurait pris sa suite, qu'il s'inscrirait dans son prolongement. Un organisme de corégulation donnant d'amples prérogatives au secteur privé a été remplacé par un organisme de corégulation à l'influence normative beaucoup plus succincte[1] et qui, en outre, est régulièrement critiqué[2]. En tant que simple source matérielle, le CNNum est bien moins important pour le droit de la communication par internet français que ne l'a été le FDI. La question se pose alors de savoir s'il ne faudrait pas y voir, en dernière analyse, le signe d'un désintérêt des autorités publiques à l'égard de la corégulation ou bien une volonté de limiter le renouvellement des sources du droit dès lors qu'il aboutit à conférer davantage de pouvoirs normatifs aux représentants de la société civile.

La corégulation, sous ses différentes formes, apparaît pourtant indispensable à l'élaboration du droit de la communication par internet[3], ce qui

---

cinq personnes investies localement dans le développement du numérique et nommées par arrêté du ministre chargé de l'économie numérique pour une durée de trois ans renouvelable » (*ibid.*, art. 5).

[1] Peut-être CNNum et FDI auraient-ils pu cohabiter afin de proposer une structure de corégulation remarquablement efficiente et complète. Il est vrai que, en même temps qu'ils n'ont ni le même statut juridique ni les mêmes objectifs assignés, là où le FDI s'enquérait surtout des droits des internautes, le CNNum se focalise, étant donné les origines des membres qui l'intègrent, sur le développement de l'économie numérique.

[2] Le CNNum est l'objet de vives critiques, spécialement sous l'angle de sa composition, mais aussi sous l'angle de ses attributions et de son mode de fonctionnement. Dans un rapport remis à l'Assemblée nationale en juin 2011, des députés regrettaient la mise en place d'une « structure dont la composition et les compétences ne répondent pas aux besoins de régulation de l'univers numérique » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 300). Et de relever que, « de façon surprenante et inquiétante, l'élaboration et le contrôle de l'application de "chartes de bonne conduite" entre les acteurs du numérique ne font pas partie du périmètre de compétences du nouveau Conseil, alors même qu'il s'agissait d'une fonction clé du FDI » (*ibid.*, p. 302).

[3] Le « rapport Kosciusko-Morizet » de 2011 soulignait que « DADVSI, HADOPI, LOPPSI et lois de finances ont été des exemples où des acteurs de l'économie numérique se sont opposés, souvent fortement, à une politique publique d'initiative gouvernementale ou parlementaire. Afin d'éviter de tels affrontements qui aboutissent inéluctablement à provoquer un désintérêt des acteurs du numérique pour la chose publique, la création d'une structure consultative sembl[ait] nécessaire » (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide, op. cit.*, n° 4698).

implique de reconsidérer en profondeur la légistique, les modes de production du droit. Plus que dans tout autre domaine, il semble indispensable de trouver les moyens adéquats afin que la société civile se situe du côté de la coopération plutôt que du côté de la contestation[1], car la remise en cause de la puissance de l'État dans le cyberespace est telle qu'une société civile qui conteste l'État est une société civile qui est capable de rivaliser avec lui, loin d'être dominée par et soumise à lui[2]. Or peut-être les sources du « droit de demain » devront-elles toujours plus s'adapter à cette forme de concurrence entre puissances privées et puissance publique. Et la corégulation se présente tel un moyen de répondre à ce besoin ; mais elle reste encore largement à penser et à édifier.

Il convient de poursuivre la présentation des sources privées du droit de la communication par internet en abordant les sources de normes à portée individuelle. Peut-être celles-ci témoignent-elles également du « déploiement anarchique des nouveaux phénomènes normatifs qu'appellent la technicisation et la scientifisation de la société et du système juridique »[3]. Le développement de la corégulation engendre une « recomposition du paysage juridique [qui] est celle d'un enchevêtrement de logiques, des éléments de production du droit en réseau venant s'insérer dans les intervalles, de plus en plus larges, ouverts dans la construction pyramidale traditionnelle »[4]. L'essor des sources de normes individuelles ne fait peut-être que renforcer ce sentiment d'un bouleversement dans les structures juridiques classiques, d'un passage du droit moderne au « droit postmoderne » et de l'État moderne à l' « État postmoderne »[5] dont la corégulation serait le prototype institutionnel.

---

[1] Réf. à O. COSTA, P. MAGNETTE, « La société civile entre coopération et contestation », *op. cit.*, p. 181 s.

[2] Aujourd'hui, il ne semble plus justifié de soutenir que « l'autorégulation ne peut légitimement et efficacement s'installer que dans les "interstices de liberté" que laisse subsister le droit étatique contraignant » (M. VIVANT, « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1503).

[3] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 358.

[4] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 122.

[5] Réf. à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

Chapitre 2

LES PARTICULARITÉS DES SOURCES PRIVÉES DE NORMES INDIVIDUELLES

Les règles à portée particulière paraissent au moins aussi importantes que les règles à portée générale, que ce soit à l'échelle du droit de la communication par internet ou, semble-t-il, à l'échelle de beaucoup de branches du droit[1]. Or, ordinairement, les sources privées sont plutôt enclines à édicter des règles particulières quand la fabrique des règles générales est davantage l'apanage des sources publiques[2]. Il en résulte que le renouvellement des sources privées du droit ne peut qu'aller de pair avec le développement des sources de normes générales plus qu'avec le développement des sources de normes particulières. L'étude du droit de la communication par internet permet néanmoins de relever quelques éléments intéressants concernant ces dernières.

Il est difficile de dire si le contrat contribue ou non au renouvellement des sources du droit tant il est bien connu des juristes tout en étant rarement cité par

[1] Peut-être faut-il considérer que, *lorsque plusieurs normes individuelles issues d'une source du droit donnée correspondent au même modèle de conduite, celles-ci ne comptent que pour une seule règle de droit*, peu important que la multiplicité des destinataires individuels emporte une multiplicité des normes personnalisées. En somme, *des normes individuelles* ne pourraient être comptabilisées qu'en tant que, collectivement, elles consacrent *une norme générale*. Ainsi la domination quelque peu artificielle des sources de règles individuelles sur les sources de règles générales pourrait-elle être évitée.

[2] En ce sens, il est remarquable que, selon le Professeur Olivier Beaud, lorsque l'État intervient au moyen de la loi, il agirait en tant que personne publique et, lorsqu'il intervient au moyen du contrat, il agirait en tant que « personne privée » (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 103).

les introductions au droit au nombre des sources du droit. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit d'un acte juridique comportant des normes à portée particulière (section 1), ce qui le rend incomparable aux lois, règlements, chartes, codes de bonne conduite et autres actes supportant des normes à portée générale[1]. Par ailleurs, les tribunaux, à travers les jugements qu'ils prononcent, sont une source importante de règles individuelles. Quant au pan privé des sources du droit, cela implique d'étudier les *modes alternatifs de résolution des conflits*, les « cours spéciales »[2] d'où jaillissent de nombreuses normes à portée individuelle à travers une « justice informelle »[3] ou, du moins, « inofficielle » (section 2)[4]. Contrairement au cas des contrats, le renouvellement des sources du droit impliqué par ces modes alternatifs de résolution des conflits semble patent. Peut-être la justice sera-t-elle demain rendue dans des cadres privés autant que dans des cadres publics, ce qui ne manque pas d'interroger.

[1] Même si la distinction des actes normatifs porteurs de règles générales et des actes normatifs porteurs de règles individuelles pourrait sembler quelque peu artificielle dès lors que, suivant les termes du Code civil, un contrat ne serait pas autre chose qu'une « loi ».

[2] H. W. ARTHURS, « Special Courts, Special Law – Legal Pluralism in 19th Century », in G. R. RUBIN, D. SUGARMAN, dir., *Law Economy and Society – 1750-1914: Essays in the History of English Law*, Professionnal Books (Abingdon-on-Thames), 1984, p. 380 s.

[3] Réf. à R. MATHEWS, dir., *Informal Justice?*, Sage Publications (Londres), 1988.

[4] On va jusqu'à considérer que, concernant le droit globalement compris, « le partage des juridictions étatiques et non étatiques pourrait avoir été la véritable constante historique » (J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales – Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, n° 18, p. 30).

Section 1

La singularité des contrats privés

Le contrat, qui préoccupe les juristes (les privatistes peut-être plus que les publicistes[1]) depuis une époque relativement récente comparativement à la loi ou à la décision de justice[2], est au cœur de nombreuses activités et, s'il se définit tel un *acte juridique* formalisé ou tacite[3], il peut être également étudié par les sociologues ou par les économistes[4]. Comme le résume le Professeur Pascale Deumier, « le contrat est d'usage quotidien et la règlementation, bien qu'en expansion, laisse encore une large part à l'imagination des contractants »[5]. Le contrat n'est pas plus décisif pour le droit de la communication par internet que pour la plupart des branches du droit privé, qui sont elles-aussi impactées par le

[1] Il est classique d'opposer, avec Jean Rivero, le droit privé ou « droit du libre consentement » et le droit public ou « droit de la contrainte » (J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, p. 69). Le contrat semble davantage présent en droit privé qu'en droit public, quoiqu'il soit de plus en plus présent en droit public en tant que mode privilégié, bien que non naturel, d'action publique (en ce sens, Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008).

[2] En ce sens, L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 333 s. ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, th., Université de Paris, 1965.

[3] Il semble préférable de définir le contrat tel un acte juridique porteur de normes que telle une norme en soi. Il ne serait donc pas en soi un devoir-être mais le document (comme une loi ou une décision de justice) dans lequel le devoir-être s'inscrit, généralement avec d'autres devoir-être.

[4] *Cf.* J.-G. BELLEY, dir., *Le contrat entre droit, économie et société*, Éditions Yvon Blais (Cowansville), 1998.

[5] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 335.

phénomène de *contractualisation du droit*[1]. Cela ne retire rien au fait que beaucoup de normes, dont la grande majorité des normes à portée individuelle, qui composent le droit de la communication par internet sont issues de contrats privés et qu'il semblait important de les mentionner aux côtés des règlements privés et autres usages, même si ces derniers, à l'inverse des contrats, sont singuliers en ce qu'ils se retrouvent en droit de la communication par internet plus qu'ailleurs et seraient donc bien davantage annonciateurs du « droit de demain ».

Des commentateurs remarquaient, en 2001, que le contrat était « omniprésent sur l'internet »[2]. Nul doute qu'il le demeure, ce qui interdit, quelle que soit son originalité intrinsèque dans l'espace des actes normatifs, de le passer sous silence (B). Aussi, parmi les diverses sources privées du droit de la communication par internet, le contrat apparaît-il comme celle qui contribue le moins au renouvellement des sources du droit. Mais cela ne signifie pas qu'elle n'y contribue en aucune façon, car d'aucuns hésitent aujourd'hui encore à compter le contrat au nombre des sources du droit (A).

A. L'acceptation délicate du contrat privé parmi les sources du droit

Bien que le Professeur Philippe Jestaz souligne combien élever le contrat au rang de source du droit « paraîtra d'abord insolite »[3] et bien qu'on puisse y voir un « acte d'exécution et non de production du droit »[4], il se trouve un nombre

[1] Par exemple, P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM (Aix-en-Provence), 2007, p. 15 s.

[2] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 541.

[3] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 87.

[4] L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 10. En ce sens, Carré de Malberg expliquait que « l'ordre juridique se trouve complètement formé, quant à l'État ou à ses membres individuels et quant au juge, par cela seul que la loi a posé [ses] règles ; à cet ordre juridique les conventions privées […] n'ajoutent rien de nouveau : elles lui donnent seulement l'occasion de recevoir application exécutive et juridictionnelle. Pour expliquer que les

croissant de juristes qui intègrent le contrat parmi les sources du droit[1]. D'aucuns soulignent la « crise contemporaine du contrat »[2], « crise » devant se comprendre comme une « crise théorique »[3], c'est-à-dire comme une « crise » induite par l'absence de certitudes quant à la notion de « contrat »[4]. Il n'est cependant pas lieu, en ces pages, de chercher à accueillir une autre vision de cette « entreprise

---

autorités exécutives, telles que le juge, interviennent à l'effet d'assurer cette application, il n'est nullement besoin de supposer que, par leurs accords, les particuliers créent du droit à l'égard de l'État ou entre eux-mêmes ; l'État intervient, à la suite d'un contrat, pour faire respecter le droit qu'il a fondé lui seul, à savoir la règle qui veut que les contrats soient observés » (R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 90). Et de renchérir : « Les contrats privés ne sont pas une source créatrice de droit, car, si le contrat crée la règle contractuelle, ce n'est pas lui qui crée le droit ou l'ordre juridique en vertu duquel cette règle possédera force juridique ou coercitive. À la suite des contrats, il ne se produit, en réalité, aucun progrès, aucune innovation ou addition, dans l'ordre juridique antérieur. Encore que les contrats fassent naître entre leurs auteurs des rapports juridiques qui n'existaient pas auparavant, et que les parties soient maîtresses de régler à leur gré ces rapports en raison de la liberté des conventions, ce serait jouer sur les mots que de qualifier leur activité contractuelle de création du droit » (*ibid.*, p. 93-94).

[1] Par exemple, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 2 : Normes internes infraconstitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.* 2004, p. 594 s. Étant entendu que doivent être distingués les contrats publics et les contrats privés et que, en ces lignes, seuls ces derniers sont concernés.

[2] *Cf.* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.

[3] En ce sens, H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. droit* 1968, p. 13 s.

[4] Le contenu de cette notion n'est, selon un auteur, qu'une « question de convictions et d'opinions » (L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 4). On va jusqu'à considérer que la théorie du contrat serait aussi confuse et incertaine que la théorie du droit (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 25), si bien qu'il serait justifié de parler de « contrats » au pluriel (réf. à *Arch. phil. droit* 1968, « Sur les notions du contrat »). Également, J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 s. ; J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », in Association Henri Capitant, *La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 223 s. ; F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, dir., *loc. cit.*, p. 225 s. ; G. MARTY, « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse* 1951, p. 75 s. ; R. LEVACHER, *La règle contractuelle dans l'ordre juridique – Contribution à l'analyse normative du contrat*, th., Université de Nantes, 2007.

la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »[1], que celle qui est ordinairement retenue parmi les lexiques juridiques : un contrat est le « nom générique donné — au sein des actes juridiques — à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer, transmettre ou éteindre une obligation etc. »[2]. Le contrat est ainsi un acte juridique né d'une rencontre de volontés et qui donne lieu à une situation juridique à portée individuelle, c'est-à-dire à un ou plusieurs droit(s) et obligation(s) subjectif(s), propre(s) à ses parties, à un « contenu obligationnel »[3], et que le droit objectif sanctionne comme s'il s'agissait d'une loi[4].

La portée individuelle et non générale de son contenu normatif a longtemps constitué un frein empêchant l'acceptation du caractère juridique du contrat[5], accompagné du fait qu'il ne concorde pas avec la définition du droit comme production sociale de la collectivité à destination de la collectivité. Étonnamment aux yeux du juriste praticien, la juridicité des normes contractuelles est donc loin d'être une évidence aux yeux du juriste théoricien[6]. Raymond Carré de Malberg[1]

---

[1] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 206.

[2] V° « Convention », in G. CORNU, dir., *op. cit.* Et l'article 1101 du Code civil de disposer que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

[3] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

[4] D'ailleurs, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » s'applique de manière plus évidente au contrat qu'à la loi au sens strict (« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (C. civ., art. 1103 ; cet article est qualifié de « très généreux » (P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 123))). Sur ce point, *cf.* L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. const.* 2004, n° 17, p. 120 s. ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa premier du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265 s.

[5] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique – Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1971 ; J. DABIN, *op. cit.*, p. 92.

[6] Aujourd'hui encore, certains remarquent que « le contrat n'est guère envisagé par les juristes comme une source de droit » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit », *op. cit.*, p. 594) ; mais les observations divergent et l'incompréhension est grande puisque d'autres notent que « nul n'a jamais pu douter qu'il y ait dans les documents juridiques munis d'une portée individuelle du droit » (D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 33) ; tandis que

et d'autres[2] ont ainsi pu refuser toute juridicité aux normes conventionnelles privées[3]. Et il est significatif que, parmi les nombreux ouvrages traitant aujourd'hui des sources du droit, on ne trouve que rarement le contrat cité[1].

---

d'autres voient dans les conventions individuelles non des sources du droit mais des « sources de droits » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 59). Et des auteurs attachés à l'équivalence « droit = État » de considérer que le contrat ne saurait appartenir au droit puisqu' « il n'est pas raisonnable de penser que l'État a accordé un blanc-seing général à tous les citoyens pour s'exprimer en son nom » (P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Dalloz, 1973, p. 12 (cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 29)) ; ou de déduire du fait que « le contrat se situe dans un ordre différent de l'ordre étatique » le fait qu'il « n'est pas un élément de l'ordre juridique » (L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 76).

[1] R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 86 et 89 (« les actes et les tractations de nature privée des particuliers demeurent incapables de toute création proprement dite de droit ; […] un contrat, pas plus qu'un délit, n'est une source d'ordre juridique : le contrat, de même que le délit, constitue seulement un fait ; […] les effets de droit attachés à ce fait, et pareillement la valeur obligatoire de son contenu, sont une création de la loi, car ils ont pour fondement juridique la règle législative qui impose aux contractants le devoir de se conformer, d'une façon adéquate, à leurs stipulations, tout comme l'auteur d'un délit est obligé par l'effet de la règle de droit législative qui exige que les dommages provenant d'un fait délictuel soient réparés par celui dont le fait les a causés »). Est notable que, en revanche, l'illustre professeur strasbourgeois ne se basait pas sur la condition de généralité des normes pour dénier la juridicité aux règles provenant de contrats. Cette attitude est cohérente puisque, ailleurs, il condamnait le recours à pareil critère (*cf.* R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, 1920, p. 300 s.).

[2] Par exemple, J. DABIN, *op. cit.*, p. 92 ; L. IZAC, *L'autorité du contrat – Essai sur l'ordre juridique subjectif*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2006.

[3] Par exemple, R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, *op. cit.*, p. 91 (« l'idée de création du droit par les particuliers se heurte à un obstacle qui provient de ce que ceux-ci sont impuissants aussi bien à procurer par leurs propres moyens l'exécution forcée de leurs actes ou conventions qu'à leur donner force exécutoire. […] Les règles engendrées entre eux par leurs stipulations contractuelles, comme celles nées de leurs actes individuels, ne sauraient donc être qualifiées règles de droit, comme celles créées par une loi de l'État : il leur manque pour cela d'être exécutoires par la propre puissance de leurs auteurs. […] En vain dirait-on que les stipulations contractuelles trouvent d'emblée et même possèdent par avance leur sanction coercitive dans la sanction générale attachée à la prescription de la loi qui a posé en principe que les conventions doivent être exécutées : ne sont-elles pas ainsi pourvues, elles aussi et dès leur naissance, d'une sanction ? Il faut répondre que ce qui est sanctionné en elles, ce ne sont pas les clauses conclues entre les contractants, c'est la règle législative imposant le respect de ces clauses. On ne peut donc pas dire que la *lex contractus* et la force exécutoire de

Reste qu'il semble nécessaire, en cette thèse, d'accueillir le contrat parmi les sources du droit[2]. Si la qualité de source du droit du contrat en venait à être de plus en plus largement reconnue par la doctrine, il s'agirait d'une forme de renouvellement des sources, cela même si, *de facto*, le contrat est au centre de la mécanique juridique depuis des temps plus qu'anciens. Ensuite, les stipulations contractuelles présentent à différents titres un « particularisme vital », c'est-à-dire des spécificités qui sont loin d'être inutiles pour le droit, spécialement s'agissant du droit de la communication par internet, si bien que de nombreuses activités ne sont régies que par des normes d'origine contractuelle. Si le contrat est donc au centre du jeu juridique depuis fort longtemps, il serait appelé à y

---

cette *lex* procèdent de la même puissance ; tandis que ces clauses sont l'œuvre privée des contractants, la coercition susceptible d'intervenir pour en assurer l'exécution est le fait de la puissance publique qui n'appartient qu'à l'État »).

[1] Selon Michel van de Kerchove, c'est même « traditionnellement, comme on le sait, [que] la plupart des auteurs refusaient de voir dans les conventions privées des normes juridiques » (M. VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 40). Par exemple, R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 7e éd., Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 93 ; P. COURBE, *Introduction générale au droit*, 11e éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2009, p. 42 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 12e éd., Litec, coll. Manuels, 2008, p. 49 ; J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, 2e éd., Puf, coll. Droit fondamental, 1989, p. 121 ; *Arch. phil. droit* 1982, « Sources du droit ». Font exception les ouvrages suivants : Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 2 : Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.* ; Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 81 s.

[2] En ce sens, par exemple, D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 33-34 (qui note que « la théorie autrichienne de la "formation du droit par degrés" à partir des années trente a apporté pour la première fois l'équipement conceptuel au travers duquel il est possible de se représenter la règle de Droit dans toute son étendue. Les juristes viennois rendaient enfin compte de la réalité — manifeste — des normes individuelles et de leur *commune nature* avec les "autres" règles de Droit. […] Aucune différence de nature n'oppose la norme générale et la norme individuelle en regard de leur aptitude à prescrire ; il n'existe entre elles qu'une différence de degré. Dans le cas de la norme particulière, le "devoir-être" est simplement concrétisé, individualisé, mais c'est toujours le même genre d'impératif que l'on émet » (non souligné dans le texte original)). Également, J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 362 (« que la majorité des contractants, dans un lieu, recoure à un type contractuel inusité ailleurs, un droit différent se dessine ») ; Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008. Spéc., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 346 s ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit* 1940, p. 33 s.

occuper toujours plus de place à l'avenir, ce mouvement accompagnant le développement plus général des sources privées et le retrait des sources publiques.

Avec le contrat, le renouvellement des sources du droit s'opère à la fois dans le champ qualitatif (acceptation croissante de sa qualité de source du droit) et dans le champ quantitatif (régulation de plus en plus contractuelle). Mais cela doit être largement relativisé, surtout en comparaison des spécificités et de l'importance des organisations *ad hoc* étudiées au sein du précédent chapitre. Celles-ci indiquent que le droit pourrait connaître quelques bouleversements ; l'affirmation du contrat, qu'elle soit théorique ou pratique, n'atteint guère pareilles extrémités.

B. Le particularisme vital du contrat privé parmi les sources du droit

Il faut tout d'abord rappeler que les contrats-types et les conditions d'utilisation, qui peuvent s'analyser tels des règlements privés et qui sont au cœur du renouvellement des sources du droit, méritaient d'être étudiés à part. Lorsque la convention ne stipule pas que « monsieur X doit… » mais dispose que « l'utilisateur doit… », la généralité du propos normatif est patente. Intituler un contrat « conditions générales » ne revient-il pas à commettre une *contradictio in adjecto* ? Le contrat n'apparaît dès lors plus en tant que « mode privilégié de la coopération sociale librement consentie »[1]. Au-delà de cette précision, le contrat

[1] F. TERRÉ, A. WEILL, *Droit civil – Les obligations*, 4e éd., Dalloz, coll. Précis, 1979, p. 25 (cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 79). Il faut rappeler que beaucoup des contrats-types précédemment évoqués, pour des raisons diverses allant de l'économique au social, doivent dans les faits être obligatoirement conclus par des personnes qui n'en ont établi aucune des stipulations, lesquelles s'apparentent alors à des dispositions. Les contrats-types ou contrats d'adhésion, qui doivent être distingués des contrats élaborés à l'aide d'un clausier dans lequel sont choisies les stipulations pertinentes (W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2e éd., Litec, 2011) et dont les termes standardisés, qu'il est seulement possible d'accepter ou de ne pas accepter sans les négocier, peuvent s'appliquer potentiellement à un nombre indéfini d'individus, sont peut-être

est essentiel pour un nombre croissant de branches du droit et notamment pour le droit de la communication par internet, semblant ainsi constituer chaque jour un peu plus le rouage essentiel de la mécanique juridique. Il faut ainsi souligner la force motrice du contrat privé en droit de la communication par internet.

On fait du contrat l'un des deux « piliers du droit », aux côtés de la responsabilité[1]. À l'heure de la « société contractuelle »[1], il serait la « forme

---

davantage des règlements privés, donc des ensembles de normes générales, que des contrats privés véritables, soit des ensembles de normes individuelles. *Cf.*, en particulier, G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *op. cit.*, p. 1233 s. Le phénomène est de plus en plus omniprésent, ce qui s'explique aisément : « Lorsque l'activité juridique est quotidienne, s'interroger à chaque nouveau contrat pour, clause après clause, trouver la formulation la plus adéquate est une perte de temps et une prise de risque renouvelée. La standardisation des opérations contractuelles est donc un élément incontournable de la vie juridique, en décalage immense avec l'intérêt qu'elle suscite. Elle va pousser chaque entreprise à élaborer des stipulations contractuelles types » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 335). Il est vrai que le principe de la liberté contractuelle ne saurait être atteint et que le contrat-type n'engage que celui qui y consent à l'inverse d'un règlement qui possède un caractère unilatéral et produit des effets juridiques sans qu'il soit nécessaire d'obtenir quelque accord de son destinataire (G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973) ; mais c'est aussi peut-être à raison qu'on observe qu' « il est difficile de discerner l'accord de volonté derrière les contrats d'adhésion » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 25) et que ces derniers témoignent de l'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat qui n'a alors peut-être plus de contrat que le nom (P. ANCEL, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat », in S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 307 s.). D'aucuns voient ainsi dans les contrats-types des « conventions-lois » (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 541) ou des « législations prêtes à l'emploi » (P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 123). Aussi peut-on noter que beaucoup de contrats sont destinés à s'appliquer à un nombre de personnes bien plus étendu que nombre de lois (J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11). Et un auteur prend soin de préciser qu'il s'intéresse uniquement aux « contrats individuels » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit », *op. cit.*, p. 594 s.) par opposition aux « contrats généraux » — mais il faut ici faire de la portée individuelle un élément décisif de définition du contrat. Ne sont donc, au sein de ces pages, concernés que les seuls contrats à portée réellement individuelle, que des personnes physiques et/ou morales discutent puis signent, faisant ainsi naître des droits et devoirs qui ne concernent que leurs relations subjectives.

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « La redécouverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *op. cit.*, p. 279 s.

normale d'organisation des rapports juridiques »[2] ; il serait la turbine du droit, le faisant évoluer au quotidien, là où la loi et la décision judiciaire n'interviendraient que ponctuellement dans la vie juridique[3]. Le droit de la communication par internet invite à conforter ce constat[4]. En 1928, un auteur observait le « splendide isolement » des conventions dans le droit[5]. Désormais, celles-ci se situent au centre du phénomène juridique et c'est sur elles que s'appuient nombres d'institutions du droit. Et peut-être en ira-t-il toujours plus de la sorte à l'avenir[6].

---

[1] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 21. L'auteur parle d'une « société multipolaire, où le pouvoir est segmenté et dont le lien est par essence le contrat » (*ibid.*, p. 27).

[2] B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 82.

[3] *Cf.* F. TERRÉ, « Le contrat à la fin du XX^e^ siècle », *Revue des sciences morales et politiques* 1995, n° 3, p. 209 s.

[4] Des auteurs de doctrine et des personnalités politiques évoquent le « déclin » (J.-P. CHAZAL, « Georges Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004, p. 244 s.) ou le « malaise » du contrat (M. ROCARD, « Le malaise français en matière de contractualisation », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir. *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2007, p. 179 s.) ; mais cela ne peut que viser son approche théorique car, en pratique, il ne semble que possible de parler de « succès du contrat ».

[5] H. LALOU, « 1382 contre 1165, ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard d'un tiers », *D.* 1928, p. 69 (cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 1).

[6] « Le droit, enseigne-t-on, étant devenu par essence un droit "privé", c'est le contrat qui mène le jeu » (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 158). Certes, Max Weber soulignait combien, avant que l'État ne prenne le relai, le contrat était l'outil de base au moyen duquel travaillaient les juristes (M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Puf, 1986, p. 50 (cité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 138)). « Le contrat, écrivait Weber, était très répandu même aux époques les plus reculées de l'histoire du droit dans des domaines où aujourd'hui l'importance des libres accords a disparu ou diminué ». Seulement, à l'ère de la modernité juridique, les instruments unilatéraux et généraux que l'État pouvait mettre en œuvre grâce à sa puissance avaient largement débordé le contrat, dans les faits et, surtout, dans les écrits des commentateurs et analystes. Ce dernier constat ne saurait étonner tant il paraît légitime de préférer étudier les normes applicables à une infinité de citoyens plutôt que les normes ne régissant les activités que de quelques-uns et étant indifférentes à tous les autres.

La « contractualisation » régulièrement décrite[1] serait ainsi un signe de « postmodernisation », notamment à mesure que le droit souple — qui a souvent besoin de l'appui de l'adhésion volontaire et donc du contrat[2] — gagne du terrain ; et l' « État postmoderne »[3] serait en premier lieu un État recourant de façon plus naturelle aux instruments conventionnels[4]. Le contrat demeure toutefois, pour l'instant, l' « instrument juridique par excellence du droit autorégulé »[5], non celui du droit étatique. D'ailleurs, on va jusqu'à voir dans le recours croissant au contrat un signe de la « démission de l'État »[6].

Les conventions privées se présentent souvent comme le meilleur moyen de circonscrire juridiquement les relations internetiques, notamment lorsqu'elles sont commerciales[7]. Des commentateurs listent les propriétés du contrat qui peuvent expliquer son succès en tant que mode de régulation des communications par internet. Tout d'abord, il est neutre étatiquement, non rattaché en soi à un État particulier, ce qui est fort utile concernant un objet foncièrement transnational, d'autant plus que la forme des conventions tend à s'uniformiser à

---

[1] En particulier, S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.* ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir. *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.* ; S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*

[2] C. PÉRÈS, *op. cit.*, p. 109 ; également, P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 123 (qui relève que « le contrat est à même de doter le droit souple d'une validité importante, peut-être la plus utile […]. L'ordre juridique reçoit le contrat, le contrat reçoit le droit souple »).

[3] Réf. à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

[4] Proudhon et les théoriciens de l'anarchisme soutenaient la supériorité des normes contractuelles sur les normes étatiques (P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, 1863 ; A.-S. CHAMBOST, *op. cit.*) ; mais peut-être des normes contractuelles étatiques sont-elles de judicieuses normes, du moins en certaines circonstances, car le contrat porterait intrinsèquement quelques avantages inaccessibles à la loi unilatérale et imposée.

[5] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 118.

[6] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 541. Déjà en 1976 était interrogée la « fin des règles générales » (A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'IIAP* 1976, p. 419 s.) et, quelques années plus tard, était observé le « règne généralisé du contrat privé, dans la grande vacance étatique » (L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 13).

[7] *Cf.*, en particulier, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruylant (Bruxelles), 2002.

l'échelle mondiale grâce à l' « interconnexion permanente »[1]. Ensuite, il est souple et évolutif, il est du « droit en formation continue »[2], ce qui lui permet mieux que tout autre acte juridique de suivre la rapide évolution d'activités et de besoins électroniques excessivement mouvants[3]. Il est également le garant de la « confiance sur l'internet en faisant disparaître la peur de l'inconnu »[4]. Et, négativement, on trouve dans l' « échec du paradigme de la règlementation étatique » une explication de la prolifération des conventions pour régir les relations en ligne[5], alors que le contrat serait par définition efficace — en théorie tout du moins[6] — puisqu'il « a sur la loi cette supériorité d'exprimer concrètement le droit en action »[7]. Les contrats permettraient forcément une meilleure adaptation des règles aux besoins dès lors que ce sont ceux qui y sont soumis ou qui les utilisent qui les édictent.

Ensuite, les contrats privés qui ont vocation à encadrer les communications par internet sont inéluctablement marqués par la diversité et par la variabilité[8]. Liberté contractuelle obligeant, tout ou presque est possible[9], surtout en matière

---

[1] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 541 ; également, D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* 2012, n° 81.

[2] Th. S. RENOUX (cité par E. KERVICHE, « Débats et discussions », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 299.

[3] Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 541.

[4] *Ibid.*, p. 542.

[5] *Ibid.*, p. 541.

[6] *Cf.* M. MEKKI, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 349 s.

[7] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 89.

[8] Ils correspondent à la « pluralité des espaces normatifs » (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I : Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 64) qu'il est inenvisageable de ramener à une unité autre que très sommaire, soit celle d'une définition générale.

[9] Ne serait-ce que concernant le droit du commerce électronique, il faudrait aborder successivement les spécificités des contrats relatifs aux formalités d'ouverture d'un service dans certains pays, à l'abonnement auprès d'un fournisseur d'accès, aux relations entre un fournisseur d'accès et un opérateur de réseaux de communications électroniques, à l'enregistrement d'un nom de domaine, à la création d'un site web, à l'hébergement, à la maintenance, à la création d'un logiciel, aux relations entre un vendeur et

de droit de la communication par internet. Aussi n'est-il pas lieu, en ces pages, de chercher à dresser quelque typologie des contrats, ni même des principaux contrats, qui contribuent à forger ce droit. Il convient simplement de conclure ces pages consacrées aux contrats privés en notant que se pose par ailleurs le problème de leur acceptation étatique, de leur éventuelle inclusion dans le système juridique « officiel ». En effet, peut-être s'agit-il de *la forme la plus ancienne et classique de corégulation*[1]. Mais il est très incertain que la loi

---

un service de paiement par internet, aux relations avec une banque, à la publicité, à l'échange de lien, à la certification etc. La liste est potentiellement infinie. Sur ce point, spéc., G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges François Gény*, t. II, *op. cit.*, p. 351 s.

[1] Un contrat donné peut être indépendant de l'État ou non et s'inscrire dans le cadre de la corégulation ou bien dans celui de l'autorégulation. Cette question se pose lorsqu'une norme portée par un contrat précis est appliquée par un tribunal et ainsi « validée » par une autorité publique. Elle se pose également en raison de l'article 1103 du Code civil français, selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Potentiellement, une telle disposition légale est en mesure de « valider » *a priori* et sans autre forme de procès toute norme conventionnelle — à condition qu'elle soit légalement formée, c'est-à-dire qu'elle ne contrevienne pas, en raison de son objet particulier, à quelque autre texte de loi, spécialement en termes d'atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ainsi qu'en dispose l'article 6 du Code civil. L'article 1103 serait de la sorte un « collier qui ramène le droit à l'unité » (M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *Arch. phil. droit* 2005, p. 235). Même si la reconnaissance étatique peut intervenir *a priori* comme *a posteriori*, il faut gager que l'article 1103 du Code civil ne suffit pas, à lui seul, à intégrer les normes contractuelles dans le champ des normes privées acceptées étatiquement ou, en tout cas, dans le champ des normes privées qui contribuent à la corégulation plutôt qu'à l'autorégulation. Cette disposition apparaît par trop inclusive pour cela. En un mot, ne pourraient pas développer la corégulation, donc l'association de la puissance publique à la puissance privée, les règles habilitatrices trop générales. Il n'y aurait « validation » publique que lorsque les institutions étatiques décident sciemment de conférer, d'une manière ou d'une autre, à des personnes privées le soin de créer le droit à elles applicable (en tout ou partie) dans un domaine précis (par exemple concernant le droit de la publicité électronique) et dans des conditions précises. « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ne peut s'analyser comme une disposition poursuivant pareille fin. La différence par rapport aux décisions de justice est évidente : celles-ci ne « valident » toujours qu'un seul acte normatif d'origine privée à la fois, si ce n'est qu'une seule norme d'origine privée à la fois ; les tribunaux opèrent une « validation » au cas par cas quand le législateur, avec un tel article de loi, opère une « validation » générale indifférente tant au contenu du contrat (si ce n'est qu'il doit être « légal ») qu'au milieu socio-économique dans lequel il intervient et aux objectifs politiques ou régulationnels auxquels il s'attache. Cependant, l'article 1103 du Code civil assure bel-et-bien une validation sous l'angle normativiste, permettant à l'ordre juridique contractuel d'être une partie de l'ordre

parvienne à conserver la position dominante par rapport au contrat en habilitant expressément les particuliers à édicter des normes conventionnellement dès lors que ceux-ci, tout particulièrement en matière de communication par internet — où se développent plus qu'ailleurs les « contrats aux prétentions autonomistes dont la velléité est d'être reconnus et sanctionnés indépendamment de toute loi étatique »[1] —, auraient peut-être recouru également à l'outil contractuel afin de régir leurs relations alors même que l'ordre normatif étatique ne les y aurait pas autorisé formellement et dès lors que, en cas de litige, ils s'en remettront souvent non aux tribunaux des États mais à quelque forme privée de justice. Bien des contrats transnationaux choisissent littéralement le droit qui leur est applicable, y compris parmi des formes « non officielles » de droit, et stipulent que, en cas de litige, celui-ci sera porté devant un arbitre privé, non devant un juge public[2].

Après les contrats, les autres actes normatifs privés dont découlent des normes individuelles et que le droit de la communication par internet permet tout spécialement d'étudier sont justement les décisions prises dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges.

---

juridique général (*cf.*, pour d'autres considérations, G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593 s.). Mais, d'un point de vue pragmatique, ledit article, en tant que « citadelle de l'autonomie de la volonté » (J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 27e éd., Puf, coll. Thémis droit privé, 2002, p. 326), ne saurait être considéré tel un outil mis en œuvre par les autorités publiques afin de maîtriser ou dominer de quelque façon que ce soit la production privée du droit, y compris dans le cas précis du droit de la communication par internet. Certes, les personnes privées, lorsqu'elles contractent entre elles, savent que l'État soutient leur capacité de prendre contractuellement des engagements à l'égard d'autrui ou de bénéficier de créances ; elles ne sont cependant, à cet instant, aucunement habitées par le sentiment de participer d'une forme de corégulation, soit d'une forme de création du droit à laquelle contribuent, de manières différentes, tant les individus privés que l'État au moyen de l'un ou l'autre de ses organes.

[1] P. DEUMIER, Th. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1120.

[2] B. FAUVARQUE-COSSON, « Le renouvellement des sources du droit des contrats : le rôle des acteurs privés », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 261.

Section 2

La singularité des jugements privés

Si une source de justice est une source de droit, alors les modes alternatifs de résolution des conflits, qui engendrent des « jugements privés », doivent être envisagés en cette thèse. Et cela d'autant plus qu'ils connaissent un grand succès en matière de litiges immatériels (A). Mais les forces contraignante et dissuasive des sanctions privées censées accompagner cette « justice privée » n'en sont pas moins par nature fragiles (B), ce qui, sous un angle critique, pose question du point de vue de leur bien-fondé et de leur efficacité[1]. Cette forme de « justice de

[1] Se pose également le problème de leur juridicité : « À côté du monde du droit et des juristes, décrit un anthropologue du droit, on peut identifier un autre monde : celui des juristiciens, médiateurs, arbitres, conseillers juridiques, négociateurs, auditeurs et membres de cabinets de ressources humaines et bien d'autres acteurs qui se situent dans les marges de la vie juridique. Ils n'y sont pas étrangers, mais ils n'en sont pas dépendants. Ils sont dans "l'entre deux" de la juridicité » (É. LE ROY (cité par É. MILLARD, E. RUDE-ANTOINE, C. YOUNÉS, « Norme, normativité, juridicité », in G. CHRÉTIEN-VERNICOS, E. RUDE-ANTOINE, dir., *Anthropologies et droits – État des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, 2009)). S'il faut ici accepter que les normes individuelles élaborées au moyen des modes alternatifs de résolution des conflits soient juridiques et ne pas poser la question de leur plus ou moins grand niveau de juridicité, elles semblent néanmoins plus proches de la lisière que du centre de la juridicité (en ce sens, par exemple, J. S. AUERBACH, *Justice Without Law?*, Oxford Univiversity Press (New York), 1983). En effet, les termes des transactions qui correspondent à la justice douce ici en cause sont définis au moyen d'un « marchandage » prenant essentiellement en compte les conséquences pécuniaires de l'accord pour les parties, plutôt que les règles de droit abstraites normalement applicables. Les modalités d'une sentence optimale peuvent d'ailleurs être calculées en recourant à certaines formes de jeux, développés par les économistes dans le cadre de la théorie des jeux, loin du travail habituel des juristes des temps modernes du droit (B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 56). Et un spécialiste de la médiation de considérer que son objet d'étude ne serait aucunement juridique, expliquant, notamment, que son développement irait de pair avec « la remise en cause du dogme, particulièrement vivace dans la

l'ombre »[1] implique un renouvellement des sources du droit dont il est peut-être difficile de se réjouir. La seconde partie de cette section servira ainsi de transition vers le prochain titre de cette thèse, consacré à la « légitimité contestée des sources privées du droit de la communication par internet ». Le visage que le « droit de demain » serait appelé à prendre s'avère peu satisfaisant et il faudrait peut-être chercher à le modeler différemment.

A. Le développement des modes privés de résolution des conflits

Si les normes à portée individuelle édictées au travers des modes alternatifs de résolution des litiges se présentent en moins grand nombre que les normes portées par des contrats privés, elles semblent être davantage l'apanage du droit de la communication par internet[2], celui-ci étant l'une des rares branches du droit dans lesquelles des formes privées de justice concurrencent effectivement la justice publique[3]. Peut-être d'autres matières juridiques connaissent-elles une « déjudiciarisation »[4] et un développement des « nouveaux lieux et nouvelles

---

société occidentale, selon lequel le droit est, sinon le seul, du moins le meilleur moyen de résoudre les conflits sociaux » (Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1011) ; tandis qu'un juriste peut noter que le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges serait la conséquence d'une « défiance à l'égard du droit » (D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 132).

[1] Réf. à Ch. B. HARRINGTON, *Shadow Justice*, *op. cit.*

[2] *Cf.*, notamment, Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

[3] De ce fait, elles mettent en cause la souveraineté de l'État, le *« droit à la justice »* étant potentiellement l'une des méta-prérogatives correspondant au *« droit au droit »*.

[4] D. MAZEAUD, « Les grandes mutations du droit des obligations », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 17 juin 2012. La justice n'a peut-être jamais été pleinement étatisée, comme en témoignerait le maintien, pour les conflits du commerce ou du travail, de juridictions privées, professionnelles ou non, synonymes d'autorégulation (A. VAUCHEZ, L. WILLEMEZ, « Justices en réforme – Présentation », *Dr. et société* 2006, p. 365).

formes de régulation des conflits »[1]. Mais ce ne sont pas là des phénomènes généralisés, à l'inverse de la « contractualisation », et d'aucuns font des mécanismes de règlement des différends du cyberespace les procédés contentieux et arbitraux les plus originaux de l'époque actuelle.

Sans doute le Code civil et le Code de procédure civile ont-ils toujours admis la possibilité d'une justice privée à travers l'arbitrage, cela n'a cependant jamais fait de ce dernier la procédure ordinaire et du recours devant les tribunaux étatiques l'exception[2]. Comme l'indique un praticien de l'arbitrage, celui-ci « demeure aujourd'hui un petit milieu dans lequel tout le monde se connaît »[3].

---

[1] *Cf.* M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *op. cit.*, p. 209 s. Est concerné en premier lieu le droit du commerce transnational, avec sa *lex mercatoria* (*cf.* G. DE LA PRADELLE, « La justice privée », in H. GHERARI, S. SZUREK, dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 125 s. ; D. ALLAND, *Justice privée et ordre international*, Pedone, 1994), l'arbitrage étant devenu le « procédé normal de règlement des différends commerciaux internationaux » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 125).

[2] La « justice alternative ou informelle dont sociologues et anthropologues jettent des exemples multiples sous nos yeux » (A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 48) se rencontre ordinairement parmi les cultures juridiques « exotiques », non parmi la culture juridique occidentale moderne où le service public de la justice paraît dominer véritablement la matière. Cela même si le développement des procédés parallèles de solution des conflits est à l'ordre du jour, ainsi qu'en témoigne la directive européenne de 2008 sur les modes alternatifs de règlement des différends (PE et Cons. CE, dir. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008, *Sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*) et ainsi qu'en attestent différents commentateurs (par exemple, Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *D.* 2003, p. 2771 s. ; J. VANDERLINDEN, « À propos de la vocation de notre temps à la révision de la théorie des sources de droit et des instruments de justice », in N. KASIRER, P. NOREAU, dir., *Sources du droit et instruments de justice en droit privé*, Thémis (Montréal), 2002 ; N. DION, « Les forces de la médiation, variations libres », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 707 s. ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 869 ; *Dr. et société* 1995, n° 29, « La médiation » ; J. FAGET, « La double vie de la médiation », *Dr. et société* 1995, p. 25 s.). *Cf.*, également, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire – Étude comparative France-USA », *Dr. et société* 1987, p. 263 s.

[3] M. AUDIT (membre de la Commission d'arbitrage de la chambre de commerce internationale), « L'arbitrage privé peut-il régler les contentieux de l'État », Le bien commun, 20 juin 2013.

Néanmoins, concernant les litiges immatériels, ce sont ni plus ni moins que tous les différends générés par l'internet que ces mesures alternatives seraient capables de régler[1]. En tout cas, alors que, logiquement, la médiation et l'arbitrage constituent la voie privilégiée en matière de relations entre entreprises, de plus en plus de particuliers y sont sensibles et se détournent des tribunaux publics physiques. Le droit des relations commerciales par internet s'appuie largement sur les procédés parallèles de règlement des différends[2], mais, plus globalement, c'est tout le droit de la communication par internet qui s'avère favorable à ceux-ci. Le renouvellement des sources du droit serait dès lors tout spécialement un *renouvellement des sources de la justice*.

Les modes privés de résolution des conflits présentent des formes diverses et fort particulières en comparaison de ce que sont les modes étatiques de résolution des conflits (I). Alors que leur succès en matière de litiges nés dans le cyberespace s'explique logiquement (II), ils constituent un véritable défi lancé à l'État et à sa souveraineté et sont peut-être le signe de l'évolution vers une *culture judiciaire « postmoderne »* (III). Parmi différents exemples, celui des modes alternatifs de résolution des conflits institués dans le cadre du Forum des droits sur l'internet est spécialement remarquable (IV).

I. ***Les visages des modes alternatifs de résolution des conflits.*** **–** Les modes alternatifs de résolution des conflits, synonymes de « justice communautaire »[3] et de « justice par les pairs »[4] et donc très en vogue dans le cyberespace[5], peuvent

[1] P. TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur Internet », *Cahiers du barreau de Montréal* 1995, n° 3, p. 521.

[2] En ce sens, É. A. CAPRIOLI, « Arbitrage international et commerce électronique », *RLDI* 2012, n° 81.

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 315.

[4] P. TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur Internet », *op. cit.*, p. 521.

[5] Pourtant, la loi limite drastiquement le recours à ces modes alternatifs de résolution des conflits, notamment dès lors que l'une des parties au contentieux est une personne de droit public. L'article 2060 du Code civil dispose en effet qu' « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». *Cf.* A. GARAPON, « L'arbitrage privé peut-il régler les contentieux de

se caractériser comme une « justice douce »[1], comme une justice de compromis, comme une justice négociée faisant la part belle à la médiation, là où la justice d'État est — et souvent il est sans doute heureux qu'elle le soit — unilatérale et forte[2]. Il s'agit, le plus souvent, de recourir à un conciliateur ou médiateur, personne privée extérieure au litige, désintéressée, indépendante et impartiale — ce qui correspond à la définition du juge mis à part le caractère de personne privée et le fait que les pouvoirs sont limités à ceux que les parties décident d'accorder[3] —, qui, loin de faire œuvre autoritaire ou arbitraire, sert d'entremetteur, encourage et encadre la négociation dans le but d'aboutir à un accord et de réconcilier les parties[4]. Il s'agit de subroger une solution consensuelle, appelée « transaction », à une situation conflictuelle[5].

---

l'État ? », Le bien commun, France culture, 20 juin 2013 ; L. RICHER, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA* 1997, p. 3 s. ; N. KASIRER, P. NOREAU, dir., *op. cit.* *Cf.*, par ailleurs, Th. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31 s.

[1] M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *op. cit.*, p. 209 ; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992.

[2] Néanmoins, ne doivent pas être assimilées l'une à l'autre la médiation judiciaire, que le législateur organise autour ou à l'orée de la procédure judiciaire afin de chercher à l'éviter ou, du moins, à la limiter, et la médiation conventionnelle, qui est mise en œuvre à l'initiative des parties une fois le litige né ou à l'occasion d'une stipulation contractuelle (clause de règlement des différends) visant tout litige à venir et organisant une médiation obligatoire avant toute saisine du juge ; étant entendu que, si les pouvoirs publics sont toujours, par définition, à l'origine de la première, ils peuvent parfaitement encourager également la seconde. Depuis 1995, le tribunal peut, avec l'accord des parties, suspendre le procès et renvoyer les protagonistes devant un médiateur qu'il désigne et qui mène sa médiation confidentiellement, c'est-à-dire sans que le juge soit tenu au courant des prises de position de chacun. À l'issue du processus de médiation, le procès, en cas d'échec, reprend son cours et, en cas de succès, se termine généralement par l'homologation judiciaire de l'accord.

[3] Par exemple, P. CORNIOU, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2005, p. 5. Si, comme l'écrivait Carbonnier, « la possibilité de l'intervention d'un tiers entre deux hommes qui sont en conflit caractérise le juridique » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 172), alors la plupart des modes alternatifs de résolution des conflits appartiennent à l'univers du droit.

[4] Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 1009. *Cf.*, en particulier, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1995 ; *Dr. et société* 1995, n° 29, « La médiation ».

[5] Parfois, le mode alternatif de résolution du conflit, en tant que « justice contractuelle » (J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIET, dir., *op. cit.*) ou « justice conciliationnelle » (Th. MASSART, *loc.*

Quant à l'arbitrage[1], il consiste à conférer, par la volonté commune des parties, à une personne tierce et indifférente au litige le pouvoir de trancher celui-ci en statuant par amiable composition, soit en équité plutôt qu'en appliquant de quelconques règles de droit formelles, cela afin que le moins d'intérêts soient lésés et que, de la sorte, la solution, qui doit être la « solution la plus juste »[2], convienne à toutes les parties[3]. L'arbitre, qui « dit le droit » tel un juge[4], peut donc s'évader des carcans légaux de tous ordres et peut devoir appliquer les règles choisies par les parties si celles-ci en ont décidé ainsi. À l'aune de l'archaïsme et de la sclérose souvent dénoncés des lois et règlements applicables à l'internet, l'intérêt revêtu par un tel procédé alternatif semble grand[5]. Et, si,

---

cit., p. 31), se réduit à un simple contrat par lequel les personnes en cause s'accordent sur les modalités d'une sortie de crise, sans intermédiaire aucun ; il aboutit alors à une « transaction » mettant un terme à la contestation. Un auteur décrit : « Ces accords négociés débouchent en général sur un acte en forme de contrat qui constate l'engagement à des prestations réciproques, souvent le renoncement d'une partie à ses droits d'action en justice en échange de la réalisation d'une obligation de faire. On a donc adapté à des domaines particuliers un instrument juridique ordinaire, le contrat » (P. LASCOUMES, « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits », *Le courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 72).

[1] Dont on souligne qu'il n'est guère une innovation moderne puisque ses origines se retrouvent dans le droit romain (L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 867).

[2] R. DAVID, *Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 95.

[3] *Cf.* B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Puf, coll. Droit, éthique et société, 1998 ; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987 ; *Arch. phil. droit* 2009, « L'arbitrage ». L'arbitre peut être un avocat, un universitaire ou, plus sûrement, un professionnel de la matière sur laquelle porte le contentieux. N'est donc pas suivie ici la voie tracée par qui invite à voir dans la médiation quelque-chose qui serait à la sphère privée ce que l'arbitrage serait à la sphère publique (J.-C. MAGENDIE, « La médiation : une autre voie de résolution des litiges », *Gaz. Pal.* 29 avr. 2009, p. 32).

[4] On peut d'ailleurs parler de « juge privé » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 71).

[5] Le plus souvent — mais ce n'est pas là une règle absolue —, un processus complet d'*alternative dispute resolution* (l'expression américaine est d'usage courant chez les juristes spécialisés en droit de la communication par internet) comprend quatre temps successifs qu'il est permis de résumer ainsi (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 567) : 1°) La négociation : les parties entament une discussion dans laquelle elles défendent chacune des intérêts opposés et tentent de les concilier ; 2°) La médiation : les parties soumettent leur contentieux à un tiers, dont la présence et la neutralité permettent de dégager les points d'accord, et les zones de désaccord, qui font ensuite l'objet de discussions bilatérales et/ou multilatérales, au cours desquelles le médiateur tente de stimuler une solution négociée. Le médiateur ne

comme l'indique le droit de la communication par internet, les procédés alternatifs de règlement des litiges prospèrent actuellement, remplaçant de plus en plus souvent les procédures judiciaires « officielles », cela implique un important renouvellement des sources du droit par le renouvellement des sources de la justice.

Cette justice alternative, source privée de normes individuelles fort originale, plus que ne le sont les contrats privés envisagés au sein de la précédente section, est incomparable à la justice étatique qui, « froide » peut-être, autoritaire sûrement, est subie quand, avec les modes alternatifs de résolution des conflits, les parties sont aussi les acteurs de la justice[1]. Cela ne manque pas de rappeler « mainte société archaïque [dans laquelle] l'ethnologie [montre qu'il existe] une pensée qui, faisant contraste avec la nôtre, traite le droit non pas comme une règle dont l'exécution devrait être imposée par la force mais comme une paix, une concorde, un équilibre, à gagner par la conciliation et la réconciliation. Et l'on aurait tort de croire que rien ne subsiste parmi nous de cette mentalité archaïque »[2]. Le droit des technologies les plus avancées serait ainsi, très paradoxalement, le foyer d'un retour vers les formes juridiques et judiciaires les plus primaires. Ce n'est pas la première fois en cette thèse que l'on est tenté de conclure à un renouvellement des sources du droit tourné vers le passé, consistant en une remise au goût du jour de formes juridiques ou

---

peut en aucun cas imposer, ni même proposer, une solution ; 3°) La conciliation : le conciliateur — qui peut être le médiateur ou une autre personne — propose, mais n'impose pas, ce qui lui apparaît comme une solution raisonnable et tente d'obtenir l'accord des parties sur celle-ci ; 4°) L'arbitrage : un tiers neutre tranche le conflit à la demande conjointe des parties auxquelles il impose sa décision. Mais peut-être jusqu'aux modérateurs ou cybermédiateurs (qui surveillent principalement les espaces de discussion des services de communication au public en ligne afin de mettre fin aux injures, diffamations et autres abus de la liberté d'expression) que les FAI et hébergeurs installent dorénavant systématiquement afin de prévenir et guérir les éventuels démêlés les impliquant comptent-ils parmi les diverses formes de justice alternative que connaît le droit de la communication par internet.

[1] Cette opposition est toutefois de plus en plus relative, ainsi qu'en témoigne le Code de procédure civile lorsqu'il consacre, à son article 21, la médiation en tant que principe directeur du procès : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

[2] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 319.

judiciaires qu'on croyait abandonnées aux livres d'histoire et aux sociétés sans État.

Néanmoins, l'analogie doit rester limitée tant les modes alternatifs de résolution des conflits nés dans le cyberespace ne partagent que peu avec la « justice aborigène » que décrivait Jean Carbonnier[1]. Ils sont, plus que des reliquats de sociétés archaïques, des innovations de la vie juridique et judiciaire du début du XXI^{e} s. Mais, alors que la culture juridique asiatique voit dans le recours au juge étatique une voie non pas ordinaire mais exceptionnelle, à réserver aux seules situations dans lesquelles aucune solution amiable ne peut être trouvée[2], ils sont bien davantage développés dans la culture juridique anglo-saxonne[3] que dans la culture juridique française et d'origine romano-germanique[4]. Or l'influence du *common law*, de son esprit et de ses méthodes, sur le droit de la communication par internet — comme, plus généralement, sur tout ce qui s'inscrit dans le droit transnational — n'est plus à démontrer. Il n'est donc guère surprenant que les « *alternative disputes resolutions* » occupent dans cette matière une place plus centrale qu'ailleurs. Le renouvellement des sources

---

[1] *Ibid.*

[2] *Cf.* T. TANASE, « The Management of Disputes: Automobile Accident Compensation in Japan », *Law and Society Review* 1990, p. 651 s. ; E. LE ROY, « Anthropologie (de la justice) », in L. CADIET, dir., *op. cit.* ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{e} éd., Dalloz, coll. Précis, 2002.

[3] Par exemple, Ch. B. HARRINGTON, *Shadow Justice – The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press (Westport), 1985 ; J. SKOLNICK, *Justice Without Trial*, Wiley (New York), 1966 ; A. BLUMBERG, « The Practice of Law as a Confidence Game », *Law and Society Review* 1967, n° 1. Les États-Unis, « tirant les conséquences d'un état de fait qui s'avérait produire des résultats plus efficaces qu'une régulation *par le droit* », ont favorisé le développement de la justice privée et une campagne officielle visant à encourager encore plus les modes informels de résolution des conflits a vu le jour dans les années 1970 (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 245 (non souligné dans le texte original)). Selon les statistiques fédérales américaines, 90 % des dossiers judiciaires dans lesquels une méditation est proposée aboutissent à un accord (Th. MASSART, *op. cit.*, p. 31). *Cf.*, également, J.-P. BONAFÉ-SCMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, LGDJ, 1998.

[4] « Rien de plus étranger à la tradition juridique et judiciaire française que pareille expérience », soulignait André-Jean Arnaud (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 247).

du droit correspond aussi, cela fait peu de doute, à une ouverture croissante aux sources typiques du droit anglo-saxon.

Ensuite, d'autres éléments permettent de comprendre la réussite des modes alternatifs de résolution des conflits dans le domaine de la régulation des communications internetiques.

II. ***Les succès des modes alternatifs de résolution des conflits.*** **–** Les succès des modes alternatifs de résolution des litiges nés en raison d'activités internetiques trouvent plusieurs explications. Tout d'abord, la communication par internet est en soi à l'origine de ce succès puisque la possibilité de proposer des services à distance entièrement dématérialisés (la « cyberjustice »[1]) favorise le déploiement des procédures parallèles loin du formalisme public[2] — en témoigne le site web consacré à la médiation en ligne lancé en 2001 par le centre de médiation et d'arbitrage de Paris[3]. De plus, une étude a montré que les parties se comportent de manière pragmatique et conciliante dans la sphère immatérielle, que les échanges y sont plus constructifs et l'affrontement moins frontal[4].

Ensuite, lorsque les litiges sont transnationaux, les risques de blocages entre justices étatiques et entre lois applicables est grand et la médiation apparaît logiquement préférable à des recours judiciaires à l'issue incertaine et pouvant s'avérer incohérente aux yeux de tous les protagonistes[5]. La souplesse de la

---

[1] *Cf.* K. BENYEKHLEF et *alii*, *Le règlement en ligne des conflits : enjeux de la cyberjustice*, Romillat, 2003.

[2] E. L. OWENGA ODINGA, « Vers l'émergence d'une justice *on-line* », *Lex Electronica* 2002, n° 7.

[3] Ce centre a été créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sous la forme d'une association relevant de la loi de 1901. Il a une compétence transversale et ne se limite pas aux litiges induits par l'internet, même si ceux-ci comptent pour une part importante dans l'ensemble des contentieux qui lui sont soumis.

[4] Étude menée par le CNRS préalablement au lancement du site de médiation en ligne du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris. Y sont comparées médiation classique et en ligne ([en ligne] <cmap.fr>).

[5] « Il n'échappe à personne, soulignent des commentateurs, que le cloisonnement étatique des cours et tribunaux s'accommode mal du caractère international du réseau » (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 565). Les auteurs expliquent, plus en détails : « D'une part, la désignation du juge compétent est parfois ardue et peut contraindre le demandeur à diligenter un litige à des milliers de kilomètres de chez

justice privée, qui autorise le *forum shopping* et le *law shopping*, est aussi un atout tant la rigidité des procédures judiciaires publiques peut sembler excessive [1] — d'aucuns n'acceptent plus que « *dura lex, sed lex* » et dénoncent le fait que « *summum jus, summa injuria* »[2]. On traduit cela de la façon suivante : la justice publique s'appuierait sur une « logique du "gagne/perd" »[3] ou, en d'autres termes, sur une « logique manichéenne du tout ou rien » quand la justice privée privilégierait la « logique équilibrée du plus ou moins »[4].

Surtout, la justice privée est perçue comme préférable à la justice publique en raison de la lenteur[5] et du coût[1] de cette dernière, parfois aussi trop aléatoire[2],

---

lui, ce qu'il fait toujours avec réticence ; d'autre part, la compétence juridictionnelle n'épouse pas toujours le droit applicable, ce qui complique encore les débats ; enfin, à supposer qu'un jugement soit prononcé, il reste à l'exécuter, ce qui peut nécessiter un nouveau débat judiciaire si l'exécution a lieu à l'étranger » (*ibid.*).

[1] Déjà au début du XX^e^ s. Max Weber soulignait les tensions créées par deux types d'aspirations opposées vis-à-vis de la justice : d'un côté les aspirations des professionnels du droit à un système juridique toujours plus technique et rationnel ; d'un autre côté les aspirations des justiciables à un système de justice accessible et souple (P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 71).

[2] Selon cet adage, traduisible par « comble de justice, comble de malheur », cité par Cicéron (*De officiis*, 44 av. J.-C., L. I, chap. 10), « on commet souvent des injustices par une application trop rigoureuse de la loi » (*Le petit Larousse illustré* 2015, Larousse, 2014, p. 1238).

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 72.

[4] G. PAQUET, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », [en ligne] <gouvernance.uottawa.ca>, 2000. Il est vrai que le terme « médiation » se structure autour du radical « med », issu de l'osque latinisé, qui indique la notion de mesure, de modération, de juste milieu (Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 1009). Également, on explique que « la décision judiciaire, trop unilatérale, emporte souvent des effets qui donnent l'impression aux plaideurs d'être dépossédés de leur propre cause » (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 315). Ainsi l'adage « mauvais arrangement vaut mieux que bon procès » rencontre-t-il un accueil favorable croissant parmi les justiciables (N. DION, *op. cit.*, p. 707) qui, si une bonne justice est une justice équilibrée, comprennent, à raison ou à tort, que la justice privée serait préférable à la justice publique (L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 254).

[5] Le Professeur Denis Mazeaud, notamment, explique le mouvement de « déjudiciarisation » par la longueur excessive des procédures judiciaires (D. MAZEAUD, « Les grandes mutations du droit des obligations », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 17 juin 2012). Sur ce point, on observe que « la justice est souvent le parent pauvre des États contemporains : le manque

si bien que, souvent, aucune des parties n'est satisfaite par la décision rendue par une cour étatique[3]. La discrétion, alors que la justice étatique est rendue publiquement, peut être un autre argument de poids en faveur des procédures extra-étatiques, surtout lorsque des entreprises commerciales attachées à leur réputation sont parties aux conflits. En outre, le droit de la communication par internet, par nature transnational, ne s'est pourtant vu attribuer aucune juridiction internationale *ad hoc*[4], ce qui ne peut que renforcer la tentation de s'en remettre à la justice privée[5].

---

chronique de moyens provoque un allongement des délais jugé inacceptable par les parties, surtout au regard de la rapidité des flux d'information sur l'internet » (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 565).

[1] « Le recours à la justice, explique un auteur, ne constitue pas un mode rationnel de règlement des conflits dans la mesure où les charges liées à l'engagement d'une procédure judiciaire (frais de justice, honoraires d'avocats, délais d'attente de la décision) viennent grever le coût de l'opération litigieuse. Les parties ont dès lors normalement intérêt à résoudre leur différend par une transaction » (B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 56). Et est expliqué, ailleurs, que « la complexité et la longueur des débats et de la procédure induisent un coût fréquemment disproportionné par rapport à l'enjeu du litige, qui décourage énormément de plaignants » (Th. VERBIEST, É. WÉRY, *op. cit.*, p. 566). Par ailleurs, le coût est aussi un coût pour la collectivité (P. GUIBENTIF, « Reconnaissance et complexité sociale – Deux approches de la réalité juridique », *Dr. et société* 2011, p. 321).

[2] Ch. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, n° 9, p. 110.

[3] L'analyse économique du droit montre que les parties ont avantage à régler leur différend par une convention plutôt que de supporter les risques et les délais d'un procès aléatoire, lourd et coûteux. Elles obéissent ce faisant à un principe de saine gestion économique qui prescrit de faire tendre le coût social des transactions vers zéro (B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 56). Plus précisément, les parties ont intérêt à conclure l'accord dès que le bénéfice retiré est supérieur à la valeur actuelle de leur droit litigieux. Cette valeur se calcule en divisant le gain escompté du procès par la probabilité de la victoire (50 % si l'issue est totalement aléatoire), le tout diminué des frais irrécupérables et actualisé pour tenir compte du délai d'attente de la décision (*ibid.*).

[4] Alors que le droit transnational du commerce a les panels de l'OMC, que les droits fondamentaux ont les cours des droits de l'homme et la Cour pénale internationale et que le droit de l'environnement a le Tribunal international du droit de la mer.

[5] Enfin, quelques-uns ne manqueront pas de regretter que la démocratie ne s'applique pas à toutes les fonctions de l'État, la fonction judiciaire étant abandonnée à de purs professionnels malgré le fait que ceux-ci rendent leurs décisions « au nom du peuple français », et y verront un élément supplémentaire motivant la réappropriation par les individus de la régulation de leur vie en société (par exemple, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 315 (qui évoque une « justice réappropriée »)).

La légitimité de la justice semble décroître à mesure que différentes « affaires » y portent atteinte[1] et que sa qualité se dégrade du fait de son manque de moyens[2]. Concernant les activités internetiques, cette légitimité ne peut qu'être encore plus en péril, appelant ainsi un renouvellement des sources des normes juridictionnelles, donc un renouvellement d'une partie des sources du droit[3].

Le développement des modes alternatifs de résolution des conflits serait ainsi une cause mais aussi et surtout un signe de certaines difficultés rencontrées par les institutions judiciaires étatiques. Au-delà, ce serait bien de manière générale que le développement des sources privées du droit serait une cause mais aussi et surtout un signe de certaines difficultés rencontrées par les institutions étatiques. Le mouvement de l'histoire du droit contemporaine serait celui d'une privatisation. Si l'activité « législative » est de plus en plus souvent le fait d'acteurs privés, ce qui traduit un renouvellement des sources du droit, l'activité « judiciaire », qui consiste également à créer des normes, mais uniquement des normes individuelles, est elle-aussi largement abandonnée à des procédés privés. La « justice spontanée »[4], autant que les règles de droit spontanées, est peut-être

[1] D. SALAS, « Le juge aujourd'hui », *Droits* 2002, n° 34, p. 69. Rien n'est plus désastreux pour la justice que d'être suspectée, pour l'une ou l'autre raison, d'illégitimité et de ne pas présenter les qualités requises de la part d'une « bonne justice » (L. CADIET, *op. cit.*, p. 253).

[2] G. CANIVET, « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ? », in M.-L. CAVROIS, H. DALLE, J.-P. JEAN, dir., *La qualité de la justice*, La documentation française, 2002, p. 213 s.

[3] Les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove résument la situation en évoquant ce paradoxe : « Parallèlement aux indices de montée en puissance du juge et à la demande accrue de justice, celle-ci n'a peut-être jamais fait l'objet d'autant de critiques en termes d'accessibilité, de célérité et d'humanité, et l'objet d'autant de circuits de dérivation et d'interventions alternatives » (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 105). Les auteurs concluent à une « déjuridictionnalisation » associée à une « déjudiciarisation » à mettre en relation avec une « justicialistion » (*ibid.*). Se produirait donc une « diversification des modes de solution des conflits » (*ibid.*) à laquelle participeraient plus qu'activement les procédés parallèles de règlement des contentieux.

[4] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 247.

un défi lancé à l'État, au rôle qu'il a à jouer et à sa capacité à le jouer[1]. La préférence de nombre d'acteurs de la vie internetique pour les modes alternatifs de résolution des conflits signalerait une dégradation du pouvoir et de la puissance des autorités publiques, laquelle serait la première de toutes les explications du renouvellement des sources du droit.

Ainsi les modes alternatifs de résolution des conflits très en vogue en droit de la communication par internet semblent-ils témoigner de l'avènement d'une nouvelle culture judiciaire.

III. ***La « justice spontanée », une nouvelle culture judiciaire ?*** **–** Les historiens du droit observent que ce ne serait toujours qu'en raison du caractère embryonnaire de l'organisation sociale, en raison de l'absence de juges publics jouissant d'une véritable puissance publique et de la capacité d'assurer l'exécution de leurs décisions, que le règlement des litiges serait coutumièrement ou légalement reconnu aux particuliers[2]. Mais il faut distinguer deux cas de figure : soit le mode alternatif de résolution des conflits se développe loin de

[1] Même si, déjà à l'époque féodale, « la justice était comprise comme le principal attribut de pouvoir et, celui-ci se dégradant, les justices du roi n'existaient que concurremment avec les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales » (L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 868). Et, si Thomas d'Aquin, traduisant avant l'heure l'idée de souveraineté, pouvait considérer qu' « il appartient à la même autorité de faire et d'interpréter la loi ; en conséquence, de même qu'une loi ne peut être faite que par l'autorité publique, un jugement ne peut être rendu que par l'autorité publique » (THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1273, IIa-IIae, q. 60, art. 6 (cité par A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 164)), la pratique ne suivait alors guère la théorie.

[2] A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 282. On retient que l'affirmation de l'État et de la souveraineté — l'un n'allant pas sans l'autre — « suppose que s'opère un transfert des pouvoirs naturels de justice privée à la justice institutionnelle. L'institution du juge est la caractéristique de l'état "civil" et la condition du droit » (D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 498). Pourtant, aux yeux d'un observateur pragmatique autant qu'aux yeux de qui décrit des « usagers souverains » (J. A. GRAHAM, *op. cit.*), le développement de la justice privée ne peut que s'analyser telle une conséquence en même temps que telle une cause de la dégradation de la souveraineté. L'État est relayé ou même « supplanté dans sa prérogative de diseur de droit » par des organismes privés (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 255).

l'État et alors la souveraineté de celui-ci est effectivement mise à mal[1] ; soit il prospère en raison d'une initiative étatique ou, du moins, d'un soutien étatique et alors l'atteinte à la souveraineté doit être relativisée. Or, même si la culture juridique anglo-saxonne est davantage ouverte à la médiation quand, en France notamment, la « raide et droite justice » demeure privilégiée par les instances étatiques, de plus en plus ces dernières, notamment en raison de l'accroissement du nombre d'affaires à traiter et de l'insuffisance des moyens disponibles pour y répondre, incitent les personnes privées à recourir à des formes de justice douce et à ne saisir les tribunaux qu'en dernier recours[2]. L'État, après avoir consacré pendant des siècles ses efforts au triomphe (notamment symbolique) de sa justice publique contre les justices privées[3], serait désormais contraint — car cela ne paraît pas être un choix libre mais plutôt la conséquence de l' « explosion des contentieux »[4] et de l' « encombrement des prétoires »[5] — d'encourager les voies extra-judiciaires de résolution des différends[6].

---

[1] Par exemple, un auteur note que « le principe selon lequel nul n'a le droit de se faire justice soit même n'est pas applicable à l'espace virtuel où l'État n'a aucun moyen technique d'empêcher la justice privée » (J. A. GRAHAM, *op. cit.*).

[2] *Cf.* P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 72 ; Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 1010 ; P. ANCEL, M.-C. RIVIER, dir., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001. Ainsi, le Professeur Pascale Deumier commente : « Ce n'est pas par réflexe naturel d'évitement de la voie judiciaire mais, au contraire, parce que cette voie, victime de son succès, est engorgée que la recherche de voies alternatives se développe » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 70-71).

[3] *Cf.* L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 867 s.

[4] L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 869. On souligne combien la situation est paradoxale : « L'institution judiciaire, qui reçoit de plus en plus de demandes, est de plus en plus suspectée de ne pouvoir y répondre » (P. MARTENS, « Le pouvoir judiciaire en Belgique – Institutions et mutations », in A. COTTINO, Ph. ROBERT, dir., *Les mutations de la justice – Comparaisons européennes*, L'Harmattan, 2001, p. 87 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 105)).

[5] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 114.

[6] Cela en plus de perfectionner les procédures d'urgence (comme le nouveau référé administratif introduit en France par la L. n° 2000-597, 30 juin 2000, *Relative au référé devant les juridictions administratives*) et d'instituer une justice de proximité confiée à des juges non professionnels pour statuer sur les litiges les moins importants (L. n° 2002-1138, 9 sept. 2002, *D'orientation et de programmation pour la justice*), ensemble de mesures qui, au contraire de l'abandon à des formes privées de règlement des litiges, ne sont

Comme le relèvent des auteurs, l'institution judiciaire est « gagnée par la culture du marché »[1], par « la contractualisation et la marchandisation de la justice »[2]. Et ce phénomène, s'il est palpable en droit de la communication par internet[3], l'est aussi par ailleurs[4]. L'État n'incarne désormais qu'imparfaitement la figure du tiers régulateur, en tant qu'instance ontologiquement préposée au maintien de l'ordre et de la cohésion sociale. Peut-être l'avenir de la justice sera-t-il dès lors empreint de corégulation. En ce sens, on plaide pour une « certification par l'État des services de médiation [afin de] protéger les valeurs

---

pas « l'indice d'un mouvement de "déjudiciarisation" ; il s'agit au contraire de permettre à l'appareil judiciaire de fonctionner, d'être efficace, en favorisant le règlement amiable des litiges et en assouplissant les formes du procès » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 114). *Cf.* G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges Pierre Draï*, Dalloz, 2000, p. 23 s.

[1] Y. BENHAMOU, *op. cit.*, p. 2771.

[2] L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 869. Et cela concerne jusqu'à la matière pénale avec la médiation pénale, les alternatives aux poursuites telles que le rappel à la loi et les procédures simplifiées comme l'ordonnance et la composition pénales.

[3] Au niveau européen, depuis la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, les États membres sont invités à encourager le développement d'organes de règlement extrajudiciaire des conflits (PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*). Ce texte précise que « les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés » (art. 17, al. 2).

[4] Il l'est en particulier en droit civil, spécialement en droit des successions et en droit des conflits de voisinage (Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 1010). Le Code de procédure civile favorise la médiation mais, sauf exception, ne l'impose pas. Les contestations relatives aux divorces ou encore aux conflits individuels de travail comptent parmi ces exceptions et doivent impérativement être soumis à un organe de médiation avant d'être, si nécessaire, confiés au tribunal étatique.

de la République »[1]. Et diverses autorités publiques ont déjà pu encourager les modes alternatifs de résolution des conflits[2].

Néanmoins, pour l'heure, la justice douce relative aux litiges nés dans le cyberespace semble relever toujours de l'autorégulation plus que de la corégulation[3]. Ont constitué toutefois des exceptions remarquables à ce dernier constat les modes alternatifs de résolution des conflits, entièrement dématérialisés, qui avaient été institués dans le cadre du Forum des droits sur l'internet.

IV. ***Quelques exemples de modes alternatifs de résolution des conflits.*** **–** En 2008, la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet ont signé un protocole d'accord en vue du développement expérimental de la médiation en ligne[4]. Dès lors que le différend était « lié à l'usage de l'internet », mettait en jeu au moins une personne physique et revêtait un « caractère juridique » — ce qui

[1] J. HUET, Th. TONNELLIER, « L'accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », *Comm. com. électr.* 2010, étude 2.

[2] Le Conseil économique et social, par exemple, a rendu un rapport, le 10 juillet 2002, sur le développement de la médiation dans le règlement des conflits. Il y préconisait l'harmonisation des moyens et des politiques sur l'ensemble du territoire, à travers un véritable partenariat avec les associations, afin d'assurer la promotion de la médiation. Aussi le Conseil souhaitait-il « accélérer l'évolution de nouveaux modes de règlements des conflits » (cité par Th. MASSART, *op. cit.*, p. 31).

[3] Cela bien que, en 2011, des députés pouvaient relever combien, « le monde numérique étant un domaine mal encadré par les normes de droit, la médiation y apparaît essentielle » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 302).

[4] Un rapport issu des travaux d'un groupe de travail sur la médiation au sein de la cour d'appel de Paris, intitulé « Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie » et remis le 15 octobre 2008 à la Chancellerie, formulait des préconisations qui ont servi de base pour donner une nouvelle impulsion à la médiation, spécialement en ce qui concerne les litiges immatériels (J.-C. MAGENDIE, *op. cit.*, p. 32). Dans cette perspective, la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet ont signé ce protocole d'accord. Le FDI s'est toujours intéressé à la question et, dès sa première année d'existence, il comptait dans ses rangs un groupe de travail « Modes alternatifs de règlement des différends » qui a permis au Forum d'adopter, le 17 juin 2002, une recommandation intitulée « Internet et les modes alternatifs de règlement des différends ».

octroyait une compétence très large[1] —, les greffiers des tribunaux du ressort de la cour d'appel de Paris devaient orienter systématiquement les plaignants, « avant toute saisine du juge », vers la procédure de médiation devant le FDI et les inviter à ne s'en remettre à la justice d'État qu'en cas d'échec[2]. Il s'agissait là d'un remarquable renouvellement des façons de dire le droit auquel prenaient part les pouvoirs publics, en concédant d'importantes prérogatives à des « pouvoirs privés ». L'organe de médiation du Forum a permis de régler près de 13 000 différends[3]. 95 % des dossiers ont été résolus selon l'association, laquelle pouvait dès lors parler de « grand succès de l'opération »[4]. Mais ce qui se présentait comme le meilleur exemple de corégulation en matière de justice a disparu en même temps que le Forum des droits sur l'internet, malgré ses bons résultats[5].

---

[1] L'accord excluait seulement les « différends entre les titulaires de droits et les utilisateurs au cas où ceux-ci estimeraient qu'une mesure technique de protection les empêche de bénéficier de l'exception de copie privée ». Mais jusqu'aux conflits relatifs aux noms de domaine, à la propriété intellectuelle, au respect de la vie privée, à l'injure et à la diffamation étaient susceptibles d'être portés devant l'organe de médiation du FDI.

[2] L'essai de médiation paraissait donc, aux yeux des justiciables, non facultatif mais bien impératif, le tribunal ne pouvant être saisi que dans un second temps ainsi que l'indiquaient les greffiers — ce que des auteurs ont dénoncé comme constituant un « déni de justice » (J. HUET, Th. TONNELLIER, « L'accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », *Comm. com. électr.* 2010, étude 2).

[3] Cela principalement en matière de relations commerciales dématérialisées (non livraison d'un bien, non-conformité d'un bien, litige entre acheteur et vendeur non professionnels etc. (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 299)).

[4] Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », *op. cit.*, p. 7.

[5] Il faut dire que, selon des auteurs, seul l'État serait en mesure d'assurer les « garanties fondamentales d'une bonne justice » (J. HUET, Th. TONNELLIER, *op. cit.*). Et d'avancer que « le pire est à craindre, la cour d'appel semblant laisser au Forum des droits sur l'Internet la logistique du projet de médiation. […] La justice y perd de son humanité et, osons le dire, de son esprit de service public, dernier rempart pourtant devant un monde épris de profit et de rentabilité. […] L'inquiétude est, alors, de mise car, quand la justice se privatise, elle ne peut qu'y perdre son âme et le citoyen la certitude d'être jugé au nom du peuple français, en toute impartialité et dans le respect des règles en vigueur ». Puis de conclure en ces termes : « Ne sommes-nous pas en train de créer une justice à deux vitesses ? Les uns, riches et puissants, prendront des avocats pour défendre leur prétention en justice et obtenir des condamnations à des

Par ailleurs, le FDI avait mis en place dès 2004 un « service de résolution amiable » s'appuyant sur une plate-forme web dans l'optique d' « utiliser l'internet afin de résoudre les litiges nés de son usage »[1]. Le Forum se targuait d'un « taux de résolution moyen de 87,5 % » sur un total de 22 000 dossiers traités[2]. Et d'en conclure que, « à travers ce service, le Forum a pu démontrer que la médiation en ligne opérée par un médiateur indépendant est une méthode qui se révèle appropriée au règlement de certains problèmes rencontrés sur l'internet »[3].

Les modes alternatifs de résolution des conflits utilisés afin de mettre fin aux différends nés dans le monde de l'internet ou à cause de l'internet se caractérisent, presque autant que les contrats précédemment évoqués, par leur multiplicité, leur hétérogénéité et leur diversité[4], certains étant propres aux activités et relations internetiques, d'autres présentant des dimensions plus larges, en particulier ceux qui proviennent du droit du commerce transnational et qui vont de pair avec la *lex mercatoria*[5]. Il n'est pas lieu, en ces lignes, de présenter toutes ces formes de justice parallèle à la justice publique[6] — telles que le service de résolution des litiges (dit « d'intermédiation ») ou le « Médiateur du

---

dommages et intérêts, alors que les autres seront relégués à devoir utiliser un système impersonnel de messagerie électronique pour discuter avec leur adversaire au travers d'un médiateur ? » (*ibid.*).

[1] Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », *op. cit.*, p. 7.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.* L'Association nationale des médiateurs a d'ailleurs remis, le 5 novembre 2010, au service de médiation en ligne du Forum des droits sur l'internet le premier trophée de l'innovation en médiation.

[4] En ce sens, de manière générale, J.-B. RACINE, dir., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002.

[5] *Cf.*, notamment, Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op. cit.*

[6] Peuvent être cités, notamment, les procédures de résolution des litiges proposées par les services de communication par internet suivants : <eresolution.ca> ; <iris.sgdg.org> ; <internetneutral.com> ; <onlinemediators.com> ; <ombuds.org> ; <transecure.org> ; <mediate.com> ; <cybercourt.de> ; <i-courthouse.com> ; <vmag.org> ; <settleonline.com> ; <clicknsettle.com> ; <cybersettle.com> ; <cybertribunal.org>.

e-commerce » de la FEVAD[1]. À titre d'exemple et en raison à la fois de sa grande originalité et de son haut niveau de développement institutionnel, peut simplement être signalé le « Comité d'arbitrage » dont s'est doté Wikipedia[2]. La procédure de règlement des litiges « par voie amiable ou extrajudiciaire »[3] interne à l'AFNIC est elle aussi un remarquable témoignage[4]. Et il existe bien d'autres « juridictions de degré zéro »[5], suivant de tout autres modalités[6].

Il convient, à présent, de dire quelques mots des sanctions privées, celles-ci étant peut-être plus encore que les « décisions de justice » privées annonciatrices d'un profond revirement au sein de la culture juridique. Par exemple, la « Charte

[1] La FEVAD offre un service de résolution des litiges BtoC (entre commerçant professionnel et consommateur) pour les litiges impliquant l'une de ses entreprises adhérentes « sous dix jours et gratuit » ([en ligne] <fevad.com>). « En cas de manquement, explique l'association, l'entreprise peut être rappelée à l'ordre par le Conseil d'Administration de la FEVAD et, faute de respecter l'avis de celui-ci, être sanctionnée selon les procédures prévues par ses statuts » (*ibid.*). Le litige peut aussi être soumis au « Médiateur du e-commerce », lequel applique la « Charte de la médiation » de la FEVAD (*ibid.*).

[2] Celui-ci est composé d'arbitres élus et est régi par une « Procédure de résolution des conflits » correspondant à des recommandations accessibles sur le web, tandis qu'un « Salon de médiation » est ouvert et que les litiges peuvent encore être résorbés en procédant à un sondage ou à un appel à commentaires auprès de la « communauté Wikipedia ».

[3] [en ligne] <afnic.fr>.

[4] Toute personne déposant un nom de domaine en <.fr> doit obligatoirement souscrire à cette procédure (appelée « Syreli » (pour « Système de résolution des litiges ») depuis 2011), ainsi que le prévoit la « Charte de nommage » de l'association. Le site web de cette dernière présente les centaines de conflits qui ont été tranchés dans une rubrique intitulée « la jurisprudence du .fr » ([en ligne] <afnic.fr>). Par ailleurs, une procédure devant le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris permet une médiation entre le titulaire et l'ayant droit dans le but de trouver une solution amiable, tandis que le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) permet un arbitrage entre le titulaire de tout nom de domaine et un ayant droit, ses décisions étant exécutoires — mais il s'agit alors d'un cadre international public et non d'un cadre privé.

[5] B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

[6] Logiquement, elles s'appuient massivement sur les nouvelles technologies et il est possible de parler d' « e-médiation ». Des formules standardisées pour l'introduction d'une plainte sont mises à disposition et la médiation ou l'arbitrage se fait à distance, par échange de courriers électroniques ou encore par visioconférence.

de nommage » de l'AFNIC autorise cette dernière à bloquer ou supprimer des noms de domaine et rend possible la transmission forcée en cas de « typosquatting » ; le processus judiciaire privé est ainsi peu ou prou complet, comprenant *exequatur* et sanction. La jurisprudence[1] puis un décret[2] sont venus valider les pouvoirs de sanction et d'exécution de l'AFNIC, confortant le caractère corégulationnel de son travail. Le basculement vers un « nouveau droit » que le droit de la communication par internet manifeste[3] apparaît ainsi au grand jour[4]. Il coïncide avec un pluralisme juridique, mais aussi avec un « pluralisme judiciaire »[5], l'un et l'autre étant symptomatiques du « remplacement progressif de la suprématie de l'autorité publique par celle de la négociation privée »[6], mouvement qui s'accompagne nécessairement d'un renouvellement des sources du droit.

[1] TGI Versailles, 14 déc. 2004, *EuroDNS* ; TGI Versailles, 25 avr. 2006, *KLTE*. *Cf.* A. NAPPEY, « La charte de nommage du <.fr> devant la justice », *RLDI* 2005, n° 48 ; N. DREYFUS, « Le blocus massif de noms de domaine est-il licite ? Les deux perspectives divergentes de l'EURid et de l'AFNIC », *Propr. industr.* 2007, alerte 16.

[2] Le décret du 7 février 2007 (D. n° 2007-162, 7 févr. 2007, *Relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le Code des postes et communications électroniques*) a modifié l'article R. 20-44-49 du Code des postes et des communications électroniques, lequel prévoit désormais que les offices d'enregistrement non seulement peuvent mais surtout doivent bloquer, supprimer ou transférer, selon les cas, les noms de domaine, lorsqu'ils constatent qu'un enregistrement a été fait en violation de certaines règles. *Cf.* F. SARDAIN, « Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français », *Comm. com. électr.* 2007, étude 8.

[3] En ce sens, J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 114.

[4] Ainsi des historiens du droit pouvaient-ils, il y a peu encore, constater que, « dans aucune société évoluée, [les modes alternatifs de résolution des conflits] ne sont jamais parvenus à jouer un rôle de premier plan » (J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, 4e éd., Puf, coll. Droit fondamental, 2010, n° 177 (cité par A. LECA, *op. cit.*, p. 283)).

[5] J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, p. 263 s. ; également, J.-B. RACINE, dir., *op. cit.*

[6] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 72.

B. La fragilité des sanctions privées

Les normes de sanction, dont la finalité est d'amender quiconque aurait violé une norme de comportement — et qui ne sont que lointainement en relation avec les modes alternatifs de résolution des conflits précédemment évoqués[1] —, sont un autre type de normes individuelles. Pour que le droit d'origine privée applicable aux communications par internet ait un sens, pour qu'il mérite véritablement le titre de « droit », peut-être faut-il encore qu'existent des sanctions susceptibles d'être prononcées et exécutées à l'encontre de ceux qui ne le respecteraient pas. Les tribunaux étatiques peuvent sanctionner la violation d'un code de conduite privé ou d'une charte privée en tant que faute civile et donc apporter le soutien de la contrainte publique à la norme privée, mais la « justice privée » doit elle aussi être capable de sanctionner les comportements illicites qui lui sont soumis. Or les sanctions privées sont d'une tout autre espèce par rapport aux sanctions publiques[2], de telle sorte qu'il y a en la matière et

[1] L'ambition des modes alternatifs de résolution des conflits n'est normalement pas de sanctionner quelque auteur d'infraction aux règles, d'origine privée ou publique, régissant les communications par internet. Il s'agit, grâce à eux, de mettre fin de manière amiable aux litiges existants et de proposer une justice « restaurative » ayant pour fin de réparer les dommages causés indument (A. VAUCHEZ, L. WILLEMEZ, *op. cit.*, p. 366). Ils servent ainsi moins souvent à sanctionner qu'à éviter des sanctions éventuelles. Aussi la justice contractuelle, avec laquelle « les parties déçues dans leurs attentes légitimes s'efforcent de construire un autre lieu dans lequel leur problème pourra se résoudre par la négociation sans que la solution soit la victoire de l'un sur l'autre, sans que sur le terrain subsistent deux ennemis dont l'un au moins pense à une éventuelle revanche » (J. VANDERLINDEN, « À propos de la vocation de notre temps à la révision de la théorie des sources de droit et des instruments de justice », *op. cit.*), n'est-elle pas compatible avec l'idée de sanction. La sanction n'est donc pas le cœur de l'activité des modes alternatifs de résolution des conflits et d'ailleurs un certain nombre d'entre eux, qui se limitent à un travail de médiation et de conciliation, ne peuvent pas aboutir au prononcé de sanctions. Quant à l'arbitre, la seule sanction qu'il est en mesure de prononcer est celle qui vise à compenser le préjudice qu'une partie a subi du fait du comportement de l'autre partie.

[2] On pourrait débattre de la question de savoir si, par exemple, les sanctions prononcées par un conseil de famille ou de village, parmi les sociétés dites « primitives », telles que la critique publique, le bannissement, les coups de corde ou la mise au fer appartiennent ou non au monde du droit (J. P. COLLEYN, « Valeurs et droit dans une société sans pouvoir politique univoque », *Droit et culture* 1983, n° 6, p. 27). Déjà Jean Bodin expliquait que « le commandement permet de distinguer les

comme souvent renouvellement du droit en même temps que renouvellement de ses sources. Notamment, ces sanctions peuvent difficilement consister en une contrainte physique ou en une privation de droits ; elles sont souvent d'ordre moral et psychologique. Les sanctions privées peuvent potentiellement être tout à fait coercitives ainsi que dissuasives — ce qui est aussi le rôle d'une sanction —[1] ; elles s'attachent cependant à des niveaux d'efficacité variables et, le plus souvent, elles s'avèrent très modestes, quand elles ne sont pas totalement indolores. Le renouvellement des sources du droit compris comme renouvellement des sources de la justice apparaît alors peu satisfaisant, la « justice privée » se présentant tel un pis-aller de justice.

La communauté virtuelle a très tôt mis sur pied son propre règlement judiciaire, par exemple pour les cas où la Netiquette serait enfreinte[2]. Aujourd'hui, les sanctions privées susceptibles d'être appliquées en cas d' « infraction » immatérielle correspondent parfois à ce que Georges Gurvitch appelait la « réaction sociale à la violation de la règle, c'est-à-dire la garantie sociale de l'efficience réelle d'une règle, qui ne peut s'exprimer dans aucune

magistrats de l'État des autorités de l'Église qui sont certes dotées d'un pouvoir juridictionnel mais qui doivent faire exécuter leurs sentences par les magistrats, faute de pouvoir de contrainte propre » (J. BODIN, *op. cit.*, L. III, chap. 3). Est ici estimé qu'un pouvoir de contrainte privé à caractère juridique est, en théorie tout du moins, possible.

[1] En ce sens, C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 609.

[2] Ainsi, lorsqu'une personne utilisait l'Usenet afin de transmettre des messages publicitaires, les internautes « stigmatisaient » le comportement puis « condamnaient » son auteur à une « peine de mort numérique » consistant soit à saturer un serveur, qui ne fonctionne dès lors plus normalement, soit à bloquer la bande passante, ce qui conduit à une interruption des services. De façon plus structurée, ont depuis longtemps été mis en place des *hotlines* et des points contact permettant aux internautes de dénoncer auprès des opérateurs ou d'organismes indépendants les services ou contenus qui leur paraissent inacceptables ou illicites. Le retrait subséquent de ces services ou contenus peut peut-être s'analyser en tant que sanction de leurs auteurs. Notamment, le service de signalement de contenus illicites « Point de contact » de l'AFA est membre de l'Association internationale des *hotlines* internet (INHOPE, <inhope.org>), créée en 1999. Celle-ci compte 40 membres (tous privés) issus de 36 pays qui se proposent de supprimer les contenus illicites en ligne. Cette initiative est l'une des rares réponses globales apportées au problème des activités et des contenus irréguliers en ligne.

mesure prédéterminée d'avance contre le délinquant »[1]. Le groupe auquel appartient celui qui a enfreint une norme de comportement régissant ce groupe se retrouve mis à l'écart, ostracisé, banni de fait, ce qui est une sanction[2]. Dans le même temps, les sanctions prononcées par les instances étatiques à l'encontre d'un acteur évoluant dans le cyberespace, trop souvent, demeurent lettre morte, notamment en raison de l' « impasse des échelles » temporelle et, surtout, spatiale. Il ne serait toutefois pas réaliste de juger que les sanctions privées seraient en mesure de rivaliser avec les sanctions étatiques, d'autant plus lorsqu'il s'agit de sanctions des internautes par les internautes. Symptomatiques de la tendance à l' « informalisme »[3] qui marque le droit contemporain, les sanctions découlant du non-respect de règles produites dans un cadre d'autorégulation se bornent le plus souvent à n'être que psychologiques ; or, si, dans certains cas, la réprobation peut être très difficile à supporter, les internautes faisant un usage incorrect du réseau, *a fortiori* lorsqu'ils le font sciemment, ne

[1] G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 101.

[2] Il est, sur ce point, possible de citer Eugen Ehrlich selon qui « l'exclusion d'un cercle autonome, que ce soit l'Église, le syndicat, le parti, la famille, le trust ou un autre groupe, la perte d'une situation, d'un crédit, d'une clientèle sont les moyens les plus réels pour lutter contre une infraction au droit. Ce qu'entreprend en plus l'État pour sanctionner à son tour le droit a une importance infiniment moins grande » (E. EHRLICH, *Fondement de la sociologie du droit*, 1913 (cité par G. GURVITCH, *loc. cit.*, p. 129)). Cependant, concernant les infractions au droit d'origine privée régissant les activités internetiques, il faut peut-être relativiser l'impact de pareille sanction, car les liens sociaux sont rarement aussi forts dans le monde internetique que dans le monde physique et rarement aussi forts à l'heure actuelle que par le passé. « L'ostracisme, observe un auteur, le rejet du mouton noir hors du groupe, frappe le fautif avec une dureté extrême, quelle que soit la "société" considérée. Il est probablement aussi douloureux à un PDG déchu de voir les regards se détourner de lui dans une soirée mondaine qu'il est pénible à un loubard de banlieue de voir sa bande le repousser à ses marges. […] Le bien le plus précieux, c'est peut-être le lien qui nous unit à nos congénères » (D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 68). Mais il est peu fréquent de rencontrer pareille situation dans les relations en ligne, lesquelles reposent sur des liens bien souvent fragiles et évanescents. L'ostracisme ne peut être une véritable sanction que dans de rares cas.

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 259.

sont en général que peu affectés par ce genre de sanctions qui deviennent par conséquent indolores[1].

Par conséquent, le problème de la sanction est peut-être le point noir du droit d'origine privée et, par suite, le point noir du renouvellement des sources du droit dès lors qu'il s'opère par une émancipation de ce droit d'origine privée. Les limites des sanctions privées fragiliseraient ce droit et justifieraient d'émettre des réserves à son endroit. Le droit d'origine privée fonctionne essentiellement grâce à la confiance et à l'adhésion volontaire, du fait de la légitimité reconnue à l'autorité émettrice de la règle, et ce n'est que marginalement que des comportements sont adoptés par crainte d'une sanction en cas de non-respect.

Sur ce point, il convient de distinguer les utilisateurs professionnels et les utilisateurs non professionnels du réseau : les premiers sont beaucoup plus sensibles aux codes de conduite et autres chartes privés que les seconds, cela parce que leur réputation est leur bien le plus précieux[2]. C'est ici la publication de la sanction qui est la véritable sanction[3]. Les acteurs professionnels sont bien davantage que les particuliers tentés — souvent forcés — de s'inscrire parmi des

[1] Les historiens du droit décrivent des sociétés traditionnelles dans lesquelles il n'existe ni règles ni sanctions formalisées mais où la pression du groupe et la crainte du blâme ou du mépris social suppléent cette apparente lacune (A. LECA, *op. cit.*, p. 27). Nul doute que la société internetique ne saurait être comparée à semblable société traditionnelle.

[2] En ce sens, É. A. CAPRIOLI, *op. cit.*

[3] Cette publication, quelle que soit la sanction en cause, signifiant qu'une entreprise ne s'est pas conformée à l'une ou l'autre règle risque fort de lui faire perdre une bonne part de sa clientèle et même d'entraîner le retrait de ses investisseurs. On fait de la « critique publique que l'organe incriminé est tenu de publier parce qu'il a adhéré volontairement au système » la principale sanction dans les milieux autorégulés (W. GORE, « Les instances d'autorégulation – Assurer le respect des codes de déontologie », in A. HULIN, J. SMITH, dir, *op. cit.*, p. 40). L'auteur, par ailleurs, critique le recours aux amendes dans un cadre sanctionnateur privé, alors que celles-ci pourraient sembler constituer des sanctions tout à fait efficaces, comme elles le sont souvent dans l'espace du droit étatique. Il explique que « c'est lorsque les sanctions ne comportent pas d'amendes que la régulation volontaire est la plus efficace. Si le système prévoit des amendes, il devient plus légaliste et conflictuel, avec des personnes chargées de débattre du montant des sanctions pécuniaires à infliger. Cela dénature tout ce qui rend les instances d'autorégulation pratiques et utiles. En outre, l'impact d'une amende variera beaucoup et de manière injuste suivant la richesse de [l'entreprise] en cause » (*ibid.*).

systèmes normatifs volontaires, lesquels sont des gages de qualité et de sécurité aux yeux des usagers et consommateurs. Les sociétés commerciales, toujours désireuses de défendre leurs images de marque alors que la concurrence est exacerbée en ligne, n'ont guère le choix de se montrer ou non respectueuses des diverses normes déontologiques qui s'appliquent à elles, qu'elles soient formelles ou informelles[1]. De la sorte, les sanctions privées s'avèrent donc fort dissuasives.

La réputation et son « pouvoir attractif »[2] sont des facteurs importants de confiance, laquelle joue dans les relations internetiques, surtout lorsqu'elles sont commerciales, un rôle décisif, à tel point qu'elle revêt des atours de normativité, y compris en termes de sanction[3]. Dans un espace où les contractants se situent à des milliers de kilomètres les uns des autres, la confiance apparaît aussi délicate à obtenir qu'essentielle au développement de toute activité[4]. En tant que synonyme de sécurité, de crédibilité, de transparence et de notoriété, elle se montre irréparablement nécessaire à la stabilité et à la fidélité de la clientèle, contraignant les commerçants électroniques à adopter les pratiques les plus loyales. C'est pourquoi l'adhésion à un organisme de certification, et donc le

---

[1] *Cf.*, dans un autre domaine, A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite – Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

[2] C. CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2007, p. 463.

[3] *Ibid.* L'auteur explique que la réputation est un sentiment basé sur la mémoire et donc sur les expériences passées. Or ces dernières tiennent compte non seulement des expériences personnelles, mais aussi des expériences collectives, lesquelles revêtent une importance primordiale en ligne en raison du facile partage de l'information que l'internet permet. Quant à la confiance, elle peut être définie comme « l'attente qui naît, au sein d'une communauté, d'un comportement régulier, honnête et coopératif, fondé sur des normes communément partagées, de la part des autres membres de cette communauté » (F. FUKUYAMA, *La confiance et la puissance – Vertus sociales et prospérité économique*, Plon, 1997, p. 36 (cité par C. CHASSIGNEUX, *op. cit.*, p. 461)).

[4] Les hommes, lorsqu'ils doivent traiter avec un autrui absent ou éloigné, avec lequel ils ne sont pas en face à face, se retrouvent contraints de se contenter d'informations parcellaires sur leur avenir. Si ce dernier devient hasardeux, la confiance apparaît tel un médium fort utile, tandis que « nous n'avons pas besoin de faire confiance à quelqu'un dont les activités sont visibles en permanence et dont les modes de raisonnements sont transparents, ni de faire confiance à un système dont les rouages sont parfaitement connus et compris » (A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994, p. 140).

respect des règles imposées en conséquence, s'avèrent souvent impératifs dès lors que la titularité du label s'apparente à une condition *sine qua non* de crédibilité et de réputation aux yeux des internautes. La confiance fait ainsi figure de catalyseur, mais aussi de véritable couperet, le retrait de la confiance étant une sanction radicale pouvant conduire jusqu'à la cessation de l'activité. La confiance semble ainsi jouer un rôle non anecdotique dans le renouvellement des sources du droit[1].

En revanche, concernant les particuliers, qui n'ont que rarement une notoriété ou réputation à défendre vis-à-vis du public, la publication de la sanction est de beaucoup moins de poids et il est plus difficile de trouver à leur égard des sanctions privées capables d'impacter leurs destinataires au point de revêtir un véritable effet coercitif et dissuasif. Conformément à ce que suggère le succès de la *lex mercatoria* en matière de droit du commerce transnational, il semble que le droit d'essence privée soit davantage adapté au monde économique qu'au monde des activités individuelles. Certes, de multiples groupements d'internautes et même l'ensemble des internautes quelques fois ont édifié un

[1] Si la notion de confiance « a longtemps semblé appartenir à un registre désuet, non moderne » (C. CHASSIGNEUX, *op. cit.*, p. 460), elle se positionne aujourd'hui sur le devant de la scène du droit de la communication par internet, ainsi qu'en témoignent une littérature conséquente et, surtout, l'intitulé et le contenu de la « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » de 2004 (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*). Finalement, quand les sources institutionnelles et substantielles ne réussissent qu'approximativement à appréhender les activités immatérielles, la confiance semble y parvenir de façon remarquable, la rupture de la confiance pouvant être ressentie comme la plus douloureuse des sanctions. Et l'internet lui-même — en tant que vecteur supersonique d'information au moyen duquel on ne parle plus de bouche à oreille mais de clavier à millions d'écrans — est l'instrument pertinent afin de sanctionner d'une telle façon les opérateurs défaillants. En conférant une capacité de circulation et de propagation considérable aux informations défavorables, il donne aux usagers et consommateurs insatisfaits la faculté de faire payer cher un comportement ressenti comme incorrect. Mais ce sont alors lesdits usagers et consommateurs qui sont juges et bourreaux en même temps que parties ; cette forme de justice apparaît bien primaire, loin des canons de la justice et de la sanction étatiques. L'un des exemples les plus notoires de cette veille internetique est fourni par la société Yahoo!, laquelle décida de retirer de son site toutes les informations portant sur le régime nazi alors que l'information selon laquelle ledit site avait été condamné de ce fait par un juge français, en 2000 (TGI Paris, 22 mai 2000, *UEFJ et Licra c/ Yahoo!*), se répandait « de blog en blog ».

droit sanctionnateur plus dense que beaucoup ne l'imaginent (déconnexion, dénonciation, établissement de listes de proscrits, envoi de courriers électroniques d'avertissement, boycottage, radiation des annuaires ou registres d'inscription [1] ou encore *flamming*[2]). Seulement, mis à part quelques services qui peuvent sembler indispensables aux relations sociales contemporaines, la plupart des services connaissent de multiples concurrents vers lesquels il est aisé de se reporter en cas d'exclusion. Par définition, de telles sanctions ne peuvent jouer véritablement leur rôle sanctionnateur qu'à l'encontre d'individus très impliqués au sein d'une communauté immatérielle, ce qui n'est pas le cas de la plupart des internautes. Il convient donc de ne pas exagérer l'importance et l'influence de ces formes de sanctions privées[3].

Peut-être certaines organisations, telles que l'ICANN ou, à une autre échelle, l'AFNIC, sont-elles tout à fait capables, spécialement car elles disposent de moyens techniques à ces fins et parce qu'elles jouent un rôle clé dans la « gouvernance de l'internet », de prononcer de véritables sanctions dont les destinataires subissent d'importants effets ; mais, globalement, beaucoup des normes privées en cause demeurent non assorties de normes de sanction ou bien seulement assorties de normes conduisant à des sanctions d'ordre symbolique ou moral peu éprouvantes pour leurs destinataires[4]. Le droit de la communication par internet est donc, pour une part non négligeable, un « droit mou », c'est-à-

[1] Le contrôle des annuaires ou registres d'inscription, qui sont au cœur de toutes les communautés virtuelles, permet de rendre exécutoires des sentences privées : une communauté virtuelle repose sur un registre des membres qui permet d'exclure les individus concernés du mécanisme de partage de l'information ; l'administrateur d'un forum ou d'un service de réseautage social peut ainsi bannir quiconque n'en respecte pas les règles, en fermant tout simplement son compte. Le contrôle des admissions et radiations sur la liste source est donc un élément stratégique qui permet de tracer les frontières de la communauté et de prononcer des sanctions concrètes contre ceux qui bafouent les règles qui la structurent.

[2] Le *flamming* consiste à faire déconnecter du réseau les sites qui ne respectent pas les codes en vigueur.

[3] Cela même si des auteurs n'hésitent pas à les élever au niveau des sanctions étatiques (notamment, R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet*, *op. cit.*, p. 255).

[4] En ce sens, C. ROJINSKY, *op. cit.*, p. 846.

dire un « droit sans sanction »[1]. Et cette faiblesse des sanctions applicables en cas d'infraction aux normes d'origine privée, fragilisant le droit d'essence privée, fragilise le renouvellement des sources du droit dès lors que celui-ci s'abreuve aux sources privées davantage qu'aux sources publiques.

Si les sanctions privées posent question sous l'angle de leur efficacité, elles posent également question sous l'angle de leur légitimité. Le remplacement de la justice publique par la justice privée et, plus généralement, celui du droit d'origine publique par le droit d'origine privée, dont le droit de la communication par internet témoigne, interrogent quant à leur bien fondé et quant au fait qu'il faille s'en réjouir ou au contraire s'en effrayer.

[1] C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 609.

Conclusion du premier titre

L'étude des sources privées du droit de la communication par internet montre qu'il faut s'attendre à un profond renouvellement — allant de pair avec un grand développement — des sources privées du droit et, par suite, à un profond renouvellement des sources du droit en général. De plus, ainsi qu'en témoigne cette branche du droit, ce renouvellement serait déjà, dans une certaine mesure, à l'œuvre.

S'il faut peut-être revenir sur la conception par trop schématique d'une évolution linéaire du droit, à l'origine coutumier, puis jurisprudentiel et enfin légal, puisque les sources ne sont pas exclusives les unes des autres, il n'en demeure pas moins que, au XIX^e^ s. et au XX^e^ s., les sources étatiques — et la loi en particulier — ont accaparé le marché de la production des règles de droit. L'examen des sources du droit de la communication par internet enseigne qu'il pourrait en aller différemment à compter du XXI^e^ s., les sources privées concurrençant et subrogeant de plus en plus les sources étatiques. En ce sens, il existerait depuis longtemps un « accord généralisé sur la vocation à l'autorégulation de l'internet »[1]. Cela interroge la pensée habituelle des sources du droit et on peut souligner combien « la théorie des sources formelles est en décalage complet avec les modes effectifs de régulation de l'internet »[2], combien « l'internet maltraite la théorie formelle des sources du droit en raison de la part déterminante qu'occupent les normes issues de l'autorégulation »[3].

Actuellement, des chercheurs en droit se proposent de « comprendre les nouvelles sources du droit à l'origine d'une magistrale révolution juridique et

[1] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 348.

[2] F. LATTY, *op. cit.*, p. 64.

[3] *Ibid.*, p. 61.

normative »[1]. Les sources privées paraissent occuper une place centrale au sein de ces « nouvelles sources du droit », au sein de la « juridiversité »[2]. Parmi les trois principaux ensembles de sources du droit de la communication par internet que sont les sources privées, les sources publiques externes et les sources étatiques, les sources privées seraient ainsi celles dont l'étude serait la plus originale — une distinction devant être opérée entre les règlements et les jugements privés, très peu habituels aux yeux des juristes du XX[e] s., et les usages et les contrats privés, bien mieux connus[3] — ; et un spécialiste du « droit de l'internet » de qualifier les chartes et autres codes privés d' « ovnis juridiques »[4]. En même temps, il semble utile, si ce n'est indispensable, de s'intéresser à ces sources privées ; car, comme l'expliquent métaphoriquement des philosophes du droit de l'École de Bruxelles :

> *Le juriste et le théoricien du droit se trouvent dans une situation comparable à celle du saumon de la rivière. Il peut choisir soit d'en remonter le cours jusqu'à la source qui l'a vu naître, afin de tenter de s'y reproduire mais au risque d'y trouver sa fin ; ou alors il peut, en disciple d'Héraclite, prendre son parti que tout coule (*ta panta rei*) et tel le jeune saumon filer avec la rivière dans le sens du courant, jusqu'à déboucher dans le grand océan de la vie où il devra affronter les difficultés de celle-ci en concurrence avec les autres espèces de poisson dans une lutte inévitable.*[5]

Le fait que les normes d'origine privée jouent en droit de la communication par internet un rôle plus important que dans beaucoup de branches du droit est

---

[1] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 11. L'auteur précise que son ambition est de « proposer une vision nouvelle des sources du droit capable de rendre compte de la complexité et de la contingence du droit en ce début de XXI[e] siècle » (*ibid.*, p. 9).

[2] Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *op. cit.*, p. 18.

[3] Le Professeur Pascale Deumier explique ainsi que « le droit spontané est éternel : *ubi societas ibi jus spontaneus* » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 2).

[4] O. ITÉANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015.

[5] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », *op. cit.*, p. 5.

notamment ce qui justifie de s'intéresser aux sources de ce droit[1]. Les sources privées du droit de la communication par internet, mieux que toutes autres, permettraient de deviner quels sont ou quels seront les visages du « droit de demain », quels sont les continuités, les mouvements et les ruptures qui marquent ou qui marqueront le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Cette thèse doit donc permettre d'observer des sources du droit rarement prises en compte jusqu'à présent et qui, pourtant, pourraient bien se retrouver prochainement au cœur du jeu du droit, elles qui semblent l'être déjà dans cette branche du droit atypique qu'est le droit de la communication par internet[2]. Ainsi ladite thèse se positionnerait-elle à la suite des travaux souhaitant « reconnaître une valeur juridique à des normes qui, depuis quelques temps déjà, régissent en coulisse et invisiblement des situations de plus en plus nombreuses »[3]. Le passage du droit moderne au droit « postmoderne » pourrait se caractériser en premier lieu par un passage du droit d'origine publique au droit d'origine privée et le « droit de demain » pourrait être un droit principalement d'origine privée, ce qui serait une révolution. Mais ce « droit de demain » ne saurait s'affirmer que progressivement, ce qui pose et posera peut-être les questions, d'une part, de la capacité des juristes à voir les mouvements du paysage juridique et, d'autre part, de leur capacité à les voir sans les exagérer.

On s'intéresse souvent aux seules sources publiques du droit — auxquelles, éventuellement, on ajoute la coutume[4]. Il s'agissait, en ce titre premier, d'essayer de rendre justice à *l'importance de fait des sources privées* du droit de la

---

[1] Par exemple, É. CLERC, *op. cit.*, p. 333 ; F. LATTY, *op. cit.*, p. 50 ; E. LAGRANGE, « Panorama des institutions impliquées dans la "gouvernance de l'Internet" », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 199.

[2] En ce sens, A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », *op. cit.*, p. 129 s. ; L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783 s. ; P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 89 s.

[3] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 203.

[4] Néanmoins, par exemple, N. A. OVALLE DIAZ, *op. cit.*

communication par internet[1]. Il semble en effet que le renouvellement actuel des sources du droit emprunte principalement cette voie et, plus encore, que le renouvellement à venir des sources du droit empruntera principalement cette voie.

Ensuite, si ce sont essentiellement les sources privées de règles à portée générale qui sont ordinairement prises en compte, il est apparu peut-être intéressant de présenter également les sources privées de règles à portée individuelle, celles-ci nourrissant en quelque sorte le quotidien de la vie du droit. Notamment, les modes privés de résolution des conflits sont très peu habituels dans le paysage juridique. Du côté des sources privées de normes à portée générale, les usages autant que les règlements privés — mais surtout ces derniers — posent de nombreuses questions et nécessitent que des entreprises de clarification soient menées afin de dessiner avec davantage de précision leurs contours.

Et il importe peut-être de distinguer les sources privées indépendantes des sources publiques, participant de l'autorégulation, et les sources privées acceptées ou validées par les sources publiques, participant de la corégulation. Les conclusions à tirer relativement à l' « état de l'État » et à l'état des sources publiques plus généralement diffèrent forcément *selon que la corégulation est beaucoup ou peu développée par rapport à l'autorégulation*. Que le renouvellement des sources du droit se traduise par un essor de l'autorégulation ou bien par un essor de la corégulation induit des implications très différentes.

Reste que le déploiement des sources privées du droit correspond mécaniquement à un retrait des sources publiques du droit. Avant d'envisager ces dernières et leur éventuelle réaction, il convient de souligner combien ce mouvement peut être regretté. Mais cela conduit sur un terrain critique et relativement polémique, cela oblige à abandonner pour un temps la recherche d'objectivité car ce n'est que subjectivement qu'il est permis d'estimer que,

[1] Alors que placer sur un pied d'égalité les sources publiques et les sources privées, par exemple, du droit de la communication audiovisuelle ou du droit des réseaux de communications électroniques aurait été, semble-t-il, malvenu.

globalement, les normes d'origine publique sont préférables aux normes d'origine privée et que, par suite, *le renouvellement de ses sources n'est pas nécessairement profitable au droit*. Aussi le titre suivant constituera-t-il une exception à l'intérieur de cette thèse qui entend principalement constituer une recherche empirique.

Titre 2

LA LÉGITIMITÉ CONTESTÉE DES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Le second titre qui débute consistera en *une réflexion d'ordre subjectif et critique*[1]. Il sera donc par nature foncièrement arbitraire, relatif et discutable[1]. En

[1] Il n'incombe peut-être pas au juriste qui s'adonne à la science juridique de discuter le contenu du droit, celui-ci n'étant, semble-t-il, que *le fait de choix politiques opérés en opportunité et à l'aune de considérations axiologiques* — même si beaucoup de normes jouent un rôle purement technique. Y compris les caractéristiques du droit devraient être étudiées objectivement, sans prise de position critique. La tâche du chercheur en droit serait de *comprendre puis expliquer le droit positif*, objectivement et empiriquement ainsi que l'indiquerait le recours au nom « science », non de proposer des évolutions du contenu du droit positif, du corpus des devoir-être applicables aux citoyens, donc non de proposer aux tenants du pouvoir politique d'effectuer d'autres choix politiques. Kelsen, en ce sens, professait que le scientifique du droit aurait en charge « de connaître le droit du dehors et, sur la base de cette connaissance, de le décrire et de l'analyser » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9). Il en constaterait l'existence sans chercher à le modifier. Le scientifique du droit devrait donc aborder les devoir-être tels qu'ils sont, non tels qu'ils devraient être ; il tiendrait un *discours descriptif*, dépourvu de toute appréciation de valeurs, sur un objet qui, lui, en véhicule souvent. Comme le décrit un auteur, « le chercheur n'a pas à tenter de devenir le conseiller du prince. En d'autres termes, il n'a ni compétence ni légitimité pour s'immiscer subrepticement dans l'œuvre propre du législateur ou de l'administrateur, […] à peine de sombrer dans le pire des technocratismes » (Ph. ROBERT, « L'utilité de la recherche en sociologie juridique – Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », *RIEJ* 1982, n° 8, p. 79).

effet, il s'agira de réfléchir au problème suivant : le droit d'origine privée, qui, dans l'espace du droit de la communication par internet, concurrence le droit d'origine étatique et même le droit d'origine publique en général, est-il aussi légitime que ceux-ci ou bien faudrait-il chercher les moyens de réduire autant que possible son importance ? En d'autres termes, les pouvoirs publics doivent-ils lutter contre le renouvellement des sources du droit compris comme renouvellement et développement des sources privées ? Les caractéristiques du « droit de demain » telles que le droit de la communication par internet permet de les envisager sont-elles satisfaisantes ? Une fois ce titre achevé, il ne sera plus lieu d'interroger les pertinences respectives du droit d'origine publique et du droit d'origine privée ; seront simplement observés les moyens qui sont déployés par les institutions publiques afin de publiciser les sources du droit de la communication par internet sans plus jamais se demander s'il est bienvenu ou malvenu d'œuvrer en ce sens.

Alors que d'aucuns en viennent à considérer que la qualité et la légitimité du droit seraient « menacées »[2], l'enjeu de cette sous-partie sera de *comprendre et, plus encore, de justifier le mouvement de publicisation des sources du droit de*

[1] Par exemple, la légitimité en même temps que l'utilité des normes et dispositifs de filtrage établis, afin de prévenir l'accès des enfants aux contenus du web choquants, par l'Internet Content Rating Association (ICRA), par l'Internet Content Rating for Europe (INCORE), mais aussi par diverses sociétés privées, ne paraissent guère contestables au premier abord ; elles le sont pourtant par qui souligne qu'ils « posent des interrogations politiques relativement au caractère subjectif des critères de filtrage, au phénomène de déresponsabilisation des parents à l'égard de l'éducation des enfants et à la *self-regulation* comme forme de régulation des contenus de l'internet » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 4687). Les auteurs complètent leurs observations en ces termes : « En effet, derrière le filtrage des sites se trouvent les visions du monde des personnes composant l'organisation à l'origine du logiciel ; l'acte consistant à déterminer si tel ou tel contenu doit être bloqué n'est évidemment pas neutre car subordonné à des critères d'appréciation qui sont fonction de l'héritage culturel de chacun » (*ibid.*).

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 6. Peut-être le Conseil d'État a-t-il consacré son rapport annuel de 2013 à la question du droit souple (Conseil d'État, *Le droit souple*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2013) car lui aussi « crain[drait] que la notion de droit souple ne fournisse un argumentaire simpliste mais efficace à la privatisation du droit » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 350).

la communication par internet[1]. En effet, le sentiment d'une légitimité généralement supérieure des normes d'origine publique par rapport aux normes d'origine privée[2] semble *partagé par les pouvoirs publics*, qui s'efforceraient de prendre davantage le contrôle de ce droit. Dès lors, *la publicisation du droit de la communication par internet serait à la fois un souhait et une réalité*. La réflexion portée par ces lignes doit ainsi servir de *passerelle entre l'étude des sources privées et l'étude des sources publiques*. Elle doit permettre d'*expliquer le renouvellement des sources publiques* — qu'il soit effectif ou seulement espéré — *par le renouvellement des sources privées*.

Par ailleurs, il sera important, en ces pages comme souvent, de s'efforcer à ne pas adopter de positions manichéennes[3]. En 1995, à l'aube de la communication par internet, était posée la question : « l'internet, pour le meilleur ou pour le pire ? »[4]. Peut également être posée la question : « le "droit de l'internet", pour le meilleur ou pour le pire ? ». Or, s'il est possible d'apporter une réponse à cette dernière, ce ne saurait être qu'une réponse mesurée et tempérée, non une réponse catégorique. En effet, *le droit d'origine privée se parerait d'une plus grande légitimité en matière de droit applicable à des professionnels et en matière de droit du contenant de la communication*. À l'inverse, *le droit d'origine publique serait à encourager en matière de droit applicable à des particuliers et en matière de droit du contenu de la communication*.

---

[1] A déjà souvent été souligné combien la part du droit d'origine publique est en constant progrès et combien celle du droit d'origine privée est en constant recul depuis les créations respectives de l'internet et du web.

[2] Cela y compris lorsqu'elles sont établies dans un cadre de corégulation (en ce sens, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Co-regulation and the Rule of Law », in E. BROUSSEAU, M. MARZOUKI, C. MEADEL, dir., *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012, p. 133 s.).

[3] C'est peut-être judicieusement qu'est recherché, plutôt que le triomphe des unes sur les autres, l'équilibre entre normes d'origine publique et normes d'origine privée, lesquelles seraient plus complémentaires que concurrentes (G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *op. cit.*, p. 56).

[4] H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?*, trad. L. Lumbroso, Addison-Wesley (Boston), coll. Mutations Technologiques, 1995.

La part du droit d'origine privée est autrement plus importante en droit du contenant de la communication par internet qu'en droit du contenu de la communication par internet[1], ce qui peut justement s'expliquer par le fait que les sources privées seraient plus légitimes à instituer le premier que le second, si bien que *les sources publiques concentreraient leurs efforts sur le droit du contenu de la communication par internet*. Les pouvoirs publics seraient préoccupés par le renouvellement des sources du droit du contenu bien davantage que par le renouvellement des sources du droit du contenant de la communication par internet.

Beaucoup conviennent que l'État perdrait chaque jour un peu plus l' « autorité de personnage paternel »[2] qui l'autorisait à être « *la* source du droit »[3]. Alors que le propre du droit d'origine publique est de reposer sur des prérogatives de puissance publique[4], il apparaît que, de plus en plus, le droit d'origine privée s'appuie sur une puissance privée véritable ; et *cette puissance privée servirait logiquement des intérêts privés*[5]. Le fait qu'une part considérable du droit de la communication par internet et donc possiblement du « droit de demain » soit élaborée par des sources privées ne paraît pas satisfaisant et il semble que, globalement, il faille plaider en faveur du droit d'origine publique et contre le droit d'origine privée. Ainsi le présent titre sera-t-il divisé en deux chapitres portant, pour l'un, sur les dangers propres à la production privée du droit de la communication par internet (chapitre 1) et, pour l'autre, sur les bénéfices attachés à la production publique du droit de la communication par internet (chapitre 2). En d'autres termes, il faut espérer un renouvellement des sources du droit synonyme de prospérité des sources publiques ; or, ainsi que le précédent titre et la seconde partie à venir le montrent, la réalité est plutôt celle

[1] Une étude a permis de montrer que les sources privées sont à l'origine d'environ 51 % du droit du contenant de la communication par internet et d'environ 29 % du droit du contenu de la communication par internet (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 191 et 206).

[2] J. CLAVREUL, « Y'a d'la loi », *Droits* 1989, n° 10, p. 128.

[3] *Ibid.* (non souligné dans le texte original).

[4] Par exemple, O. BEAUD, *op. cit.*, p. 165.

[5] P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold Goldman*, *op. cit.*, p. 125.

d'un renouvellement des sources du droit synonyme de prospérité des sources privées quand les sources publiques se révèlent trop souvent frileuses et même parfois sclérosées.

Chapitre 1

LES DÉFAUTS DES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Nul doute que différents arguments pourraient inviter à plaider en faveur de la privatisation des sources du droit de la communication par internet. Par exemple, on en vient à se demander s'il est « possible de contester la privatisation du droit, au stade de sa production comme de son application, tant les valeurs du droit de la gouvernance — participation, souplesse, flexibilité, créativité etc. — paraissent irrésistibles face à un droit étatique excessivement autoritaire, rigide ou encore trop rapidement obsolète ? »[1]. Les sources privées du droit de la communication par internet revêtiraient dès lors une « légitimité remarquable »[2].

Un volet des normes d'essence privée a d'ailleurs pour ambition de protéger et de développer les droits et libertés fondamentaux[3]. Toutefois, ce volet semble être de peu de poids comparativement à ce qu'il est dans l'antre des normes d'essence publique, si bien que *le droit « global » des droits et libertés*

[1] L. PECH, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », *op. cit.*

[2] Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, repère 4. Par exemple, Gurvitch faisait du droit d'origine privée, qu'il appelait le « droit social », le meilleur outil pour protéger l'intérêt général (spéc. G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, op. cit.*, p. 78-79).

[3] J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 171.

fondamentaux est principalement le fait d'organisations publiques. Aux yeux de beaucoup, les motifs invitant à plaider en faveur de la publicisation des sources du droit de la communication par internet l'emportent ainsi sur les justifications données à leur privatisation et conduisent à *soutenir un renouvellement des sources du droit favorable aux sources publiques et défavorable aux sources privées*[1]. Ce sont ces raisons non pas de la supériorité objective et ontologique du droit d'origine publique mais de sa supériorité présumée et affirmée subjectivement qu'il conviendra de présenter en ce chapitre[2].

Beaucoup d'organisations privées soutiennent qu'elles concourraient à la construction d'une « éthique » dans leurs domaines respectifs[3]. Peut-être ne faut-il pas placer toutes les sources privées du droit de la communication par internet sur le même plan ; il conviendrait notamment de séparer celles qui représentent des intérêts commerciaux et économiques et celles qui représentent des intérêts autres que commerciaux et économiques, ces derniers intérêts se rapprochant

[1] Par exemple, une thèse consacrée à la « gouvernance de l'infrastructure d'internet » se conclut par l'observation selon laquelle « les modes de régulation actuels, déséquilibrés au profit des acteurs privés les plus puissants, ne confèrent pas à la gouvernance mondiale de réelle légitimité » (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 387).

[2] Nul doute que bien des contre-arguments et contre-exemples pourraient être opposés à cette position qui n'est qu'une opinion. Constitue un tel contre-exemple, par exemple, le code de bonne conduite élaboré par RapidShare à l'attention des services de téléchargement direct. Ce texte que l'entreprise se propose d'appliquer va nettement plus loin que ce que prévoit la loi. Il propose pêle-mêle d'automatiser les demandes de retrait pour les ayants droit importants ; de se doter d'une politique de suppression des comptes utilisés de manière régulière pour héberger des fichiers protégés ; ou encore d'inspecter les fichiers privés, en prévenant les utilisateurs concernés, lorsqu'ils sont suspectés d'utiliser le service de manière illégale. Il est remarquable que, alors que le site était autrefois le plus utilisé parmi les services de téléchargement direct, les internautes ne lui font plus confiance justement parce qu'il a mis en place de nombreuses mesures pour lutter contre les contrefaçons et ne pas être utilisé par les pirates (G. CHAMPEAU, « RapidShare se meurt d'avoir dû combattre le piratage », [en ligne] <numerama.com>, 20 mai 2013).

[3] Tel est le cas, par exemple, de l'ISOC, selon qui, « dans un monde où le réseau devient un enjeu technologique, économique et sociétal majeur, l'association contribue à défendre les valeurs fondamentales de l'Internet : universalité, accessibilité, respect des standards ouverts, non-discrimination du réseau, liberté de production, de partage et d'expression » ([en ligne] <isoc.fr>). *Cf.*, notamment, P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires », *op. cit.*, p. 337 s.

peut-être plus souvent de l'intérêt général. Par exemple, une « gouvernance » de l'internet qui serait dans une large mesure le fait des internautes et des usages qu'ils se sont imposés serait bien différente d'une « gouvernance » de l'internet par des multinationales du numérique dont l'ambition première est nécessairement de renforcer leurs dominations dans leurs marchés de prédilection. Les risques d'*instrumentalisation du droit* par un néolibéralisme débridé[1] et de favorisation d'un « discours auto-légitimant »[2] ne s'habillent pas de la même intensité selon les acteurs en cause. Il paraît donc nécessaire d'établir des distinctions à l'intérieur des sources privées[3].

Reste qu'il semble que, dans l'ensemble, un droit abandonné à des sources privées risque fort d'amener à l'arbitraire et au désordre. Tels sont les deux grands ensembles de critiques qui pourraient être adressés au droit d'origine privée et donc à un renouvellement des sources du droit profitable à ce droit d'origine privée : d'une part, il serait par trop distant de la justice, de la démocratie et de l'intérêt général (section 1) ; d'autre part, il pécherait par manque de stabilité, de certitude et de force contraignante (section 2). Les difficultés que pose ce droit ressortiraient ainsi tant à son fond, aux finalités qu'il poursuit, qu'à sa forme, à ses modalités particulières. À l'instar du droit transnational[4], le droit de la communication par internet, parce qu'il est composé

---

[1] Tout spécialement, F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Puf, coll. Quadrige, 2007 ; Ph. NEMO, *La société de droit selon F. A. Hayek*, Puf, 1988.

[2] C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 610.

[3] En outre, il faudrait séparer les sources formelles et les sources matérielles du droit. Un droit formellement d'origine publique mais dicté par quelques puissances privées poursuivant le contentement de leurs intérêts propres apparaît peut-être insatisfaisant. Encore, il faudrait éventuellement opérer un tri parmi les actes normatifs privés, tous ne méritant pas nécessairement d'être l'objet des mêmes critiques. La coutume a été dénoncée en ces termes : « Contraire à la rationalité moderne, impossible à connaître, conservatrice, archaïque, déraisonnable, dispersée, la coutume ne peut en définitive que produire des règles pernicieuses, insensées et nuisibles » (M. S. PINTOR, *op. cit.*, p. 372 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 55)). Si l'usage peut être rapproché de la coutume, il en va différemment des codes de conduite et autres chartes. Enfin, il faudrait traiter différemment ces codes et chartes, généraux et impersonnels, et les contrats, dont la portée est individuelle.

[4] J.-B. AUBY, *op. cit.*, spéc. p. 171 ; D. MOCKLE, dir., *op. cit.*

d'une part importante de normes d'origine privée, mettrait en cause *les valeurs essentielles de l'État de droit* (*i.e.* du droit) que sont la démocratie, la sécurité juridique, l'égalité devant la loi, l'existence de mécanismes de rappel des autorités au respect des règles en vigueur, la transparence, la séparation des puissances, des fonctions et des pouvoirs, l'indépendance des juges etc.

Section 1

Un droit potentiellement détaché de la justice, de la démocratie et de l'intérêt général

En cette section, il sera soutenu qu'un renouvellement des sources du droit favorable aux sources privées ne profiterait que de temps à autre à la défense des intérêts des citoyens-internautes et au développement de la démocratie. Au contraire, les sources privées du droit paraissent, de manière générale, se soucier aussi peu desdits intérêts des citoyens-internautes (A) que de ladite démocratie (B).

A. Les intérêts des citoyens à l'épreuve des sources privées du droit

De façon caricaturale, le principe du droit d'origine privée semble être dans bien des cas « gouvernement du peuple, par les organisations puissantes et pour les organisations puissantes »[1], quand celui du droit étatique, en France tout du moins, est « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »[2]. Bien sûr, c'est la partie « gouvernement *pour les organisations puissantes* » de ce principe qui cristallise les critiques (I) tant les sources privées du droit seraient naturellement portées à préserver des intérêts particuliers plutôt que l'intérêt

[1] Par exemple, on avance que « la norme technique est un instrument unilatéral de sujétion au service d'une oligarchie » (S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. droit* 1983, p. 289). Or les normes techniques ne sont-elles pas très souvent associées aux sources privées ?

[2] Const. 4 oct. 1958, art. 2. Plus précisément, il s'agit là du « principe de la République française ».

collectif (II). Le droit d'essence privée génèrerait ainsi des menaces sérieuses pour les droits et libertés des internautes (III), ce qui se vérifierait notamment en matière de « justice privée », de modes alternatifs de résolution des conflits (IV). C'est ce qui conduit, d'un point de vue subjectif et critique, à *préférer globalement le droit d'origine publique au droit d'origine privée*, à aspirer à un renouvellement des sources du droit dans lequel les institutions publiques tireraient leur épingle du jeu.

I. ***Un droit issu du « gouvernement du peuple, par les organisations puissantes et pour les organisations puissantes ».*** **–** Les personnes privées qui possèdent suffisamment de puissance pour pouvoir influer sur le processus d'édiction des règles de droit applicables aux activités immatérielles le font généralement afin de préserver leurs intérêts personnels, non afin de sauvegarder l'intérêt général ou bien encore afin de sauvegarder les intérêts des plus fragiles. Un organe privé édictant des normes ne pourrait pas le faire objectivement et impartialement[1]. La position des utilitaristes, de Bentham et Austin, paraît correspondre à un état de fait : le bien-être collectif serait à la charge du législateur, seul capable de contraindre les volontés individuelles en les détournant de leurs motivations initialement égoïstes pour les orienter vers ce bien commun[2]. Hegel déjà

[1] Jürgen Habermas décrit ce phénomène en ces termes : « La société civile déleste ceux qui s'y engagent de la préoccupation d'autrui et du bien commun et leur impose au contraire d'adopter une attitude stratégique, orientée vers le succès et la satisfaction des intérêts individuels » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 394 (cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 466)). Et la façon dont il est financé indiquerait « pour qui [cet organe privé] travaille » (O. ZLATEV, « Le conseil de presse – L'archétype d'une instance d'autorégulation », in A. HULIN, J. SMITH, dir, *op. cit.*, p. 69).

[2] D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1502. Lorsqu'ils agissent en tant que sources privées du droit indépendantes de la puissance publique, les hommes ne sont guère différents de ce qu'ils seraient dans l'état de nature, où ils ne sont gouvernés que par la seule loi naturelle, où ils possèdent une puissance absolue sur toute chose, « liberté qu'a chacun d'user comme il le veut de son pouvoir propre pour la préservation de sa propre nature » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 14). La loi privée est normalement la loi du plus fort qui s'impose aux moins forts puisque l'état de nature est un « état de guerre de chacun contre chacun » (*ibid.*, chap. 13). Sortir de cet

considérait que « la société civile est un moment de multiplicité : l'homme s'y rapporte à autrui non pas sur le mode de l'amour familial ni sur celui de la coappartenance à un même État, mais sur le mode de la concurrence et de la défense de ses intérêts égoïstes »[1].

Tout cela vaudrait *a fortiori* à l'heure actuelle et *a fortiori* dans le cyberespace — à propos duquel d'aucuns dessinent le portrait d'une société civile « livrée aux égoïsmes individuels et à la loi du profit »[2]. Aussi un droit de la communication par internet entièrement d'origine privée ne serait-il peut-être pas autre chose qu'un « retour à un système féodal »[3], où « tous les acteurs intéressés tentent de produire, d'adouber ou de faire appliquer les normes qui leur conviennent »[4]. On craint que les « juristes du marché », aveuglés par la croyance

---

état de guerre ne serait possible que « si les hommes vivent sous un pouvoir commun qui les tienne en respect » (*ibid.*).

[1] G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 1820, § 187. Il n'est, dès lors, guère surprenant de voir la société civile définie par opposition à l'État, au travers des antagonismes qui existent entre elle et lui (G. ARBOIT, A. KIYINDOU, M. MATHIEN, « Société civile », in Commission française pour l'UNESCO, *La « société de l'information » : glossaire critique*, La documentation française, 2005, p. 80). Il faut suivre Adam Smith qui séparait la société civile et le corps politique, l'une étant au droit d'origine privée ce que l'autre serait au droit d'origine publique (A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Strahan et Cadell (Londres), 1776). C'est de manière assez utopique que le Sommet mondial sur la société de l'information a caractérisé la société civile à travers le fait qu'elle poursuivrait l'intérêt général. Ainsi la définition suivante de la société civile a-t-elle été retenue : « Une société civile est le produit de diverses composantes de populations et de communautés et renvoie à la sphère dans laquelle les citoyens et les initiatives sociales s'organisent librement autour d'objectifs, de regroupements et d'intérêts thématiques. […] Elles agissent au niveau local, national et international pour promouvoir et défendre au bénéfice de tous des intérêts sociaux, économiques et culturels » (cité par F. MASSI-FOLLÉA, « Société civile », in Commission française pour l'UNESCO, *loc. cit.*, p. 82). La société civile, surtout si y sont inclus les acteurs commerciaux, se définit bien mieux en tant que « lieu de luttes sociales » (J. DE SANTA ANA, dir., *Société civile : lieu de luttes sociales*, L'Harmattan, 1998) qu'en tant que lieu de défense de l'intérêt collectif.

[2] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 277.

[3] V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution », *Revue Ubiquité* 1999, n° 2, p. 50.

[4] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *op. cit.*, p. 37 ; également, M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *op. cit.*, p. 738-739.

dans les vertus libératrices des lois du marché et qualifiés de « fanatiques »[1], ne conduisent vers un retour à l'époque moyenâgeuse du droit, vers une sorte de « nouvelle féodalité où le droit, marqué par la multiplicité des sources, la diversité des statuts, la puissance des corps intermédiaires, ne servirait plus qu'à satisfaire les intérêts des acteurs privés les plus puissants »[2]. De ce point de vue, le renouvellement des sources du droit serait donc à redouter plutôt qu'à plébisciter dès lors qu'il correspondrait à une émancipation des sources privées.

Et, pour peu que, parmi les acteurs privés qui aspirent à devenir législateurs, il ne s'en trouve pas un ou quelques-uns suffisamment puissant(s) pour dominer les autres, le risque est que le monde internetique se retrouve livré à l'anarchie ; chacun se donnant ses propres règles, il n'y aurait pas de règles. L'État et le droit d'origine publique seraient ainsi indispensables à la défense de l'intérêt général dans le cyberespace ; ils seraient également indispensables à l'existence du droit de la communication par internet car un corpus normatif établi uniquement par des sources privées ne serait guère viable.

Sans aspirer à un droit de la communication par internet qui serait entièrement issu de sources publiques[3], il faut espérer que l'édiction de ce droit soit autant que possible l'affaire des personnes publiques dont la première intention est d'ériger un corpus normatif qui soit le moins mauvais possible pour

---

[1] J. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, 2002 (cité par L. PECH, « Droit et gouvernance », *op. cit.*, p. 13).

[2] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 187. Friedrich Hayek pouvait écrire que « laisser la loi aux mains de gouvernants élus, c'est confier le pot de crème à la garde du chat » (F. A. HAYEK, *op. cit.* (cité par G. PAQUET, « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », in C. ANDREW, L. CARDINAL, dir., *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 215)) ; laisser le droit aux mains des « représentants autoproclamés du secteur privé » (L. PECH, « Droit et gouvernance », *op. cit.*, p. 13) n'est une perspective guère plus réjouissante, car rien n'indique qu'ils pourraient être des félins moins avides, bien au contraire.

[3] Rousseau allait jusqu'à nier aux personnes privées toute capacité normative, considérant que, « s'il restait quelque droit au particulier, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre lui et le public, chacun étant en quelques points son propre juge prétendrait bientôt l'être en tout, l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6).

la collectivité globalement comprise. Si le droit doit par définition se composer de normes qui se situent « au-dessus des luttes d'intérêts que se livrent les hommes »[1], alors il devrait être le fait des sources publiques avant tout[2]. La Commission sur la gouvernance globale allait jusqu'à parler d' « objectifs destructeurs » que poursuivraient les multinationales lorsqu'elles sont laissées libres d'édicter elles-mêmes leurs cadres normatifs[3]. Les multinationales du web peuvent difficilement ne pas vouloir produire un « droit rentable »[4].

Dans l'ensemble, il semble ainsi permis de voir dans la fabrication privée du droit de la communication par internet une « appropriation de la production normative par les acteurs les plus puissants à leur seul profit »[5]. Plutôt que l'intérêt général, ce seraient donc des intérêts particuliers que le droit d'origine privée applicable aux activités en ligne viserait le plus souvent à défendre, si bien qu'il serait difficile de se satisfaire de la tournure que prend le renouvellement des sources du droit à l'aune de cette branche du droit.

---

[1] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51 (cité par E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2000, p. 50).

[2] Maurice Hauriou écrivait que « c'est nécessairement de la séparation du pouvoir économique et du pouvoir politique que résulte l'équilibre » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 368). Il faut abonder dans le sens de l'illustre professeur toulousain et convenir qu'une production du droit laissée aux mains des forces économiques est une situation regrettable.

[3] Commission sur la gouvernance globale, *Our Global Neighborhood*, Oxford University Press (New York), 1995, p. 5 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 345).

[4] Mais y compris les initiatives normatives qui paraissent les plus détachées de tous intérêts lucratifs peuvent être dénoncées du fait de leur inconséquence en termes d'intérêt général. En témoigne de façon patente la « Déclaration d'indépendance du cyber-monde », laquelle a été rédigée en 1996 afin de riposter à une loi se proposant d'interdire aux mineurs l'accès à un certain nombre de contenus choquants ou indécents (le « *Communications Decency Act* »). Or la protection des mineurs face à l'explosion des contenus choquants dans le cyberespace est, semble-t-il, une noble finalité qui devrait prévaloir sur la liberté d'accéder à tout contenu quel qu'il soit. Les sources publiques paraissent poursuivre cette finalité plus et mieux que les sources privées.

[5] M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in Ch.-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 64 ; également, D. LEGEAIS, « Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit en question », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. XI.

II. ***Un droit servant des intérêts particuliers.*** **–** Le problème se pose aussi en d'autres termes : là où la régulation publique suppose une séparation nette et précise entre régulateur et régulés, l'autorégulation au sens strict, par définition, implique une identité entre l'un et les autres. De nombreux conflits d'intérêts ne peuvent que naître de pareille situation. D'aucuns spécialistes relèvent que le droit d'origine privée de l'internet pèche en ce que les législateurs, les juges et les parties sont trop souvent les mêmes personnes[1]. Le choix de l'autorégulation dans une branche d'activité est nécessairement intéressé[2]. En outre, le droit d'origine privée ne correspond pas systématiquement à une autorégulation au sens strict : tel est le cas des usages, mais tel ne l'est pas des codes et chartes privés qui sont établis par quelques-uns seulement des destinataires des normes, lesquels peuvent être tentés de les détourner à leur profit[3].

---

[1] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4682 (qui commentent la pratique de la labélisation). Néanmoins, peut être opposé que, si l'intérêt général est l'intérêt de l'ensemble des régulés, l'autorégulation protège effectivement ceux-ci (F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation – Participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 25). Seulement faut-il peut-être inclure dans l'intérêt général les intérêts de ceux sur qui les normes exercent une influence sans qu'ils en soient les destinataires directs (par exemple, les consommateurs dans le cas de l'autorégulation du e-commerce), si bien qu'il ne serait pas tout à fait juste d'écrire qu' « intérêt public et intérêt des régulés coïncident » (*Ibid.*, p. 26). L'intérêt général serait à rechercher autant chez les tiers par rapport aux normes que chez les destinataires de celles-ci.

[2] En effet, les opérateurs qui effectuent ce choix de l'autorégulation ont en général pour objectif de prévenir l'édiction d'une réglementation étatique plus sévère. Illustre cela l'ARPP lorsqu'elle explique que son ambition est, grâce à l'autorégulation, d' « aider la profession à se prémunir contre un renforcement de l'encadrement législatif » (Autorité de régulation professionnelle de la publicité, « Brochure 2013 de l'ARPP », [en ligne] <arpp-pub.org>, 2013).

[3] B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 85. Et si, dans le cadre de la « gouvernance », l'intérêt général ne se définit plus qu'en tant que « somme des intérêts individuels » (Ph. MOREAU-DESFARGES, *La gouvernance*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 43), mieux vaut peut-être conserver la définition selon laquelle il est une unité supérieure et transcendante par rapport aux intérêts individuels ; chercher à satisfaire un intérêt individuel, cela ne peut pas revenir, si ce n'est au terme d'une coïncidence, à chercher à satisfaire l'intérêt commun.

Il semble difficilement soutenable que les normes provenant d'une multinationale du web et des nouvelles technologies de la communication[1] pourraient être dictées par une autre intention que celle de renforcer ou, du moins, préserver sa position dominante. Selon un sociologue, les entreprises du numérique ne se contenteraient pas de refléter un changement des normes sociales mais agiraient pour le faire advenir, car ce changement favoriserait leurs intérêts financiers[2]. Notamment, alors qu'il est manifeste que les conditions d'utilisation des données personnelles jouent un rôle déterminant dans le jeu concurrentiel, il est permis de s'inquiéter quant au sort réservé à ces données dans l'espace normatif privé[3]. Une bonne part de l'économie du web repose sur la publicité ciblée (personnalisée[4] ou comportementale[1]), ce qui implique que le

[1] Par exemple Google : l'acteur du monde de l'internet et du web qui interroge le plus sous l'angle de la normalisation privée de cet univers est peut-être Google (J.-M. SALAÜN, *Vu, lu, su, les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, La découverte, 2012), entreprise californienne qui initialement fournissait un service de moteur de recherche et qui aujourd'hui, devenue plus puissante que Microsoft car étant de fait un nœud clef de la société moderne — « googliser » est entré dans le langage courant —, étend son empire du système d'exploitation à la construction des terminaux. Un auteur note que Google a rendu réalité le grand rêve de tous les dictateurs : connaître les vies des individus jusque dans leurs plus strictes intimités (J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 159).

[2] Ces entreprises se comporteraient en « entrepreneurs de morale » (concept forgé par le sociologue Howard Becker pour qualifier les acteurs mobilisés dans le but de changer la définition de ce qu'est un comportement déviant). A. CASILI, « Quelle vie privée à l'ère du numérique ? », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 423 ; A. CASILI, *Les liaisons numériques*, Le Seuil, 2010. Depuis sa création, Facebook a ainsi constamment élargi le périmètre des données qui sont visibles par tous dans les réglages par défaut du service et étendu le champ des informations que l'entreprise peut librement revendre à des tiers.

[3] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 107.

[4] La publicité personnalisée se base sur les caractéristiques de l'individu, connues grâce aux données saisies sur certains sites, spécialement ceux dont l'utilisation implique l'ouverture d'un compte personnel. Lors de l'inscription, le site recueille un certain nombre d'informations sur la personne pertinentes en vue d'un ciblage publicitaire et pouvant donc être revendues à des annonceurs. Par exemple, une discothèque de Besançon peut acheter auprès de Facebook un espace publicitaire limité aux comptes des personnes de 18 à 25 ans habitant à Besançon ou dans ses environs et ayant inscrit dans la catégorie loisirs qu'ils aiment sortir en discothèque. Mais encore faut-il que le droit en vigueur autorise de pareilles pratiques ; c'est pourquoi les sociétés concernées s'efforcent d'édicter elles-mêmes ce droit.

droit élaboré par les entreprises dont l'activité est de proposer des services sur le web ne puisse qu'être très souple à l'égard de la question de la protection des informations personnelles et de la vie privée[2]. Il existe un marché des données

[1] La publicité comportementale doit être distinguée de la publicité personnalisée : elle se fonde non sur les caractéristiques de la personne mais sur l'observation de son comportement internetique, grâce à ses données de navigation. Le « reciblage » est une forme de publicité comportementale qui consiste à envoyer des publicités à un internaute qui sont en rapport non avec le site qu'il est en train de visiter mais avec un produit pour lequel il a manifesté son intérêt en visitant dans un passé proche un autre site. C'est ce procédé qui est mis en œuvre par la société française Criteo. Surtout, le ciblage comportemental peut se fonder sur tout un historique de navigation, dont il est possible de déduire des centres d'intérêt ou une intention d'achat. Cet historique peut être accessible par diverses sources : - le navigateur utilisé par l'internaute peut livrer l'historique des sites visités ; - les entreprises qui proposent des services de régie publicitaire pour des sites tiers sont en mesure de reconnaître un internaute d'un site à l'autre (notamment par l'enregistrement de cookies sur son terminal) et d'accumuler ainsi des informations à son sujet ; - les fournisseurs d'accès à internet (FAI) sont techniquement en mesure de disposer d'un historique complet de la navigation de leurs abonnés.

[2] Les boutons « j'aime » de Facebook et « + 1 » de Google, présents sur de nombreux sites tiers, permettent à ces sociétés de préciser les profils des utilisateurs de leurs services ; ils sont ainsi au centre de leurs modèles économiques — la publicité ciblée est la première source de revenus de Google, Facebook ou Twitter —, si bien qu'il est décisif pour elles que nulles normes juridiques ne viennent limiter la possibilité de revendre les internautes qui ne sont, suivant une formule désormais devenue célèbre, que des produits dès lors que le service auquel ils recourent est « gratuit ». En ce sens, par exemple, X. DE LA PORTE, « Derrière la grande offensive du copyright », Place de la toile, France culture, 25 févr. 2012 (« si vous ne payez pas, c'est que vous n'êtes pas un consommateur mais un produit à vendre »). Un observateur convient que, « si le médium est le message, l'utilisateur est le contenu » (V. SUSCA, « Actualité de Mac Luhan », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012). Illustre le fait que les utilisateurs ne sont que des produits à vendre cette clause des conditions générales d'utilisation de Twitter : « Les Services peuvent contenir des publicités, qui peuvent être ciblées en fonction des Contenus ou de l'information disponibles sur les Services, des requêtes effectuées au moyen des Services, ou sur la base de toute autre information. […] En contrepartie de l'accès qui vous est offert à Twitter et de l'utilisation des Services, vous acceptez que Twitter et ses fournisseurs et partenaires puissent placer ces publicités sur les Services ou en relation avec l'affichage de Contenus ou avec des informations issues de l'utilisation des Services, que cela soit par vous ou par d'autres » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 1). Néanmoins, mieux vaut bien sûr qu'un service soit gratuit parce que financé par la publicité que « gratuit » parce qu'illégal, spécialement en matière d'accès à des œuvres de l'esprit (D. OLIVENNES, *La gratuité, c'est le vol*, Grasset, 2007).

personnelles en pleine expansion que le droit doit saisir[1] ; il faudrait que ce soit le droit d'origine publique qui s'en charge mais, dans les faits, tel n'est qu'insuffisamment le cas — surtout si le critère de l'effectivité des normes est ajouté à celui de leur origine formelle.

Et ce sont aussi, au-delà des entreprises commerciales, les diverses associations, qui créent des codes de bonne conduite et autres chartes, qui travaillent peut-être au profit de leurs seuls intérêts particuliers, ceux des corporations qui les ont fondées[2]. Par exemple, l'IETF est aux mains des équipementiers qui sont ainsi en mesure, à travers lui, d'édicter des normes régissant le fonctionnement de l'internet qui leur soient les plus favorables[3].

---

[1] Dans l'économie numérique d'aujourd'hui, les données, qui sont peut-être le pétrole du XXI^e^ s., ne demeurent pas chez ceux qui les ont collectées ; elles sont en permanence échangées et recombinées. Certains acteurs, qualifiés de « courtiers en données », ont même pour raison sociale d'acquérir et de vendre des données personnelles.

[2] Par exemple, les représentants des auteurs d'œuvres de l'esprit défendent les droits patrimoniaux de ceux-ci quand les représentants des internautes et ceux des éditeurs de logiciels ou de services de partage de contenus défendent la liberté d'accéder à l'internet et d'en faire l'usage le plus libre possible ; mais nul ne semble chercher à savoir où se situe objectivement l'intérêt général. Ils peuvent revendiquer défendre l'intérêt général, ils ne défendent toujours que leurs intérêts propres. On observe que les associations que sont l'ISOC, l'ICANN, le W3C ou l'IETF « remplissent des missions qui, si elles satisfont pleinement aux objectifs de l'industrie, s'éloignent totalement de l'intérêt commun » (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 179). Le diagnostic est peut-être un peu sévère puisqu'il est avéré que ces associations, précisément, défendent d'autres intérêts que ceux de l'industrie de leurs secteurs de prédilection, il n'en est pas moins révélateur de la mauvaise opinion qui empreint les commentateurs de la production privée des normes applicables à l'internet. L'auteur observe, en outre, que « défendre son point de vue dans ces forums de régulation exige une présence physique régulière, voire constante, qui représente un véritable investissement financier. Seules les plus grandes firmes peuvent donc participer, ce qui les avantage, les choix s'effectuant à la discrétion des forces du marché et des lobbies » (*ibid.*, p. 180).

[3] Certes, cette institution invite ses membres à « toujours agir pour le bénéfice de la communauté Internet et non pour [leurs] propres noms » (IETF, « Comment contribuer à l'IETF ? », RFC n° 3160 (cité par V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 115)) ; peut-être les industriels qui envoient des représentants siéger dans les comités ne suivent-ils guère cette consigne. L'ISOC, pour sa part, affirme sans ambages sa volonté de s' « oppos[er] à la législation chaque fois qu'elle pourrait inhiber [la] liberté de développement et d'utilisation de logiciels open source » (ISOC, « Valeurs et principes de l'Internet Society », [en ligne] <isoc.fr>), y compris, donc, lorsque ces logiciels permettent à leurs utilisateurs de

Quant à l'ICANN, elle est l'objet de nombreuses critiques relatives à sa légitimité à élaborer certaines des règles les plus décisives dans le fonctionnement de l'internet[1]. « À travers l'ICANN, écrit-on, la technologie a modelé la société, des technologues ont pris des décisions politiques majeures et des groupes d'intérêts ont exploité la légitimité technologique »[2]. Or cette « légitimité technologique » peut entrer en conflit avec la légitimité politique (selon qui la définit et comment)[3].

Ainsi les droits et libertés des internautes se trouvent-ils souvent malmenés par la production privée des normes applicables aux activités des ces internautes, ce qui invite à critiquer le renouvellement des sources du droit tel qu'observé en cette thèse.

III. ***Un droit menaçant les droits et libertés des internautes.*** **–** On fait parfois du pouvoir de la société civile « la meilleure des garanties contre un État peu

---

porter atteinte aux droits et libertés d'autrui ou à l'intérêt collectif. L'ISOC, dans le même sens, explique : « Nous nous opposerons aux efforts visant à restreindre le type de contenus ou d'informations échangés sur Internet » (*ibid.*). Et d'ajouter : « L'architecture de bout en bout d'Internet, dominée par l'innovation, est vitale pour le rôle joué par Internet en tant que plateforme à l'innovation, à la créativité et aux opportunités économiques. Pour préserver cette qualité, nous nous opposerons aux efforts visant à établir des normes pouvant rendre difficile, voire impossible, pour certains internautes d'utiliser toute la gamme des applications Internet » (*ibid.*). Une utilisation nuisible de ces applications ne saurait donc justifier de l'empêcher.

[1] Est notamment dénoncé le fait que la parité à l'origine recherchée dans le processus de prise de décision de l'ICANN, entre représentants des techniques et de l'industrie, d'une part, et représentants des internautes, d'autre part, n'a jamais été respectée. Une autre critique importante qui est adressée à l'association est celle selon laquelle, en gardant le nombre d'extensions non géographiques à un bas niveau, elle créerait une rareté artificielle et tendrait à prendre les traits d'une entreprise commerciale.

[2] H. KLEIN (cité par V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 292-293).

[3] Et, globalement, on constate que les acteurs privés intervenant dans la production du droit de la communication par internet ne sont pas représentatifs de l'ensemble de ceux qui possèdent des intérêts dans la communication par internet : « surreprésentation des intérêts industriels et commerciaux en charge de l'exploitation du réseau et des services, au détriment des utilisateurs et de l'expression d'une volonté générale universelle » (A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet – Droits de l'internaute – Liberté d'expression sur l'internet – Responsabilité*, Litec, 2002).

soucieux du respect des droits fondamentaux de ses citoyens »[1]. Peut-être n'est-ce qu'à de rares occasions que le droit d'origine privée peut mieux que le droit d'origine étatique protéger les droits et libertés individuels[2] — étant entendu que seuls sont ici en cause les États démocratiques occidentaux. Si l'internet est un « immense défi pour les droits de l'homme »[3], surtout dès lors que la liberté est la plus grande menace qui plane sur la liberté[4], il le serait bien davantage s'il est abandonné à un droit d'essence privée que s'il est pris en main par les États. Les normes établies par les puissances privées, parce qu'elles traduisent des ambitions personnelles ou corporatives, peuvent être ou ne pas être compatibles avec les droits et libertés fondamentaux ; mais ce n'est, semble-t-il, que rarement une fin en soi pour les sources privées que d'œuvrer dans le sens du renforcement de la protection de ces droits et libertés. Aussi souligne-t-on que, si les codes et chartes privés étaient soumis au Conseil constitutionnel, ils seraient souvent déclarés inconstitutionnels, cela car les motifs de leurs adoptions et donc leurs contenus normatifs entrent régulièrement en contradiction avec les principes matériels défendus dans le « bloc de constitutionnalité »[5].

Pour en revenir au problème des données personnelles[6], le droit issu des sources privées comprend souvent des dispositions telles que : « Lorsque vous

---

[1] K. BENYEKHLEF, *op. cit.*, p. 595.

[2] En ce sens, S. CHAUVIER, *Justice et droits à l'échelle mondiale*, Vrin-EHESS, 2006.

[3] M. KIRBY, « La protection de la vie privée et des droits de l'homme à l'ère du numérique », in M. KIRBY et alii, *Les droits de l'homme dans le cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, 2005, p. 12 ; également, A. LEPAGE, *loc. cit.* ; D. LE METAYER, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant (Bruxelles), 2010 ; P. J. BRUNET, dir., *Éthique et internet*, Presses de l'Université Laval (Québec), 2002 ; E. KORPROBST, « Internet et les libertés publiques », *JCP E* 2002, n° 4, p. 4 s.

[4] Comme l'enseigne le Professeur Jean-Louis Bergel, c'est la sécurité qui garantit la liberté (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 129).

[5] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 388.

[6] Le réseau internetique a suscité l'émergence d'acteurs nouveaux, tels les moteurs de recherche et les réseaux sociaux, qui sont naturellement dépositaires de pans entiers de la vie personnelle de leurs utilisateurs. Lorsqu'un tel site web est visité, il y a entre 60 et 100 marqueurs qui récoltent des données sur l'activité de l'internaute (J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*). Or les revenus de ces services dépendent

utilisez nos services ou que vous affichez des contenus fournis par Google, nous pouvons automatiquement collecter et stocker des informations dans les fichiers journaux de nos serveurs. Cela peut inclure : la façon dont vous avez utilisé le service concerné, telles que vos requêtes de recherche ; des données relatives aux communications téléphoniques, comme votre numéro de téléphone, celui de l'appelant, les numéros de transfert, l'heure et la date des appels, leur durée, les données de routage des SMS et les types d'appels ; votre adresse IP ; […] des cookies permettant d'identifier votre navigateur ou votre Compte Google de façon unique »[1]. Si « Google est le plus redoutable défi pour les droits de la personne de toute l'histoire de l'humanité »[2], ce sont tous les services du web, surtout lorsqu'ils ont une finalité commerciale, qui interrogent sous cet angle et

---

principalement de la vente d'informations personnelles à des annonceurs et plus le nombre et la précision des données contenues dans un « profil » sont importants, plus il peut être vendu à un prix élevé. Les grandes entreprises du numérique sont ainsi logiquement engagées dans des stratégies de diversification dont l'un des objectifs prioritaires est de multiplier les informations pertinentes détenues sur chaque individu. Et il existe désormais des acteurs spécialisés dans la collecte et la revente des données, les « *data brokers* ». Comme le souligne le Conseil d'État, cette diffusion et ce commerce généralisés des données personnelles sont porteurs de risques pour les individus que le droit d'origine publique doit encadrer car, à l'évidence, le droit d'origine privée ne peut, du fait qu'il est pour une bonne part aux mains des commerçants de données, suffire (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 17). Le Haut Conseil cite les dangers suivants : « la diffusion de données personnelles en dehors de la volonté de l'individu concerné ; la réception de plus en plus fréquente de publicités de plus en plus ciblées et personnalisées ; le développement de pratiques commerciales abusives, consistant en une différenciation entre les clients à partir de l'exploitation de leurs données ; les risques de réputation, pouvant conduire à des restrictions dans l'accès à l'assurance, au crédit, à l'emploi ; les utilisations malveillantes, portant directement atteinte aux biens ou aux personnes » (*ibid.*).

[1] « Règles de confidentialité de Google ». Autre exemple : « Vous acceptez et reconnaissez implicitement que Microsoft peut accéder à, divulguer ou préserver les informations associées à votre utilisation des services, notamment (sans limitation) vos informations personnelles et votre contenu ou les informations que Microsoft acquiert vous concernant par le biais de votre utilisation des services (par l'adresse IP ou via d'autres informations tierces) lorsque Microsoft estime en toute bonne foi que cela est nécessaire » (« Contrat de service Microsoft », art. 5.3).

[2] E. FELTEN, « Inside the Googleplex », *The Economist* 1er sept. 2007 (cité par J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 160).

rendent le besoin de droit d'origine publique pressant[1]. Et l'accessibilité du web sur des terminaux mobiles ou le développement de la géolocalisation, de l' « internet des objets » et des puces RFID — qui permettent à la communication par internet de s'immiscer dans chaque instant du quotidien des individus — ne font que renforcer ce besoin en rendant les risques d'intrusions et d'atteintes aux droits et libertés des individus encore plus redoutables[2]. L'objectif d'une « connectivité généralisée » évoqué par l'ensemble des acteurs industriels du secteur, s'il est porteur d'espoirs économiques certains, pourrait aussi se transformer en perspective orwellienne dès lors que les États ne viendraient pas la recouvrir de leur chape juridique salvatrice[3].

---

[1] Par exemple, G. HAAS, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2004.

[2] B. BENHAMOU, « Internet des objets : défis technologiques, économiques et politiques », *Esprit* 2009.

[3] Au-delà de cette problématique saillante qu'est la protection des informations personnelles et de la vie privée, les illustrations de normes édictées par les puissances privées qui interrogent quiconque est attaché aux grands principes défendus par le droit étatique ne manquent pas. Le « droit de Facebook », par exemple, dispose ou stipule que, « en cas de plainte à notre encontre suite à vos actions, à votre contenu ou à vos informations sur Facebook, vous indemniserez Facebook pour toute perte, responsabilité, réclamation, demande, dépenses et frais, y compris les honoraires raisonnables d'avocat, afférents à cette plainte » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 16-2). Quant au « droit de Twitter », il dispose ou stipule que « cette traduction est mise à disposition pour votre convenance ; la version anglaise servira de référence en cas de conflit entre la traduction et la version originelle » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com ») ; qu' « EN AUCUN CAS LE MONTANT TOTAL DES DOMMAGES INTÉRÊTS AUXQUELS LES ENTITÉS TWITTER POURRAIENT ÊTRE CONDAMNÉES AU TITRE DE LEUR RESPONSABILITÉ NE POURRA DÉPASSER LE MONTANT DE CENT DOLLARS AMÉRICAINS » (*ibid.*, art. 11-C (majuscules dans le texte original)) ; ou bien encore que « ces Conditions et toute action judiciaire engagée en relation avec ces Conditions sont régies par les lois de l'État de Californie des États-Unis d'Amérique sans considération et sans faire application des dispositions légales de votre État ou de votre pays de résidence relatives aux conflits de lois. Toutes les réclamations, poursuites judiciaires ou litiges en relation avec les Services seront portés exclusivement devant les tribunaux fédéraux ou d'État situés dans le county de San Francisco en Californie, États-Unis. Vous acceptez la compétence matérielle et territoriale de ces tribunaux et renoncez à toute objection à ce titre » (*ibid.*, art. 12-B). À l'identique, le « droit de Facebook » dispose ou stipule que « vous porterez toute plainte afférente à cette Déclaration ou à Facebook exclusivement devant les tribunaux d'État et fédéraux sis dans le comté de Santa Clara, en Californie. Le droit de l'État de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de conflit de lois. Vous acceptez de respecter la

Enfin, concernant l'ordre public, celui-ci paraît désormais se diviser en deux éléments : l'ordre public « public » et l'ordre public « privé », qualifié d' « ordre public de consensus »[1] car les grands acteurs du web qui contribuent à son affirmation se rejoignent en ce qu'ils ont intérêt à ce que certains principes l'intègrent et d'autres non. Ordre public « public » et ordre public « privé » n'ont pas le même contenu et, parfois, entrent en conflit ; or, entre les deux, peut-être est-ce le premier qui devrait l'emporter. Il paraît dès lors difficile de se satisfaire d'un renouvellement des sources du droit conduisant à conférer la primauté à l'ordre public « privé » contre l'ordre public « public ».

Par conséquent, il n'est guère surprenant de voir les tribunaux se montrer méfiants à l'égard des normes d'origine privée[2]. Les réserves en ces pages émises à l'égard de la production juridique privée seraient ainsi partagées par nombre

---

juridiction des tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 16-1). Par ailleurs, quant à la question de la propriété intellectuelle, les conditions générales d'utilisation de facebook.com précisent : « Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos (propriété intellectuelle), vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle) » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 2-1).

[1] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 182.

[2] Pour ne prendre que trois exemples, les juges peuvent considérer qu'une clause d'un contrat-type conclu afin de s'inscrire à un service de réseautage social n'est pas applicable car l'éditeur du service, alors qu'elle est d'une importance déterminante, l'avait noyée au sein de nombreuses autres clauses sans jamais chercher à attirer l'attention des futurs utilisateurs sur elle (CA Pau, 1ère ch., 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*) ; ils peuvent estimer que le prix pratiqué par Google pour son service de cartographie en ligne, à savoir la gratuité, est anormalement bas, si bien qu'il y a abus de position dominante sur le marché de la cartographie en ligne (TGI Paris, 15e ch., 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc*) ; et ils peuvent déclarer non écrites les clauses des contrats-types du web participatif qui prévoient que le fait d'afficher ou de charger une contribution sur un site conduit à concéder à celui-ci un droit non exclusif de reproduction, d'utilisation, de distribution, de représentation ou d'exécution dudit contenu, alors que cette clause ne précise pas les limites temporelles et spatiales de la cession et ne répond pas aux critères de la cession à titre gratuit (TGI Paris, 3e ch., 29 mai 2012, *TF1 et autres c/ YouTube*).

d'instances officielles[1]. Il pourrait difficilement en aller différemment face à des multinationales de l'internet qui n'hésitent pas à obliger ceux qui recourent à leurs services — et qui souvent sont contraints socialement ou économiquement de le faire — à accepter des règles peu conformes à nombre d'idéaux juridiques.

En outre, la « justice privée », *i.e.* les modes alternatifs de résolution des conflits, pose question sous l'angle de sa neutralité ; car il n'est pas impossible qu'elle soit sous influence et, par suite, défavorable aux moins puissants.

IV. ***Une justice non équitable.*** **–** Les modes alternatifs de résolution des conflits et les sanctions privées interrogent du point de vue de leur légitimité[2]. Se pose déjà le problème de leur efficacité réelle[3]. Ensuite, on parle de « commerce de la médiation en ligne en plein essor »[4] ; pourtant, il n'est normalement rien de plus incompatibles que la justice et le commerce. Peut-être, selon des statistiques fédérales américaines, 90 % des dossiers dans lesquels une méditation est engagée aboutissent-ils à un accord[5] ; le danger est que ces accords profitent aux

[1] Illustre également la prégnance de ce sentiment parmi les institutions publiques le Comité des représentants permanents des gouvernements des États membres de l'Union européenne lorsqu'il convient que « le marché n'est assurément pas le mieux placé pour juger de l'utilité sociale respective des services envisageables ; cet arbitrage doit relever de l'État, dans sa dimension régalienne » (Comité des représentants permanents des gouvernements des États membres de l'Union européenne, rapport n° 10334/08, 6 juin 2008, p. 8 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 122)).

[2] Aussi peut-on s'interroger, par exemple, en ces termes : « Les modes dits "alternatifs" de règlement des différends, en ce qu'ils promeuvent un ordre négocié à la place de l'ordre juridictionnel imposé, ne sont-ils pas porteurs de périls bien plus graves que ceux qu'ils sont réputés conjurer ? Ne perd-on pas trop en garanties à dessaisir le juge au profit d'"amiables" compositeurs profanes ? […] Ne prend-on pas de bien grands risques à laisser entendre que la sanction de l'illicite est négociable ? » (D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *op. cit.*, p. 52).

[3] Un observateur note que les accords contractuels qui ponctuent nombre de procédures propres à la justice alternative ne mettent pas fin automatiquement aux litiges et qu'il se trouve beaucoup de « litiges secondaires », de contestations des accords passés mais sur lesquels une partie se rétracte. Et d'ajouter : « La pacification n'a été que temporaire, le recours *in fine* au juge demeure la garantie à laquelle très peu de justiciables acceptent de renoncer » (P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 72).

[4] Th. MASSART, *op. cit.*, p. 31.

[5] *Ibid.*

parties les plus fortes et riches et desservent les parties les plus fragiles et faibles économiquement, contraintes de se soumettre car cela leur paraît être la moins mauvaise des solutions[1]. On relève que le consentement, initial et/ou final, peut être « extorqué » par la partie en position de supériorité[2]. Peut-être l'impartialité du « juge » est-elle parfois douteuse ; on souligne à quel point le choix du tiers « impartial » devant servir de médiateur peut difficilement être neutre dans la sphère privée et consiste le plus souvent en une véritable « sélection » orientée par des intérêts personnels et donc opérée d'une manière ne garantissant ni sa compétence ni son indépendance[3].

Et d'aucuns, évoquant les « dangers de la privatisation de la justice »[4], de souligner combien les modes alternatifs de résolution des conflits portent atteinte, pour certaines catégories de justiciables, au contradictoire et aux « précieuses garanties du procès judiciaire »[5], principes essentiels en tout État de droit qu'il n'est pas assuré que cette justice alternative protège[6]. « La valeur des

---

[1] Y. BENHAMOU, *op. cit.*, p. 2774.

[2] J. HUET, Th. TONNELLIER, *op. cit.* Commentant l'institution de la procédure amiable devant le Forum des droits sur l'internet, les auteurs écrivaient : « Le particulier se trouvera en présence d'un greffier impressionnant (en robe noire) et parfois très intransigeant, pressé de se débarrasser de l'affaire, et qui lui conseillera d'aller voir ailleurs, avec d'autant plus de bonne conscience que le Président du tribunal ou de la cour lui aura dit de le faire, et que l'"ailleurs" est une bonne vielle transaction, un consentement des parties. Le plaignant sera donc dans ses petits souliers, et dira "oui, monsieur le juge", confondant greffier et juge, ce qui est normal vu qu'ils portent tous deux une robe noire. Et le voilà embarqué dans une toute autre histoire ».

[3] *Ibid.*

[4] L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », *op. cit.*, p. 39.

[5] Y. BENHAMOU, *op. cit.*, p. 2774.

[6] La justice publique est classiquement investie de différents attributs qui apportent la garantie d'un procès équitable. Y compris quand sont aux prises une partie puissante et une partie faible, elle donne la possibilité à la seconde de défendre sa cause, de faire valoir ses arguments, d'obtenir écoute et attention de la part d'un « tiers pouvoir » (réf. à D. SALAS, *Le tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Hachette, coll. Forum, 1998) objectif et neutre. Offrant la perspective d'une énonciation claire des responsabilités de chacun, cette justice publique permet d'obtenir réparation, financière et symbolique, par le biais d'un verdict dûment motivé et doté d'une autorité incontestable, celle de la chose jugée. Si tout est évidemment question de point de vue, il est fort contestable que la justice privée présente un visage aussi

volontés échangées blanchit tout »[1] ; mais, pour différentes raisons, les volontés peuvent ne pas être libres ou ne pas l'être totalement[2]. De plus, les procédures parallèles à la justice publique peinent à garantir la fiabilité des documents produits et la manipulation est une voie que d'aucuns peuvent être tentés d'emprunter[3].

Ensuite, les sources privées du droit interrogent également du point de vue des standards démocratiques qui, normalement, s'attachent à la production du droit, cela n'étant pas sans lien avec le problème des atteintes aux droits et libertés des internautes. Autant de réserves qui amènent à craindre plus qu'à encourager le renouvellement des sources du droit dès lors qu'il coïncide, comme en droit de la communication par internet, avec un partage du premier rôle entre droit d'essence privée et droit d'essence publique.

B. Les canons de la démocratie à l'épreuve des sources privées du droit

Au-delà de la légitimité des normes produites dans l'espace privé sous l'angle de la préservation de l'intérêt général et des droits et libertés des individus, se pose également la question de la compatibilité entre construction

attrayant, même si le particularisme des relations immatérielles fait que, nécessairement, elle revêt davantage de légitimité en la matière que dans l'absolu.

[1] J. HUET, Th. TONNELLIER, *op. cit.*

[2] Cet aspect avait été analysé par le Professeur Mireille Delmas-Marty selon qui l'expression « justice douce » peut certes « renvoyer à une conception du droit plus consensuelle, donc *a priori* plus respectueuse des droits des parties », mais « l'absence de formalisme qui accompagne le plus souvent les nouvelles formes de régulation des conflits risque d'aboutir à méconnaître certains droits fondamentaux » (M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *op. cit.*, p. 209), en particulier les droits procéduraux énoncés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[3] Peut-être les autorités de certification ont-elles un rôle important à jouer afin d'assurer la pérennité des modes alternatifs de règlement des différends en garantissant la fiabilité, l'authenticité et l'intégrité des preuves, donc la confiance qui est encore plus essentielle à la justice privée qu'à la justice étatique (C. CHASSIGNEUX, *op. cit.*, p. 471).

privée du droit et construction démocratique du droit[1]. Le renouvellement des sources du droit ne paraît guère profiter aux canons démocratiques ; il semble au contraire impliquer un nécessaire éloignement par rapport à ces canons.

Un auteur écrit que le droit d'origine privée permettrait de renforcer la démocratie grâce à la diffusion du pouvoir et à la « polyarchie »[2]. Un autre considère que « la société civile constitue […] une certaine assurance démocratique face à l'État-Léviathan »[3]. Mais il faut distinguer pouvoir de toutes les personnes privées placées sur un pied d'égalité et pouvoir de quelques personnes privées non représentatives de l'ensemble. Les multinationales et autres associations de l'internet qui disposent, de fait, d'un pouvoir normatif gargantuesque, loin de la renforcer, mettent peut-être à mal la démocratie. Serait en cause une forme de ploutocratie bien davantage qu'une forme de démocratie. La privatisation du droit, qui est aussi une « dilution du droit »[4], ne pourrait pas s'analyser tel un processus favorable à l'exercice du pouvoir « par le peuple », c'est-à-dire tel un processus favorable à la démocratie. C'est bien de « déficit démocratique »[5] du droit d'origine privée qu'il faudrait parler.

---

[1] Faut-il rappeler que, au V^e^ s. avant J.-C. déjà, Thucydide déclarait : « Du fait que l'État, chez nous, est administré dans l'intérêt de la masse et non d'une minorité, notre régime a pris le nom de démocratie » (cité par C. MOSSÉ, *Les grecs inventent la démocratie*, Complexe, coll. Historiques, 2004) ?

[2] K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 11. Également, C. ÉMERI, « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *RFD const.* 1992, p. 27 s.

[3] K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 595. Et un autre, encore, juge que « la société civile est une réserve démocratique de laquelle surgissent des hommes et des femmes qui ne sont pas des professionnels cyniques et intéressés — pour ne pas dire corrompus — de la politique ni des fonctionnaires machiniques mais des êtres oblatifs, sacerdotaux, à la fois désintéressés et instruits par leur expérience humaine et professionnelle ; des êtres préservés de la politique politicienne mais dotés de la générosité requise de quiconque prétend s'occuper du bien commun » (R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 99).

[4] C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 610.

[5] Réf. à L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RID éco.* 2003, p. 471 s.

Les actes normatifs issus de l'autoréglementation constituent souvent de véritables contrats d'adhésion que les uns sont en mesure d'imposer aux autres sans les discuter car ces derniers se trouvent dans une situation de dépendance[1]. Logiquement, quand une personne est, pour une raison ou pour une autre, en position de supériorité, elle est tentée d'en profiter afin de renforcer toujours plus son emprise, la puissance appelant la puissance. Quant à la coutume (ou à son succédané qu'est l'usage), elle ne semble pas se parer davantage de l'habit démocratique puisque son principe est de lier les générations futures[2].

On désigne le pluralisme des sources du droit comme un « instrument de lutte contre la démocratie » que mettraient en avant des groupes d'intérêt et de pression[3]. La dispersion et la dilution du processus normatif facilitent l'intervention des groupes de pression et contribuent à la mise en place d'un « néocorporatisme sauvage »[4] — là où la démocratie implique que seules quelques rares institutions dont les membres sont élus au suffrage direct ou indirect édictent l'ensemble du corpus normatif. Le pluralisme juridique et le droit d'origine privée ne font en ce sens qu'un, le second ne pouvant se passer du premier, et il importerait de se méfier de tous les deux et, donc, de préférer tant le monisme juridique que le droit d'origine publique car, avec le pluralisme des sources et un taux élevé de droit d'origine privée, « l'intérêt général cède devant

[1] Notamment, il n'est pas rare qu'une personne ou une organisation dispose d'un contrôle ou d'un monopole sur une facilité dont d'autres ont besoin.

[2] Cela bien que le Professeur Jean-Louis Bergel voit dans la coutume une « forme privilégiée de l'expression démocratique » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 91).

[3] M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 392. Cet auteur de craindre que « le pluralisme juridique [puisse] être le masque des pouvoirs de fait contre les pouvoirs démocratiques » (*ibid.*, p. 395). Déjà Jean Dabin considérait que défendre une conception pluraliste du droit reviendrait — très paradoxalement — à défendre la « loi du plus fort » (J. DABIN, « Droit de classe et droit commun », in *Mélanges Édouard Lambert*, t. III, LGDJ-Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 69 (cité par M.-A. COHENDET, *loc. cit.*, p. 395)).

[4] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 22.

les intérêts catégoriels, eux-mêmes représentés de manière inégalitaire, au risque de déboucher sur la création d'un véritable droit de classe »[1].

Pour autant, il faut peut-être plaider pour une solution équilibrée, pour une solution qui, loin de tout manichéisme, n'exclut pas totalement le droit d'origine privée mais lui réserve le soin de traiter uniquement les questions pour lesquelles l'intérêt général n'est pas concerné ou bien se confond avec l'intérêt du régulateur privé[2]. Il ne s'agirait donc pas d'exiger un taux de droit d'origine privée égal à 0 %, et donc un renouvellement des sources du droit ne concernant en aucune façon les sources privées, mais d'exiger un taux de droit d'origine privée égal à ce que la sauvegarde de l'intérêt général autorise, un renouvellement des sources du droit capable de préserver et même promouvoir la démocratie et les divers droits et libertés des individus.

Il faudrait par conséquent que les institutions publiques trouvent les moyens de faire de la société civile non un « troisième pouvoir »[3] concurrent et indépendant des pouvoirs publics mais un allié, presque même un organe de l'État, soumis à lui et n'intervenant que dans le cadre d'habilitations publiques, que dans le cadre de la corégulation[4] ; car le droit d'origine privée, s'il présente quelques avantages indéniables[5], comporte d'autres lacunes : il est souvent instable, incertain et peu contraignant. Il y aurait donc de bonnes raisons de préférer le droit d'origine publique au droit d'origine privée, de bonnes raisons d'espérer un renouvellement des sources du droit favorable aux sources publiques plutôt qu'un renouvellement des sources du droit favorable aux sources privées tel que celui dont le droit de la communication par internet témoigne[6].

---

[1] *Ibid.* ; également, L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *op. cit.*, p. 471.

[2] Ce que le Conseiller d'État Isabelle Falque-Pierrotin retenait déjà en 1997 : I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet : enjeux juridiques*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1997.

[3] Réf. à N. PERLAS, *La société civile : le 3e pouvoir*, Yves Michel, coll. Société, 2003.

[4] *Cf.*, en ce sens, S. LE BRIS, L. LUTHER, *op. cit.*, p. 35 s.

[5] Par exemple, P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires », *op. cit.*, p. 337.

[6] Comme le notent les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove, l'émancipation de l'autoproduction du droit coïnciderait avec le « déclin de l'intérêt général » (F. OST, M. VAN DE

KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?, op. cit.*, p. 114). Mais, bien sûr, encore faut-il considérer qu'il serait pertinent de faire du droit un instrument de préservation et d'encouragement de l'intérêt général (par exemple, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, dir., *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007). Qui voit dans l'intérêt général un but en même temps qu'un concept dépassés, spécialement à l'intérieur du droit transnational, aboutit nécessairement à des conclusions différentes. *Cf.* J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 175. L'auteur observe notamment que « le droit de la globalisation brouille les repères à partir desquels s'identifie traditionnellement l'intérêt public, ne serait-ce que parce qu'il amalgame, fait coexister, des façons très différentes de procéder à cette identification. Il crée en tous les cas une sorte de fragmentation des instances et des mécanismes au travers desquels la chose publique et l'intérêt général se trouvent identifiés et mis en forme, et cette fragmentation peut difficilement être ressentie autrement que comme un vecteur d'incertitude ». Et des auteurs, à l'instar du philosophe Marcel Gauchet, expliquent encore que, alors qu'hier les intérêts particuliers étaient légitimés en tant que parcelles d'un intérêt commun, « éléments d'un compromis social préétabli par la loi », ils seraient désormais reconnus légitimes en eux-mêmes, « libres de jouer sans souci de la composition d'ensemble, invités à se maximiser chacun sans référence à un intérêt général devenu évanescent » (M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, 1998, p. 85). Et de poursuivre : « L'intérêt public n'est plus un, monopolisé par l'État, mais pluriel, exprimé par toutes sortes d'entités tant publiques que privées » (*ibid.*).

Section 2

Un droit nécessairement dégagé de la contrainte, de la stabilité et de la certitude

Au-delà de la critique qu'il serait permis d'émettre à propos de la légitimité axiologique des règles d'origine privée, concernant les fins qu'elles cherchent le plus souvent à atteindre, d'autres reproches seraient à leur adresser sous l'angle cette fois de leur force juridique concrète, soit sous l'angle de *leur force normative* (A), ainsi que sous l'angle de leur délicate accessibilité, de leur difficile pérennité et, plus généralement, de *l'insécurité juridique* qu'elles engendreraient (B). *La faiblesse substantielle du « droit de demain » se doublerait d'une faiblesse structurelle.* Ces règles pourraient ainsi être dénoncées en ce qu'elles seraient par trop fragiles, si bien que le renouvellement des sources du droit s'accompagnerait d'une fragilisation du droit dès lors qu'il serait principalement le fait des sources privées.

A. La faible force contraignante des normes d'origine privée : la crainte du droit « mou »

Concernant la force normative, les normes d'origine privée constitutives du droit de la communication par internet, dans leur grande majorité, peuvent être classées parmi le droit « souple » et/ou « mou »[1], lequel s'oppose au droit « dur » établi par l'État. Ce dernier devrait dès lors être préféré, bien que le propre de

[1] Sur cette distinction, *cf.* C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 599 s.

l'internet soit d'exiger davantage de souplesse et d'adaptabilité que la plupart des domaines que le droit a vocation à saisir. Même si parfois, pour des raisons socio-économiques, il se trouve des règlements privés qu'une personne n'a pas le choix de respecter ou non, le principe du droit d'origine privée est qu'il n'est applicable qu'à ceux qui y ont consenti, qui y ont souscrit par un acte volontaire[1], là où le droit d'origine publique s'impose unilatéralement à ses destinataires. C'est là une grande faiblesse des normes privées puisque quiconque ne souhaite pas y être soumis est, en théorie tout du moins, toujours libre de ne pas adhérer à l'association ou autre groupement en cause ou de ne pas signer le contrat. Quant aux usages, leur force contraignante est par définition précaire[2].

La force contraignante des normes privées régissant les communications par internet n'est que ce que les destinataires de ces normes en font puisqu'elles sont volontaires et non obligatoires[3]. Lorsqu'elles leur conviennent, ils paraissent

[1] P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 247 s.

[2] En effet, leurs destinataires peuvent — mais à condition d'agir collectivement et non individuellement — les supprimer, tandis que la sanction de celui qui ne respecte pas l'usage est fort peu dissuasive. Avec la coutume et l'usage, les faits gouvernent le droit alors que, normalement, c'est au droit de gouverner les faits ; la coutume et l'usage sont entièrement modelés par des faits, ce ne sont pas les faits qui sont modelés par le droit. Et le propre de l'usage, par rapport à la coutume, est d'être faible ; il n'est qu'une coutume en construction à qui le temps n'a pas encore conféré sa force. Il est souvent délicat de distinguer ce qui est un usage de ce qui n'en est pas un ou pas encore un (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 339). Cela est important car l'usage risque fort d'être requalifié en « simple pratique », si bien qu'il ne peut recevoir application dans le silence des parties et doit être accepté explicitement (*ibid.*, p. 340). Or le droit de la communication par internet, du fait du caractère récent de son objet, ne peut, pour l'heure, accueillir que des usages, que des coutumes en cours de consolidation.

[3] Mis à part dans les cas où elles sont insérées dans des contrats et bénéficient alors d'une valeur contractuelle. Tel est le cas notamment concernant les chartes adoptées par des associations professionnelles qui stipulent que leurs adhérents s'engagent à en respecter les termes et qu'en cas de violation de la charte par un adhérent, celui-ci sera radié de l'association. Tel est également le cas des chartes qui permettent aux sites s'engageant à en respecter les modalités d'utiliser le logo de l'association, ou le logo associé à la charte, tel un label ; la sanction en cas de violation de la charte est la radiation de l'adhérent de l'association et la cessation de l'utilisation du logo correspondant. L'opposabilité d'un texte privé est également acquise lorsqu'il y est fait référence dans les conditions générales d'utilisation ou de vente et que son non-respect peut entraîner la résiliation de la relation contractuelle aux torts de la partie ayant violé les termes de ce texte. Enfin, est à noter que, après bien des tergiversations, la jurisprudence

conforter cette force contraignante en les respectant ; mais, lorsqu'elles ne leur conviennent pas, ils ont tout loisir de les ignorer puisqu'elles n'ont guère de valeur que déclarative[1]. Or on ne consent à adhérer à des normes autoréglementaires que parce que cela présente plus d'avantages que d'inconvénients. Aussi le droit d'origine privée peut-il difficilement aller à l'encontre des intérêts de ses destinataires[2]. Il doit « conquérir son opposabilité afin d'être utile »[3].

Si une « crise de la sanction » frappe les institutions publiques et le droit qu'elles produisent dans le domaine de la communication par internet, une même « crise » semble inhérente au droit d'origine privée, lequel repose sur la confiance et non sur la contrainte, ce qui en fait un droit par nature fragile, un droit qui risque fort souvent de n'exister qu'à l'égard de ceux qui le respectent et non à l'égard de tous ses destinataires naturels. Il est un droit « mou », soit un droit incitatif mais facultatif, non obligatoire et impératif[4], si bien qu'on en vient à soutenir que les normes prescriptives seraient incompatibles avec le droit du cyberespace et qu'il faudrait songer à leur substituer un autre modèle[5]. L'ordre

---

tend à considérer que les usages sont applicables y compris dans le silence des parties. *Cf.* Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 37 s.

[1] Les chartes sont ainsi considérées comme étant des « listes de vœux pieux » (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40). Cela vaut d'ailleurs pour toutes les chartes, qu'elles aient une origine privée ou une origine publique.

[2] P. TRUDEL, « Les systèmes normatifs et le cyberespace », [en ligne] <chairelrwilson.ca>. La Netiquette, par exemple, qui prévalait avant 1995 et qui prohibait, notamment, l'usage commercial du réseau, a été balayée en quelques mois à mesure que la communauté des utilisateurs s'est élargie et a incorporé des acteurs aux desseins commerciaux, rendant inopérant le moyen utilisé pour rendre exécutoire ce texte : l'ostracisme exercé par la communauté des internautes. Les représailles collectives ont perdu de leur efficacité dès lors qu'une partie des internautes n'a plus adhéré aux principes fondateurs de l'internet pré-commercial.

[3] Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *op. cit.*

[4] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 119 ; E. LABBÉ, *op. cit.*

[5] K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit.*, p. 12. Il est vrai que nombre de codes et chartes privés, outre qu'ils ne sont pas obligatoires en droit, ne le sont pas textuellement puisque non rédigés au mode impératif mais au mode recommandatoire. « La finalité des règles de bonne pratique n'est pas de contraindre et de sanctionner mais de conseiller et de proposer ;

que les normes privées génèrent n'est toujours qu'un ordre de consensus précaire qui s'écroule dès que les destinataires de ces normes ne jugent plus utile de s'y conformer[1]. Même si la puissance de l'État, comprise comme capacité de contraindre, est largement relativisée dans le cyberespace, la ou les puissance(s) privée(s) ne semble(nt) pas en mesure de rivaliser avec elle car l'effectivité des normes qu'elle(s) établisse(nt) est essentiellement le fait de leur réception par leurs destinataires, plus que le fait de l'autorité de leurs sources et de la pression qu'elles exercent.

Aussi le renouvellement des sources du droit que le droit de la communication par internet permet d'observer va-t-il de pair avec une préoccupante fragilisation du droit ; cela d'autant plus que les normes privées peuvent également être dénoncées en raison de l'insécurité juridique qui paraît les accompagner.

B. Les incertitudes et l'instabilité des normes d'origine privée : le risque de l'insécurité juridique

Le droit issu des sources privées présente dans bien des cas le visage de l'imprévisibilité et de l'instabilité. Y compris en matière de droit de la communication par internet, les normes devraient être précises, transparentes, non ambigües, ce qui est le cas des normes d'origine publique bien davantage que des normes d'origine privée. Et les normes devraient faire preuve d'une certaine stabilité dans le temps, d'une certaine fixité, sans toutefois être immutables, ce qui est *a fortiori* le cas des normes d'origine publique bien davantage que des normes d'origine privée. La sécurité juridique, objectif-clé

elles sont persuasion plutôt qu'obligation », souligne un auteur, en concluant qu'elles « ne sont pas des règles de droit » (C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 75).

[1] « Tout pouvoir, écrivait Georges Burdeau, est générateur d'ordre dès lors qu'il est capable d'être obéi » (G. BURDEAU, *L'État* (1970), Le Seuil, coll. Points, 2009, p. 90). Le drame des normes privées est qu'elles peuvent être obéies mais ne peuvent pas obliger à être obéies.

dans un État de droit, s'obtiendrait donc de manière bien plus satisfaisante avec des normes publiques qu'avec des normes privées[1].

Le Professeur Jean-Louis Bergel voit dans l'atteinte portée à la sécurité juridique la « plus grande menace induite par le droit global »[2]. Or le droit de la communication par internet est un exemple typique de droit « global » ; et il semble que ce danger provienne du fait que les sources privées y gagnent en importance au détriment des sources publiques[3]. Aussi un commentateur lie-t-il très directement l'absence de sécurité juridique dans le cyberespace à l'absence des États dans le droit du cyberespace[4]. Si, quand l'État n'est pas là, « chacun fait du droit à sa manière »[5], « chacun se croit capable de créer du droit »[6], il ne pourrait en résulter qu'un regrettable « capharnaüm » juridique[7], d'autant plus

[1] D'autant plus que certains acteurs privés, lorsqu'ils jouent le rôle de source du droit, s'efforcent de rendre volontairement les règles obscures et inaccessibles. Or ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences qui s'attacheront à ses actes, parce qu'il a connaissance des règles existantes et que celles-ci ne sont pas appelées à évoluer, que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une activité (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 129).

[2] J.-L. BERGEL, « La dynamique des systèmes juridiques, évolutions et convergences », conférence à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 22 févr. 2012.

[3] De plus, on fait de l'internet et de l'immatérialité les facteurs de la fragilité des règles propres au droit de la communication par internet (P. TRUDEL, « La *lex electronica* », *op. cit.*, p. 221 (« l'environnement-réseau induit une certaine instabilité de la règle de droit. L'écrit n'est plus fixé dans l'imprimé. L'information paraît de plus en plus fluide et en continuel réajustement et actualisation. Le droit se présente de plus en plus comme une résultante continuellement provisoire d'un ensemble de décisions emportant des conséquences normatives »)). Ce sont néanmoins surtout les difficultés rencontrées par les sources privées associées au fait que ces sources jouent un rôle central dans la production de ce droit qui semblent être à l'origine de cette fragilité.

[4] K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit.*, p. 12.

[5] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 29.

[6] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 350.

[7] A déjà été observé combien la flexibilité de la *lex mercatoria* ne permet pas de répondre à l'exigence de sécurité et de prévisibilité qu'impose le développement des échanges et l'exigence de confiance, si bien qu'il n'est pas rare de voir des opérateurs demander plus de droit « dur » et fixe (A. PELLET, *op. cit.*, p. 53). Peut-être la « *lex electronica* » ne se distingue-t-elle pas de la « *lex mercatoria* » sur ce point et un grand défaut du droit de la communication par internet est-il qu'il est difficile d'y prévoir les règles applicables (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 10).

que les compléments jurisprudentiels font défaut au droit d'origine privée[1]. Et quand plusieurs codes, chartes et/ou usages entrent en concurrence sur un point précis, ce qui n'est pas un cas rare, déterminer le droit applicable devient impossible, le droit applicable des uns n'étant pas celui des autres et inversement. Le droit étatique apparaît alors éminemment préférable puisque les normes s'y contredisent beaucoup moins fréquemment[2].

Dans un ordre juridique garantissant la sécurité juridique, les sources du droit sont normalement peu nombreuses, clairement différenciées et fortement hiérarchisées. Le passage du monisme au pluralisme juridique, avec la multiplication des sources du droit, rend la connaissance du droit applicable difficile, engendre des conflits fréquents entre sources qui ne se situent plus les unes sous les autres mais les unes à côté des autres et diminue la qualité et la légitimité du droit[3]. A pu être fustigé un « désordre juridique français » dans lequel les normes et les normateurs foisonnent, se croisent, se contredisent,

[1] En effet, il n'y a alors nul organe interprétant et donc précisant les dispositions non claires, mais aussi nul organe venant combler les vides et les lacunes que comportent inévitablement les textes (T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 159). L'auteur précise : « On pourrait être tenté d'objecter que, à l'image de la jurisprudence complétant la loi nationale, les sentences arbitrales complètent la *lex mercatoria*. Ce serait toutefois oublier que nombre de sentences ne sont pas publiées et que, faute d'émaner d'un ordre juridique organisé placé sous l'autorité d'une juridiction suprême, elles ne présentent pas l'homogénéité qui est censée caractériser les décisions de justice étatiques » (*ibid.*).

[2] La flexibilité, et donc l'inconstance et l'incertitude, du droit d'origine privée de la communication par internet atteint peut-être son point culminant avec le droit applicable à Wikipedia : celui-ci est constitué, mis à part les cinq « Principes fondateurs » (comprenant 20 normes) qui ne sont pas modifiables, d'un corpus normatif qui peut librement et à tout instant être modifié par les utilisateurs du service (une hiérarchie est néanmoins établie entre les « Principes fondateurs » et les autres règles puisque « ces principes, communs à toutes les Wikipédias, constituent le fondement intangible du projet ; ils priment sur les règles et recommandations adoptées par la communauté des contributeurs » ([en ligne] <wikipedia.org>)). Un auteur note qu'un problème de l'autorèglementation est que chacun peut réécrire les règles à sa guise (E. LABBÉ, *op. cit.*) ; cela est ici parfaitement illustré.

[3] « La pluralité des sources, enseigne-t-on, ne peut qu'altérer la capacité du système juridique à assurer correctement sa fonction : à se multiplier, les sources formelles s'épuisent dans le règlement des conflits qu'implique leur pullulement » (P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1433).

s'ignorent[1]. Le droit de la communication par internet ne pourrait que coïncider avec un désordre juridique d'une plus grande ampleur, cela parce que les sources privées y jouent un rôle excessivement important alors qu'elles sont très hétérogènes et souvent concurrentes des sources publiques[2]. Le droit d'origine privée serait donc un droit dont il ne serait pas possible de se satisfaire, si bien que, le renouvellement des sources tendant à placer ce droit au cœur du jeu juridique, ce serait aussi de ce renouvellement des sources dont il ne serait pas possible de se satisfaire.

En outre, si le « bon code de déontologie » est celui qui est « clair, complet et concis »[3], les codes et autres chartes privés ne répondent que trop peu souvent à cette définition. La norme d'origine privée pèche régulièrement du fait de son imprévisibilité, de son imprécision, de son inintelligibilité, de son obscurité, de la polysémie de ses mots et de l'ambiguïté de ses expressions[4]. Elle est ainsi une règle de droit « souple » ou « flou »[5] sur la forme et sur le fond[6] ; or, sur la forme et sur le fond, il conviendrait de préférer le droit « dur » au droit « souple ». Les exigences liées à la sécurité juridique, ancrées dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ne peuvent être assurées si le droit est « à l'état gazeux »[7]. De plus, l'absence de publicité des règles privées fait qu'elles

---

[1] A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 147.

[2] Th. VERBIEST, E. WÉRY, *op. cit.*, p. 541 ; C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 76.

[3] Y. BAYDAR, *op. cit.*, p. 27.

[4] Cela vaut en premier lieu à l'égard de l'usage dont la plasticité va de pair avec l'incertitude et la difficile accessibilité. Et cela vaut également en matière de normes techniques, celles-ci, « invérifiable[s] par le commun des mortels, s'impos[ant] comme le discours hermétique de la technocratie qui change en fonction de la conjoncture économique et des progrès de la recherche scientifique » (S. CHARBONNEAU, *op. cit.*, p. 289).

[5] C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 76.

[6] C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 610.

[7] EDCE 1991, *op. cit.* (cité par B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21). Le principe de sécurité juridique a été défini par le Conseil d'État, dans son rapport pour l'année 2006, comme impliquant « que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas

peuvent être ignorées tout simplement parce que leur existence est inconnue[1]. Les conditions d'utilisation des services, notamment, alors qu'elles comportent la majorité des règles qui les régissent, sont le plus souvent parfaitement méconnues par leurs utilisateurs. Au-delà, les sources privées « se distinguent des autres sources de droit par leur absence d'existence officielle et visible »[2]. Et le manque de transparence dans les processus de création et d'application des normes est une autre critique qui peut être adressée au droit d'origine privée[3].

Si les trois qualités premières du droit doivent être son accessibilité, sa sécurité et sa praticabilité[4], il faut douter que le droit provenant de sources privées puisse être une forme de droit satisfaisante[5]. Aussi demande-t-on que les institutions publiques entrent dans le processus d'élaboration privée des normes, sur un plan formel et peut-être aussi sur un plan matériel[6], ce qui n'est pas autre chose qu'un appel à la corégulation[7]. Peut-être le droit d'origine privée, qui présente souvent un « caractère de "club" fermé »[8], peut-il se révéler pertinent en

---

être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles » (EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*). Il semble que les normes d'origine privée ne répondent guère à ces exigences et puissent difficilement y répondre du fait de leur nature particulière.

[1] Bien que certains codes de bonne conduite soient de véritables outils de communication.

[2] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 339.

[3] Certainement les organisations privées ne fabriquent-elles souvent des règles que pour un milieu déterminé dans lequel chacun connaît les codes et usages en vigueur (G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », *op. cit.*, p. 164) ; il ne paraît pas possible de se satisfaire de cette connaissance corporative, surtout lorsque tout individu peut potentiellement se retrouver face à la norme comme cela arrive avec les activités internetiques.

[4] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 76.

[5] On écrit ainsi que les normes privées « manquent de crédibilité » (C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, p. 77).

[6] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 63.

[7] Le pouvoir règlementaire peut rendre opposables certains actes privés ; des usages peuvent être codifiés ; des contrats-types peuvent être publiés au Journal Officiel. Surtout, la jurisprudence peut décider d'appliquer toute norme privée. Les juges font souvent appel aux codes de déontologie, codes de bonne conduite ou chartes qui comportent des standards utiles pour apprécier les comportements. *Cf.* P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires », *op. cit.*, p. 354-355 ; Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 37 s.

[8] B. DU MARAIS, *op. cit.*, p. 85.

certaines matières, par exemple concernant les relations entre commerçants ou lorsqu'il est un « droit élaboré par et pour des praticiens »[1] ; mais que toute une branche du droit telle que le droit de la communication par internet soit dominée par ces sources privées n'est, semble-t-il, pas une perspective engageante.

Alors que, selon la déclaration adoptée le 24 avril 2014 par les participants à la conférence « NetMundial » de Sao Paulo, « les personnes doivent jouir des mêmes droits fondamentaux lorsqu'elles ne sont pas connectées et lorsqu'elles sont en ligne »[2], et tandis que le droit produit par les sources privées présente des lacunes tant substantielles que structurelles, la publicisation des sources du droit de la communication par internet devrait être préférée à sa privatisation. Or le renouvellement des sources du droit, tel que ce droit l'illustre, est marqué par la privatisation plus que par la publicisation. Il conviendra, au travers de la prochaine section, d'expliquer cette *opinion* non plus négativement, en décrivant les défauts des normes privées, mais positivement, en s'intéressant aux bienfaits des normes publiques. Cela devrait achever de convaincre de l'importance des enjeux attachés au renouvellement actuel et à venir des sources du droit.

[1] Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *op. cit.*

[2] Cité par Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 35.

Chapitre 2

LES QUALITÉS DES SOURCES PUBLIQUES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Seul le droit étatique serait capable de garantir l'ordre public, l'unité et la paix, le droit établi par les organisations privées étant trop fragile, n'étant qu'un instrument de la guerre de tous contre tous et de chacun contre chacun « qui rend la vie humaine […] solitaire, misérable, dangereuse, bestiale et brève »[1]. À l'échelle du droit de la communication par internet, le droit d'origine publique devrait être préféré au droit d'origine privée ; et, puisque cette branche du droit est l'une de celles dans lesquelles le droit d'origine privée semble s'imposer le plus naturellement, il est tentant d'en déduire que ce serait de manière générale que le droit d'origine publique devrait être privilégié. Il serait donc insatisfaisant d'abandonner le « droit de demain » à des puissances normatives privées. Même si l'État rencontre des difficultés et est confronté à une situation de pluralisme juridique, et même si la *lex electronica* prouve que les hommes savent parer à l' « état de nature anarchique et sans lois »[2] par d'autres moyens que les moyens

[1] Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 11. « Si le Prince n'est pas formellement obéi, écrivait Bossuet, l'ordre public est renversé et il n'y a plus d'unité, par conséquent plus de consensus ni de paix dans un État » (J.-B. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, 1709, L. VI (cité par P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. Philosopher, 1989, p. 40)).

[2] « Le but de l'État moderne, écrit-on, est d'arracher les hommes à l'incertitude existentielle d'un état de nature anarchique et sans lois » (S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*,

étatiques, il faut gager que c'est toujours à l'État qu'il revient le plus légitimement de créer et d'appliquer le droit, y compris dans le domaine de l'internet et des activités immatérielles.

Nombreux sont les philosophes du droit et de la politique — jusqu'à Friedrich Hayek[1] — qui ont caractérisé le besoin de sécurité de l'individu comme fondamental, comme préalable à la satisfaction des autres besoins, et qui ont déterminé que l'État, dans des formes assez variées d'ailleurs, serait le cadre le mieux à même de pourvoir à cette exigence de sécurité, par la paix civile à l'intérieur — en s'octroyant, selon la formule de Max Weber, le « monopole de la violence physique légitime »[2] — et en organisant la défense contre les menaces extérieures. À l'inverse, une production du droit entièrement privatisée serait redoutable, à tel point que, très vite, il risquerait de ne plus s'agir réellement de droit mais uniquement de « loi du plus fort », forme de « loi naturelle »[3].

---

p. 46). Aussi serait-il peut-être regrettable d'en revenir, malgré les progrès permis par cet État moderne, à l'état de nature anarchique et sans lois, ce que serait, pour certains, le commerce transnational abandonné aux seules lois du marché.

[1] F. A. HAYEK, *op. cit.*, p. 118 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 140).

[2] M. WEBER, *Le savant et le politique*, Plon, 1959, p. 113.

[3] Tout homme et toute organisation humaine, y compris lorsqu'il ou elle fait œuvre de source du droit, serait animé(e) par le « désir inquiet d'acquérir puissance après puissance, désir qui ne cesse qu'à la mort » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 11). Ce ne serait que grâce à l'État que l'homme pourrait « substituer dans sa conduite la justice à l'instinct » (J.-J. ROUSSEAU (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII[e] siècle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 67)). Et cela d'autant plus que, parmi les sociétés occidentales contemporaines, il ne se trouve plus guère de Dieu pour suppléer l'État, celui-ci ayant déjà dû remplacer Dieu par le passé, ainsi que l'a montré Nietzsche à travers la figure de la « nouvelle idole » (F. NIETZSCHE, « La nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra*, Verlag von Ernst Schmeitzner (Chemnitz), 1883). Les sociétés sans État de structure homogène (tribales, segmentaires, religieuses et sans écriture) étaient — et sont parfois encore — régies par des normes coutumières reposant sur des croyances et des convictions communes acceptées par tous. Aujourd'hui, dans des sociétés caractérisées par leurs structures différenciées, complexes et hétérogènes, pleines d'intérêts antagonistes et de conflits potentiels, les règles de conduite sociale ne sauraient provenir d'une éthique partagée par tous et divinement donnée.

Si, au sein du chapitre précédent, a été souligné combien la légitimité axiologique des normes produites dans un cadre privé serait douteuse et combien, en outre, ces normes présenteraient souvent des défauts structurels, ne pouvant être aussi perfectionnées et abouties formellement et légistiquement que des normes d'origine publique, il convient à présent de mettre en exergue positivement la qualité supposément supérieure du droit produit par les sources publiques par rapport au droit issu des sources privées (section 1), cela tout en précisant que cette *opinion* vaut, semble-t-il, *en matière de droit du contenu de la communication bien davantage qu'en matière de droit du contenant de la communication* (section 2). Ainsi en vient-on à aspirer à un renouvellement des sources du droit qui profiterait surtout aux sources publiques — quand, de fait, il profite surtout aux sources privées.

Section 1

Des garanties en matière de sécurité autant qu'en matière de droits fondamentaux

Si une partie croissante du droit de la communication par internet ne s'applique qu'indirectement aux humains et s'applique directement à des machines — les objets (intelligents) connectés —, peut-être l'intérêt général des machines ne diffère-t-il pas de l'intérêt général des humains, les premières étant au service des seconds. Et l'intérêt général dans l'espace immatériel ne ferait qu'un avec l'intérêt général dans l'espace matériel, l'un et l'autre étant parfaitement réels (le monde immatériel n'a rien de virtuel). Tous deux ont également besoin du droit ; et tous deux auraient également *besoin du droit d'essence publique*[1]. Peut-être même ce dernier est-il plus indispensable dans l'espace immatériel que dans l'espace matériel tant le numérique, s'il n'est pas à l'origine des formes de délinquance telles que la contrefaçon ou l'escroquerie, les facilite et en fait apparaître de nouvelles variantes[2]. Un rapport du Conseil

[1] En ce sens, Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 133.

[2] Au-delà de la contrefaçon d'œuvres immatérielles, le numérique favorise aussi la contrefaçon de biens matériels tels que les médicaments, les cosmétiques, les jouets ou les appareils domestiques, dont il simplifie la distribution aux consommateurs, tandis que de multiples procédés de fraude et de tromperie sont apparus à la faveur du web et du courriel, à l'image du « *phishing* » ou des arnaques commises sur les sites de vente entre particuliers (le « *phishing* » consiste à obtenir la communication d'un numéro de carte bancaire en se faisant passer pour une entité administrative ou commerciale). Et l'internet démultiplie les possibilités de diffusion des images pédopornographiques. Il est un moyen « révolutionnaire » de rentrer en contact avec des victimes de toutes sortes. Mis à part les cas de figure qui nécessitent une présence physique des êtres (par exemple les coups et blessures), le web est le « lieu de tous les jeux, de tous les commerces, […] de toutes les lâchetés, de toutes les déviances » (*Lamy Droit*

économique, social et environnemental liste les grands enjeux que l'internet pose : « la préservation des libertés, la neutralité du Net, la protection des données personnelles et de la vie privée, la cybercriminalité, la circulation des produits culturels, la diversité culturelle et linguistique ou encore l'impact environnemental »[1]. *Autant de défis qu'il incomberait principalement aux sources publiques de relever*, des sources qui, à ces fins, devraient sensiblement se renouveler.

Considérant que « le droit n'est pas un produit »[2], il s'agira, en ces lignes, d'essayer de justifier la primauté du droit d'origine publique afin de pouvoir, par la suite, se concentrer sur les moyens mis en œuvre par les institutions publiques dans l'optique de publiciser autant que possible le droit de la communication par internet. Aussi faut-il observer combien le droit d'origine publique se présenterait tel le protecteur de l'intérêt général et des droits et libertés des individus (A), ainsi que de leur sécurité, juridique en particulier (B).

A. Un droit protecteur de l'intérêt général et des droits et libertés des individus

L'État devrait produire le droit de la communication par internet parce qu'il serait, pour différentes raisons, mieux capable que les sources privées de préserver et développer l'intérêt général et les droits et libertés des individus, l'un comme les autres étant, semble-t-il, menacés par les possibilités nouvelles qu'offre la communication par internet, instantanée et mondiale[3]. Seront donc

de l'informatique et des réseaux, *op. cit.*, n° 2338). Pour ne prendre qu'un dernier exemple, peut-être les données personnelles sont-elles le pétrole du XXI^e^ s. Or ce sont essentiellement les activités internetiques et le « *big data* » qui malmènent ces données et qui rendent le besoin d'un droit des données personnelles plus impérieux encore que par le passé.

[1] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 18.

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 358.

[3] Deux députés aboutissaient à une telle conclusion dans un rapport remis en 2011 à l'Assemblée nationale ; ils l'exprimaient en ces termes : « Le Parlement a une double vocation à intervenir. Comme institution démocratique, il lui appartient de tracer des perspectives communes à tous les citoyens, là où le

envisagées ici les sources publiques en tant que gardiennes de l'intérêt général (I) puis en tant que défenseuses des droits et libertés des personnes (II).

I. ***La sauvegarde de l'intérêt général comme justification de la primauté des sources publiques du droit.*** **–** Les institutions étatiques demeurent *a priori* indispensables pour garantir le respect de l'intérêt général face à des réseaux d'intérêt privés en pleine expansion et pour protéger les droits individuels et collectifs[1]. Dans le même temps, c'est tout spécialement cette mission de préservation de l'intérêt général qui justifie l'existence de l'État[2]. L'intérêt général immatériel est une réalité et cela justifierait plus que toute autre chose l'intervention du droit étatique — en même temps que cela la limiterait dès lors que, selon les mots de Gaston Jèze, « l'intérêt général est le fondement et la

---

monde numérique s'adresse à des individus ou des groupes isolés constituant autant de fragments dans notre société. Comme législateur, le Parlement a évidemment vocation à protéger, par la loi, les droits fondamentaux, à les concilier lorsqu'ils entrent en contradiction, à les encadrer quand l'usage qu'en font certains menace la liberté d'autres citoyens » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 14).

[1] En 1889, le ministre des postes et des télégraphes, Georges Cochery, plaidait pour une prise en main de ces objets communicationnels nouveaux par le droit étatique — sous la forme du monopole public — en raison du fait que ce dernier seul aurait pour fin la préservation de l'intérêt général, tout opérateur privé, y compris lorsqu'il fait œuvre normative, n'agissant qu'avec l'intention de renforcer sa position et ses profits, donc de satisfaire ses intérêts particuliers. Dans son rapport présenté le 28 mai 1889 devant la Chambre des députés, le ministre déclarait : « Entre le monopole d'une compagnie privée et le monopole de l'État, l'hésitation n'est pas possible car une compagnie privée a une préoccupation dominante : ses intérêts financiers : lorsqu'elle est à l'abri de la concurrence, elle ne songe à l'intérêt du public qu'en vue d'augmenter sa clientèle, si elle y a bénéfice. L'État, au contraire, voit avant tout le service public qu'il a à accomplir, et se préoccupe avec sollicitude des intérêts des abonnés » (cité par H. ISAR, *op. cit.*, p. 193). Au Professeur Jean-Marie Pontier qui demande si l'intérêt général existe encore à l'heure du XXI^{e} s. internetique (J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327 s.), il faut répondre par l'affirmative et ajouter qu'il revient plus que jamais aux sources publiques du droit d'assurer sa conservation. En ce sens, M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43

[2] Ce que Jean Bodin déjà observait lorsqu'il notait que « les républiques sont ordonnées pour rendre à la république ce qui est public et à chacun ce qui lui est propre […], car si la famille et la cité, le propre et le commun, le public et le particulier sont confus, il n'y a ni république ni famille » (J. BODIN, *op. cit.*, L. I, chap. 2).

mesure du pouvoir des gouvernants »[1]. Il n'est donc pas lieu d'affirmer ici que l'État serait « en crise » en conséquence d'un intérêt général qui lui-même serait « en crise ». D'ailleurs, l'intérêt général immatériel semble être peu ou prou identique à l'intérêt général qui empreint les activités humaines du monde physique.

L'État serait ce pouvoir qui a su s'affranchir des intérêts particuliers et égoïstes[2]. En ce sens, tout État serait une République, c'est-à-dire, au sens étymologique, une « chose publique », une chose au service du public. Par sa bouche — par ses décrets et surtout par ses lois —, les moyens pertinents afin de préserver l'intérêt général sont définis ; mais c'est aussi l'intérêt général lui-même, dont le contenu est affaire de convictions politiques et est, par conséquent, relatif et subjectif, qui est ainsi défini[3].

---

[1] G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, p. 21 (cité par O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11, p. 30).

[2] Hegel puis le marxisme ont insisté sur la formation de l'État par séparation progressive avec la société civile, au-dessus de laquelle il s'élève et qu'il domine. L'ensemble des institutions qui le constituent définit alors en propre un espace public, commun à tous les membres de la société (P. KAHN, *op. cit.*, p. 16). De là le discours persistant que l'État tient sur lui-même : celui de l'intérêt public et du bien commun, par opposition aux intérêts privés et aux biens privés. Le Professeur Jacques Chevallier définit ainsi l'État en ces termes : « Soustrait aux conflits qui déchirent la société, il est le principe d'intégration, d'unification et de cohésion d'une société qui, sans son intermédiaire, serait vouée au désordre, à l'éclatement, à la dissolution » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 20).

[3] Il est cependant peut-être permis de s'accorder sur une définition de l'intérêt général comme ensemble des intérêts, valeurs et autres objectifs qui sont partagés par la majorité des membres d'une société politique. Plus encore, il peut se comprendre en tant qu'intérêt spécifique à la collectivité, qui transcende les intérêts des individus et qui, donc, est autre chose que la somme des intérêts particuliers ou que la somme des intérêts particuliers dominants. Va dans le sens de l'intérêt général tout acte qui tend à améliorer le bien-être d'une majorité des membres du corps social ; ne va dans le sens que d'intérêts particuliers tout acte qui tend à améliorer le bien-être d'une minorité des membres du corps social. Ainsi, pour les partisans de l'utilitarisme, la recherche de l'intérêt général consiste à maximiser le bonheur individuel du plus grand nombre des membres d'une société (D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », *op. cit.*, p. 1502).

Reste que l'objectif que le droit de la communication par internet devrait poursuivre est, selon les termes du Conseil d'État, de « mettre le numérique au service de l'intérêt général »[1]. Or il semble qu'un renouvellement des sources du droit donnant l'avantage aux sources privées contre les sources publiques ne puisse guère aller dans le sens d'un tel objectif. Il faudrait, au contraire, que ce renouvellement permette la publicisation de pans entiers de ce droit[2]. Des auteurs utilisent, de façon significative, l'expression « régulation d'intérêt général » en tant que synonyme de « régulation publique » et de « régulation étatique »[3]. Il semble inévitable de considérer que, dans l'ensemble, le droit d'origine publique serait un droit protecteur de l'intérêt général quand le droit d'origine privée serait un droit protecteur d'intérêts privés[4].

---

[1] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 25.

[2] L'enjeu propre à la production du droit de la communication par internet serait de proposer un ensemble normatif qui ait pour vocation de servir l'intérêt général et non de valoriser les intérêts particuliers de certains acteurs, quand bien même ceux-ci seraient fort puissants. Pour ce faire, le droit devrait être principalement d'origine publique et seulement de manière complémentaire d'origine privée. C'est ce que le Conseil d'État soulignait en 1999 : « L'État est seul capable, non seulement de réaliser, lorsque c'est nécessaire, la synthèse entre les intérêts qui s'expriment au sein de la société civile, mais de contribuer à dépasser les égoïsmes catégoriels et à prendre en compte les intérêts des générations futures. Seul un intérêt général ainsi conçu est, en effet, susceptible d'apporter à la gestion de la chose publique la cohérence propre à maintenir et, si possible, renforcer le lien social » (EDCE 1999, *Réflexions sur l'intérêt général*). Il importerait de suivre le Haut Conseil dans cette analyse, ainsi que de suivre Rousseau lorsqu'il retenait que le propre de l'État (qu'il appelait significativement « République »), ce qui le différencierait des autres formes d'organisations socio-politiques, serait qu'avec lui « l'intérêt public gouverne » et « la chose publique est quelque-chose » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), L. II, chap. 7 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État – Recueil de textes*, Larcier (Bruxelles), coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 184)). Et le philosophe de Genève de définir l'État en tant que « tout gouvernement guidé par la volonté générale » (*ibid.* (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *loc. cit.*, p. 184)).

[3] F. CAFAGGI, *op. cit.*, p. 23.

[4] Bien qu'on relève que les normes produites par l'État, parce que maladroites, vont parfois à l'encontre de l'intérêt général (C. BERNAULT, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI* 2006, n° 15, p. 56 s., spéc. p. 60 (qui note que « l'intérêt général peut se trouver mis en cause par le développement des [mesures techniques de protection] de différentes manières. […] Imposer ces systèmes techniques peut en effet entraver le progrès ou limiter les modes de diffusion de la culture »)).

Ensuite, il importe non seulement que ce soient des sources étatiques qui élaborent le droit, mais aussi que les organes investis de cette mission ne soient pas, d'une manière ou d'une autre, soumis à la pression ou à la tutelle de certaines forces privées[1]. Or ce risque, notamment en matière d'internet, est inévitable. Nombre de normes formellement d'origine publique sont matériellement d'origine privée[2].

Outre la sauvegarde de l'intérêt collectif, c'est également la protection des droits et libertés des individus qui motive la domination attendue et/ou effective des sources publiques.

II. ***La défense des droits et libertés des personnes comme justification de la primauté des sources publiques du droit.*** **–** Le droit d'origine étatique — et le droit public en particulier[3] — serait par nature « le siège et l'expression des exigences de justice, d'ordre et de progrès »[4], le lieu où seraient mieux qu'ailleurs protégés les droits et libertés des individus et, plus encore, les droits et libertés fondamentaux des individus[5]. Suivant une approche fondationnelle,

---

[1] En effet, ainsi que l'expliquait Georges Burdeau, « les Pouvoirs de fait ne se battent pas seulement entre eux, ils se battent aussi contre le Pouvoir étatique ; mais l'objet du conflit n'est pas le même : entre eux, les Pouvoirs de fait cherchent sinon à se détruire, du moins à se neutraliser ; ce qu'ils visent dans l'État, c'est le titre de ceux qui commandent en son nom. Leur objectif n'est donc pas de le détruire, mais de l'investir et de l'occuper » (G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 118).

[2] Il faudrait, à tout le moins, que les organes législatifs soient en mesure, malgré les incitations privées qui les entourent, de trancher entre les possibilités qui s'offrent à elles à l'aune de l'intérêt général. Mais rien ne garantit qu'ils puissent se montrer suffisamment indépendants de ce qu'il est devenu courant d'appeler « les lobbies ». De plus, les difficultés de l'État à produire un droit effectif le poussent à s'ouvrir à différents modes de consultation des destinataires des normes et à écouter leurs revendications afin de ne pas édicter un droit qui entrerait en contradiction avec elles. Cette problématique, toutefois, n'enlève rien au fait que la puissance publique reste mieux que les puissances privées en mesure d'œuvrer en faveur de l'intérêt général plus qu'en faveur des intérêts particuliers.

[3] Ainsi Maurice Hauriou définissait-il le droit public comme « celui qui ordonne la chose publique en vue de la liberté et de la justice » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 7).

[4] F. TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 20.

[5] Cela même si, spécialement à l'occasion de l'élaboration des lois « HADOPI », des commentateurs ont émis des réserves sur ce point : par exemple, M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 270 (qui interroge :

l'État aurait pour finalité essentielle, outre la sauvegarde de l'intérêt général, la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux constitutifs de la dignité humaine[1]. Si l'État a connu, historiquement, des péripéties et si, géographiquement, il présente des visages fort différents qui amènent à en douter, il est néanmoins, en tout cas en Europe occidentale, un lieu essentiel pour l'exercice des droits et libertés[2].

Ce sont les sources publiques de normes qui établissent un socle de droits et libertés fondamentaux, conçu de manière de plus en plus large et inscrit dans des textes de valeur juridique supérieure (textes constitutionnels et internationaux), que toute personne peut opposer à l'État — qui est un État de droit —, mais aussi et surtout aux autres individus. Cela est décisif tant est régulièrement dénoncée la faiblesse de la garantie de ces droits et libertés dans le cyberespace[3]. La plupart des droits et libertés fondamentaux[4] sont largement mis au défi d'une révolution

---

« Présenté comme un socle législatif avant tout pédagogique, le système HADOPI rééduquera-t-il les consommateurs en ligne, au détriment du respect des droits les plus fondamentaux des internautes (présomption d'innocence, liberté d'expression, respect de la vie privée) ? ») ; E. GILLET, « L'encadrement du nommage internet à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux – À propos de la décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 », *RLDI* 2010, n° 65.

[1] R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 149. Déjà Aristote et Platon retenaient que la Cité serait le meilleur espace où jouir de ses droits et libertés naturels (Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 48). Et, selon l'une des plus célèbres formules de *La Cité de Dieu* de Saint Augustin, États et sociétés criminelles se distingueraient par un seul caractère : la justice, présente chez les premiers mais absente chez les secondes (A. SCHÜTZ, « Saint Augustin, l'État et la "bande de brigands" », *Droits* 1993, n° 16, p. 71).

[2] En particulier parce que le droit qu'il génère est issu de processus démocratiques, il ne pourrait pas ou, tout du moins, il pourrait beaucoup moins que les autres sources du droit aller à l'encontre des droits et libertés consacrés et des droits et libertés revendiqués. Aussi est-ce peut-être à raison qu'on affirme que, « en matière de droits fondamentaux, c'est l'État et non le marché qui peut être "libérateur" quand il s'agit d'assurer une jouissance égale et effective des droits fondamentaux face aux tendances oppressives de certains acteurs privés » (L. PECH, « Droit et gouvernance », *op. cit.*, p. 39).

[3] Par exemple, M. KIRBY, *op. cit.*, p. 12 ; C. ROJINSKY, *op. cit.*, p. 846.

[4] Parmi les droits et libertés fondamentaux des hommes figurent notamment, ainsi que l'indiquait Rawls dans *Libéralisme politique*, le droit de vote et d'éligibilité, la liberté d'expression et de réunion, la liberté de conscience et de pensée, la propriété personnelle, la protection par les lois et l'égal accès à l'ensemble des positions sociales (J. RAWLS, *Libéralisme politique* (1993), trad. C. Audard, Puf, coll. Quadrige

numérique qui invite à les repenser, souvent dans le sens d'une dégradation ou d'un affaiblissement. Mais il se trouve aussi un certain nombre de droits et libertés fondamentaux qui sont apparus spécifiquement avec l'internet, un auteur y voyant une « quatrième génération de droits constitutionnels »[1]. Il n'est, dès lors, pas étonnant que l'Assemblée nationale ou le Conseil d'État se soient largement inquiétés des « droits de l'individu dans la révolution numérique »[2] et des rapports entre numérique et droit fondamentaux[3] et qu'ils aient engagé des réflexions de fond sur ces sujets, lesquelles ont vocation à inspirer plus ou moins profondément le droit positif[4].

Il devrait s'ensuivre un renouvellement des sources du droit permettant aux institutions publiques de prendre en charge la création de ce droit positif. Des observateurs jugent que les droits transnationaux, au nombre desquels figure le droit de la communication par internet, « libèrent les droits de l'homme du paradigme étatique qui en contraint les fondements et en limite les garanties »[5]. Tout au contraire, ne reviendra-t-il pas toujours aux États, individuellement et, plus encore, collectivement[6], d'assurer la consécration et la garantie des droits et

grands textes, 2006 (cité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 149-150)). *Cf.*, également, É. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 396 s.

[1] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*

[2] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*

[3] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*

[4] Le Conseil d'État observe notamment que « le numérique, parce qu'il conduit à la mise en données et à la mise en réseau générale du monde, pose problème au regard des droits fondamentaux ; non qu'il serait un phénomène négatif en soi, mais parce qu'il met en question leur contenu et leur régime. En effet, il renforce la capacité des individus à jouir de certains droits, comme la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre ; il en fragilise d'autres comme le droit à la vie privée, la sûreté et le droit à la sécurité » (*ibid.*, p. 9). Dans le même temps, le rapport remis en 2011 à l'Assemblée nationale par les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère souligne les « bouleversements que connaissent aujourd'hui les conditions dans lesquelles s'exercent les droits individuels dans l'univers numérique » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 13).

[5] L. HENNEBEL, « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *op. cit.*, p. 140.

[6] La problématique de la protection des droits de l'homme est désormais largement mondialisée et il faut, en la matière, évoquer les sources publiques externes autant que les sources étatiques. Toutefois, ces

libertés fondamentaux ? Si cette mission était abandonnée à des organisations privées, ainsi que semble l'indiquer le renouvellement des sources tel qu'observé en droit de la communication par internet, ne faudrait-il pas craindre de les voir dévoyés[1] ?

Cependant, une limite de taille se dresse devant le droit d'origine publique : il ne suffit pas que le droit positif, en théorie, protège les droits et libertés des individus contre les attaques en tous genres ; encore faut-il que cette protection soit effective et que, dans les faits, de telles atteintes ne se produisent pas. Or les communications par internet sont, du fait de leur nature même, le lieu où sont portés d'innombrables coups à ces droits et libertés, où sont commises d'innombrables infractions non sanctionnées. Aussi n'est-il pas suffisant que l'État consacre dans le droit positif les droits et libertés censés protéger les individus dans le cyberespace ; il faut également trouver les moyens de faire de cette protection une protection efficace, capable de dissuader quiconque de porter atteinte à un droit ou à une liberté et de sanctionner quiconque aurait porté atteinte à un droit ou à une liberté. Or il semble que, en leur état actuel, les sources étatiques ne parviennent qu'insuffisamment à atteindre pareil résultat.

---

premières étant des sources interétatiques, il n'est pas lieu de distinguer différents niveaux de légitimité entre les diverses sources publiques. Que les droits et libertés sur internet soient protégés par des normes d'origine étatique ou par des normes d'origine publique externe semble être également satisfaisant — sans égards pour l'impasse de l'échelle spatiale qui invite à créer le droit au niveau supranational plutôt qu'au niveau national. Les droits fondamentaux impliqués par le développement de l'internet et de la communication par internet devraient donc être consacrés à la fois dans les Constitutions étatiques et dans les conventions internationales. En ce sens, notamment, M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Essais, 1998 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11e éd., Puf, coll. Droit fondamental, 2012.

[1] Il serait ainsi loisible de suivre Maurice Hauriou, même si son expression est radicale, lorsqu'il spécifiait les « forces économiques » telles des « forces brutales qui visent l'exploitation de l'homme par l'homme » (cité par Y.-Ch. ZARKA, « L'ombre du Léviathan », *Cités* 2004, n° 18, p. 7), loin d'aspirer à produire un droit avant tout protecteur des droits et libertés des personnes. Quant aux forces privées non économiques, peut-être sont-elles généralement plus attachées à ces droits et libertés ; mais, ayant pour intention première de défendre des intérêts corporatistes, elles ne jettent peut-être qu'un regard distrait en direction des droits et libertés de qui n'appartient pas au groupe.

C'est pourquoi le renouvellement de ces sources étatiques, ainsi que des sources publiques plus généralement, est attendu.

Par ailleurs, le sentiment de la supériorité intrinsèque du droit d'origine publique par rapport au droit d'origine privée et donc le sentiment du besoin d'un renouvellement des sources du droit profitant aux sources publiques plus qu'aux sources privées sont renforcés par le fait que le droit produit par l'État serait, bien davantage que le droit produit par les organisations privées, source de sécurité, notamment de sécurité juridique.

B. Un droit garant de la sécurité et de la sécurité juridique des individus

La légitimité présumée du droit d'origine publique par rapport au droit d'origine privée s'exprime encore à travers les questions de la sécurité (I) et de la sécurité juridique (II) des individus, lesquelles ne pourraient qu'être mieux protégées par les sources publiques que par les sources privées. Cela inviterait à plaider en faveur d'un renouvellement des sources permettant aux premières de dominer les secondes.

I. ***La conservation de l'ordre et de la sécurité comme justification de la primauté des sources publiques du droit.*** **–** L'État peut se définir en tant qu' « organisation permanente destinée à faire respecter l'ordre public »[1] ; et la

[1] R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, p. 6. Thomas Hobbes enseignait que l'institution de l'État serait indispensable car il s'agirait de la seule « puissance commune capable de défendre les humains contre les préjudices commis aux uns par les autres et, ainsi, de les protéger de telle sorte qu'ils puissent vivre satisfaits » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 17 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 28)). L'État serait indispensable aux humains, qui vivent en société, parce qu'il serait « ce grand Léviathan […] auquel nous devons […] notre paix et notre défense. En effet, en vertu du pouvoir conféré par chaque individu, il dispose de tant de puissance et de force assemblées en lui que, par la terreur qu'elles inspirent, il peut conformer la volonté de tous en vue de la paix » (*ibid.* (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 28)). Le Professeur Jacques Chevallier précise que « le maintien de l'ordre constitue l'une des fonctions primordiales de l'État, inhérente à son institution et relevant traditionnellement de ses compétences exclusives » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 55).

perspective du « maintien de l'ordre » est englobée au sein d'une problématique plus large qui est celle de la sécurité, c'est-à-dire celle de la protection des individus contre les risques de toute nature auxquels ils peuvent être exposés[1]. La mission qui incombe à l'État de garantir la sécurité des personnes est évidemment d'une importance majeure en matière de communication par internet, où les dangers qui existaient auparavant dans le monde physique sont démultipliés et où de nouveaux dangers apparaissent. Aussi note-t-on que la sécurité n'aurait jamais été autant au cœur des préoccupations que depuis que l'internet et le web ont rendu possibles nombres d'actes dangereux qui auparavant étaient irréalisables, si bien que la délinquance aurait explosé en même temps que l'usage de l'internet et du web[2].

Raymond Carré de Malberg expliquait que le domaine dans lequel l'État devrait rester dans tous les cas central et donc dans lequel le droit devrait revêtir une origine essentiellement étatique serait celui de « l'ordre et la sécurité dans les relations particulières entre les individus ou les groupes partiels d'individus »[3]. Voici une autre justification à l'existence de l'État ainsi qu'à sa domination dans

---

Également, J. CHEVALLIER, *L'État*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 102 ; A. LECA, *op. cit.*, p. 37.

[1] L'office de l'État serait donc de protéger les droits des individus et leur sécurité contre quiconque souhaiterait, pour quelque motif que ce soit, y porter atteinte et contre toutes les formes de menaces. Et cet office, il ne saurait le partager avec une ou des entité(s) privée(s). Georges Gurvitch lui-même admettait que « les exigences de la sécurité et de l'ordre font certainement prédominer, en périodes normales, le droit positif formel [*i.e.* le droit d'origine étatique] sur le droit positif intuitif [*i.e.* le droit d'origine privée] » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 151).

[2] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2344.

[3] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. XI. Y compris en matière de relations immatérielles, l'État devrait toujours être présent et assurer son « rôle de justicier et de policier » (*ibid.*, p. XI). « Le but des règles de droit [étatiques], ajoutait l'illustre professeur strasbourgeois, n'est pas tant de réaliser la justice que d'assurer le maintien de l'ordre social dans les relations des hommes les uns avec les autres » (*ibid.*, p. 260). Pour Thomas Hobbes, les conventions et autres engagements ne seraient rien que « des mots et du vent », n'auraient aucune force pour obliger, contenir, contraindre ou protéger quelqu'un « en dehors de la force du glaive public » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 18 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 26)).

la grande lutte des sources du droit. Dès lors que deux parties s'opposent pour une quelconque raison, il faut qu'une autorité supérieure puisse intervenir, douée d'un pouvoir suffisant afin de régler définitivement ce différend en imposant sa décision par voie de commandement. Si une telle autorité supérieure, surtout dans le milieu internetique, peut être une institution privée, il semble préférable qu'elle soit aussi souvent que possible l'institution étatique ou, du moins, une institution publique[1].

Seulement cela pose-t-il la question de la « crise de l'État ». Raymond Carré de Malberg notait que « le maintien du droit au sein de la nation suppose que l'État possède, dans le désir d'ordre de l'ensemble de son peuple, un point d'appui lui permettant d'user, vis-à-vis de chaque membre individuel, des pouvoirs de justice et de police qui découlent pour lui de l'organisation étatique de la communauté »[2]. Or il n'est pas assuré que l'État dispose, en matière de communication par internet, d'un tel point d'appui et, partant, qu'il soit en mesure de jouer effectivement son rôle de justicier et de policier. Le manque

[1] Nombreux sont les auteurs à en convenir, par exemple en estimant que le droit étatique aurait pour fonction de protéger l'homme « contre ses propres folies », d'être un « garde-fou que les hommes ont institué pour se prémunir de leur déraison » (B. EDELMAN, « "Ma" définition du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 23). Le droit d'origine privée risquerait trop souvent de se révéler dangereux parce que marqué par la « folie naturelle des hommes » (G. W. F. HEGEL (cité par B. EDELMAN, *loc. cit.*, p. 23)). Thomas Hobbes confirmait cela au moyen de formules devenues célèbres : il écrivait, notamment, que « la cause finale, fin ou but des humains (lesquels aiment naturellement la liberté et avoir de l'autorité sur les autres) en s'imposant à eux-mêmes cette restriction (par laquelle on les voit vivre dans des États) est la prévoyance de ce qui assure leur propre préservation et plus de satisfaction dans la vie ; autrement dit de sortir de ce misérable état de guerre qui est une conséquence nécessaire des passions naturelles qui animent les humains quand il n'y a pas de puissance visible pour les maintenir en respect et pour qu'ils se tiennent à l'exécution de leurs engagements contractuels par peur du châtiment. […] En effet, sans la terreur d'une puissance quelconque, qui est cause de ce qu'elles sont observées, les lois de nature (justice, équité, humilité, clémence et, en somme, faire aux autres ce que nous voudrions qui nous fût fait) sont, par elles-mêmes, contraires aux passions naturelles, lesquelles nous portent à la partialité, à la vanité, à la vengeance, et ainsi de suite. Les conventions, sans l'épée, ne sont que des mots, et sont sans force aucune pour mettre qui que ce soit en sécurité » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 17 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 25)).

[2] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. XI.

d'effectivité du droit qu'il produit implique un manque d'effectivité de sa justice et de sa police. Ces difficultés conduisent à interroger l'évolution des modes étatiques de production et d'application du droit et à attendre un renouvellement des sources étatiques et interétatiques afin de les rendre plus « performantes ».

En outre, c'est aussi la sécurité juridique que le droit d'origine publique protègerait mieux que le droit d'origine privée.

II. ***La préservation de la sécurité juridique comme justification de la primauté des sources publiques du droit.*** **–** La sécurité qu'il revient à l'État de protéger doit tout spécialement se comprendre en tant que sécurité juridique[1] — en tant que « *Rule of Law* » au sens des anglo-saxons[2]. A déjà été amplement démontré combien le droit d'origine étatique serait beaucoup mieux que les autres formes de droit respectueux de l'exigence de sécurité juridique[3]. C'est là un argument de

[1] La sécurité juridique suppose « que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable » (EDCE 2006, *op. cit.*). Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes ni surtout imprévisibles. Ce n'est pas autre chose que la qualité du droit qui est ici en cause ; et l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, que le Conseil constitutionnel a érigés en « objectif de valeur constitutionnelle » en 1999 (Cons. const., déc. n° 99-421 DC, 16 déc. 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*), à la suite de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 6 avr. 1962, aff. C-13/61, *Bosch*), « impliquent la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés, ainsi que leur cohérence » (EDCE 2006, *op. cit.*). Et le droit doit être « praticable » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 76).

[2] *Cf.* J. RAZ, « The Politics of the Rule of Law », *Ratio Juris* 1990, p. 331 s. ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press (Oxford), 1980, p. 272.

[3] Le Conseil d'État a consacré, à quinze années d'intervalle, deux de ses rapports annuels à la sécurité juridique (EDCE 1991, *op. cit.* ; EDCE 2006, *op. cit.*), mettant ainsi en exergue son éminente importance dans toutes les branches du droit. La sécurité juridique est, aux yeux du Conseil d'État, une exigence fondamentale de l'État de droit. Et elle a été rangée, par la Cour de justice des Communautés européennes, au nombre des principes généraux du droit communautaire. Si les juridictions françaises ont longtemps hésité à reconnaître formellement le principe, cette hésitation a pris fin avec un arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006 (CE, 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG et autres*). L'État de droit suppose que la règle de droit présente un ensemble d'attributs substantiels qui lui permettent de remplir la fonction qui lui incombe ; elle doit constituer pour les destinataires un cadre clair, précis, stable, qui leur apporte les éléments de certitude nécessaires et leur donne la possibilité de prévoir les conséquences de

poids supplémentaire au soutien des sources publiques du droit, au soutien d'un renouvellement des sources permettant à ces sources publiques plutôt qu'aux sources privées de mettre la main sur le droit, car la garantie de la sécurité juridique apparaît telle une « fonction régulatrice absolument essentielle »[1]. Et d'aucuns d'exprimer des craintes en ces termes : « Quantité, généralité, extensibilité des sources qui priment la loi nationale, […] voici venir le désordre juridique avec sa conséquence : l'insécurité »[2].

Le besoin et la demande de confiance, chez l'ensemble des acteurs de la communication par internet — et spécialement dans le secteur commercial —, supposent un besoin et une demande de sécurité juridique[3]. Et seul l'État et les organisations internationales semblent pouvoir y répondre par la « certitude de la légalité »[4], pour reprendre une expression de Portalis[5]. Jean Carbonnier

---

leurs actes. Il paraît difficile d'imaginer la sécurité juridique ainsi conçue pouvoir être mieux garantie dans un cadre privé que dans un cadre public, notamment car l'État sera pour longtemps encore institutionnellement plus développé que toute organisation privée, ce qui implique, par exemple, que la hiérarchie des normes et la séparation des pouvoirs y soient davantage affirmées et respectées. Par exemple, on souligne l'infériorité de la *lex mercatoria* par rapport au droit émanant des États sous l'angle de la sécurité juridique (T. AZZI, *op. cit.*, p. 159). Un même constat peut, semble-t-il, être dressé quant au droit d'origine privée applicable aux communications par internet.

[1] J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 142.

[2] A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 150.

[3] B. DU MARAIS, *op. cit.*, p. 86 ; F. POLLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487 ; J. HUET, « Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique », *RLDI* 2010, n° 63 (qui souligne que, « pour se servir des moyens de communication électronique comme un média, ou proposer des produits ou services par ce biais, une personne a besoin de connaître le cadre juridique dans lequel opérer en toute légalité : elle doit savoir dans quelles conditions peuvent être produites et éditées des informations qu'elle veut faire connaître, comment peuvent être distribuées les prestations qu'elle propose, dans quelle mesure la publicité en est admise etc. »).

[4] J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

[5] La loi est souvent parée de toutes les vertus, du fait de son écriture sous une forme officielle et publiée : « Elle est claire, fixe, accessible, connue de tous, rationalisée, délibérée, bref, elle incarne la raison faite droit » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 54). De plus, elle bénéficie d'une force historique puisque l' « esprit de légalité » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 76) domine les juristes depuis le XIX^{e} s., en réaction contre les abus d'arbitraire et de privilèges

résumait cela en ces termes : « De même que, par les poids et mesures, l'État garantit la sûreté des transactions sur les marchés, par [son] droit, il répand dans la société un climat général de garantie »[1]. Ainsi le droit étatique serait-il le mieux à même de protéger la sécurité des individus en général et leur sécurité juridique en particulier. Il faudrait donc redouter une histoire contemporaine des sources du droit qui serait celle d'un déclin des sources publiques et d'une émancipation des sources privées.

Toutefois, encore faut-il que, dans les faits, l'État continue de produire un droit clair et pérenne, gage de prévisibilité des conséquences juridiques des agissements de chacun. S'il n'y parvient plus, alors il donne une bonne raison aux sources privées de prospérer. Peut-être le pluralisme juridique qui empreint le droit de la communication par internet trouve-t-il, parmi d'autres raisons, son origine dans les difficultés qui sont celles de l'État à produire des normes simples et stables, des normes permettant d'évoluer dans un cadre juridique suffisamment conforme aux canons de la sécurité juridique. La prévention du risque juridique serait la première motivation poussant à adopter un code de conduite privé[2]. Les sources privées se développeraient ainsi de manière inversement proportionnelle à la dégradation de la qualité du droit étatique[3]. Avec ses mouvements et même revirements législatifs et jurisprudentiels fréquents, le droit étatique de la communication par internet peine à répondre au besoin d'un corpus normatif

---

dont l'ancien régime s'est rendu coupable ; « la légalité fut alors constamment exaltée, parce qu'elle apparaissait comme la garantie essentielle de la liberté, de l'égalité et de la sécurité des citoyens » (*ibid.*). Déjà Kelsen indiquait combien la loi de l'État serait l'instrument qui permettrait le plus sûrement de s'approcher de l'idéal de sécurité juridique (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 336).

[1] J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 35.

[2] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 139.

[3] Selon Max Weber, la clé du développement du droit étatique et de la « dissolution de tous les organismes de contrainte particuliers » aurait été le besoin de prévisibilité du droit que seule l'institution étatique aurait été en mesure d'assurer (M. WEBER, *Économie et société*, t. II (1922), trad. J. Freund, Plon, 1971, p. 49) ; « cela a contribué plus que toute autre chose à détruire les autres groupements sociaux qui étaient porteurs de droit » (*ibid.*, p. 48).

intelligible et prévisible[1]. Toute la question est de savoir s'il pourrait en aller autrement, au terme d'une mutation légistique, au terme d'un renouvellement des sources étatiques.

Pour les diverses raisons évoquées en ces pages, les sources publiques devraient être préférées aux sources privées ; il faudrait plaider pour un renouvellement des sources du droit donnant plus de puissance normative aux sources publiques et moins de puissance normative aux sources privées. Toutefois, il importe de réserver des sorts distincts à chacune des deux sous-branches du droit de la communication par internet : le droit du contenu et le droit du contenant de la communication[2]. En effet, ce constat vaut peut-être pour le premier davantage que pour le second. C'est essentiellement en matière de contenus du web que l'intérêt général, les droits et libertés des individus et la sécurité seraient menacés et que, par conséquent, l'exigence de droit d'origine publique se ferait pressante. En matière de contenants, d'infrastructures physiques et de technologies, les besoins paraissent beaucoup plus nuancés[3].

---

[1] Par exemple, É. TARDIEU-GUIGES, « L'article R. 20-44-45 du décret du 6 février 2007 relatif à l'attribution des noms de domaine du Code des postes et communications électroniques : l'expression de l'incertitude juridique… », *RLDI* 2009, n° 50. Il est décisif pour l'État de pouvoir toujours s'appuyer sur un droit structurellement supérieur à toutes les formes privées de normativité, spécialement sous l'angle de la sécurité juridique. Or le Conseil d'État observe un avilissement de la loi portant préjudice à la sécurité juridique (EDCE 2006, *op. cit.*, p. 9). L'enjeu serait donc de renverser la tendance à « la prolifération désordonnées des textes, [à] l'instabilité des règles et [à] la dégradation de la qualité de la loi » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 43). Un jour, un procureur général expliquait qu' « une règle fixe, même mauvaise, mais de l'existence de laquelle le justiciable est sûr, est préférable à une règle changeante, car alors il n'y a plus de règle » (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 343-344) ; mais la rapidité de l'évolution de la technologie internetique et des usages qui en sont faits ne pourrait qu'appeler un droit « souple », capable de suivre ces mutations, ce qui néanmoins met en péril la sécurité juridique et donc la supériorité intrinsèque du droit de l'État.

[2] Qu'il soit rappelé combien « l'internet repose sur une séparation totale entre infrastructures et contenus » (B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012).

[3] Ce qui est important tant « le droit participe du progrès technique » (A. SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, coll. Points, 2005, p. 185), il encourage ou freine ce progrès qui peut donc être impacté par des choix politiques.

Cette distinction n'est pas anodine : elle montre combien les réponses apportées aux questionnements touchant au renouvellement des sources du droit doivent demeurer mesurées, loin de tout manichéisme. Nul doute que bien des contre-exemples aux développements proposés en cette thèse, reposant sur le cas du droit de la communication par internet, pourraient être trouvés. C'est y compris à l'intérieur même de ce droit que les réalités du droit et de ses enjeux se font plurielles.

Section 2

Des bénéfices en matière de contenus plus qu'en matière de contenants

Loin de considérer, comme Marshall Mc Luhan, que « le message, c'est le médium »[1] et que, ainsi, le contenu serait tout en même temps le contenant, que « la régulation technique et celle des usages du réseau sont étroitement liées »[2], est ici proposé de précisément séparer le contenant (l'internet au sens strict) et le contenu, donc le droit du contenant (le *droit de l'internet* au sens strict) et le droit du contenu — même si, bien sûr, le contenu a besoin du contenant et n'existerait pas sans lui. Une certaine légitimité et une certaine efficacité imprègnent, semble-t-il, l'autorégulation dans le domaine du droit du contenant de la communication par internet (A), de telle sorte que *la problématique du renouvellement des sources publiques se rapporterait principalement au droit du contenu de la communication par internet* (B). Si la production privée du droit est un facteur de « désordre juridique »[3], cela paraît se vérifier avec davantage d'acuité à l'égard de la régulation des activités internetiques qu'à l'égard de la régulation des technologies internetiques. Il faudrait donc espérer une publicisation de cette première mais pas nécessairement de cette seconde. Les

[1] M. MC LUHAN, *op. cit.*

[2] É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 8. L'auteur explique : « En fonction de la manière dont sont définies les normes d'interopérabilité, les dispositifs de sécurisation des échanges d'information ou les mécanismes de gestion des priorités, on permet ou non le développement de catégories particulières de services » (*ibid.*).

[3] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 358.

menaces qu'un « droit de demain » largement façonné par des puissances privées ferait planer sur les individus doivent être relativisées : elles seraient plus ou moins grandes en fonction de la branche du droit en cause. Ce n'est certainement pas dans tous les cas qu'il faudrait s'élever contre les origines privées des normes.

A. Une acceptabilité du droit d'origine privée supérieure en matière de droit du contenant de la communication par internet

Dans la « gouvernance » de l'internet, l'intervention des pouvoirs publics serait plus légitime à l'égard des contenus mis en ligne grâce au réseau mondial qu'à l'égard des structures physiques et technologiques qui permettent à l'internet et au web de fonctionner. En ce sens, des spécialistes soulignent combien cette « gouvernance » poserait des difficultés pour sa part relative aux usages, aux informations échangées ou publiées, alors qu'elle n'en poserait guère pour sa part afférente aux infrastructures[1]. Dès lors, qui plaide en faveur de la publicisation du droit de la communication par internet le ferait plus judicieusement quant au droit du contenu que quant au droit du contenant de la communication par internet. C'est pourquoi, parmi les prochains titres de cette thèse, l'objet en cause sera principalement le renouvellement des sources du droit du contenu de la communication par internet. Et c'est pourquoi il est peut-être permis de se satisfaire du fait que *la part du droit d'origine privée soit nettement plus importante en droit du contenant qu'en droit du contenu* de la communication par internet[2].

---

[1] B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014. Pour une analyse contraire, *cf.* L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », *op. cit.*, p. 57 s.

[2] Il faut rappeler qu'une étude a permis de montrer que les sources privées sont à l'origine d'environ 51 % du droit du contenant de la communication par internet et d'environ 29 % du droit du contenu de la communication par internet (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 191 et 206).

Les standards et normes techniques d'origine privée dominent, sans que cela n'apparaisse condamnable, le droit du contenant de la communication par internet (I), c'est-à-dire *le droit applicable à la couche physique et à la couche logique de l'internet* (II).

I. ***L'utilité des standards et des normes techniques d'origine privée.*** **–** Le droit de la communication par internet et, plus largement, le droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication sont en grande partie le fruit de l'autorégulation, sont largement composés de standards et de normes techniques élaborés par les organismes *sui generis* que sont l'IETF, le W3C, l'IEEE ou l'ICANN[1], mais aussi par les multinationales du secteur — jusqu'aux

[1] L'ICANN mobilise pour une bonne partie l'attention car elle est dotée d'un pouvoir directement contraignant et prend en charge l'accès à la ressource éminemment déterminante que constituent les noms de domaine, tandis qu'elle est plus ou moins intimement liée au Gouvernement des États-Unis ; et le droit qu'elle façonne correspond peut-être à la part du droit d'origine privée applicable au contenant de la communication par internet la plus critiquée. On a pu plaider pour la consécration d'un « service public du nommage » (B. DU MARAIS, « Le service public du nommage », *AJDA* 2004, p. 1590 s. ; B. DU MARAIS, « Le service public du nommage : consécration et limites », *RF adm. publ.* 2013, p. 299 s.). Les noms de domaine, numéros de ports et adresses IP sont considérés comme les ressources stratégiques de l'internet, rares et fragiles, si bien que c'est en eux que résideraient les principaux enjeux de pouvoir à l'intérieur de l'internet. Or, si les noms de domaine et les adresses IP sont en ces pages classés parmi le contenant plutôt que parmi le contenu, ils sont en réalité à la fois l'un et l'autre — mais, donc, plus l'un que l'autre. Par ailleurs, l'absence de tutelle publique est d'autant plus acceptable que les ressources rares et fragiles de l'internet le sont de moins en moins. Par exemple, concernant les adresses IP qu'il a longtemps fallu distribuer de manière rationnelle afin qu'elles ne viennent pas à manquer avec l'apparition de l'internet des objets (il n'existe en théorie, depuis septembre 2012, plus d'adresses disponibles sous IPv4), le passage à l'IPv6 a permis de mettre fin à cette contrainte grâce à un système d'adressage aux capacités beaucoup plus grandes (les adresses IPv4 comprennent chacune 32 chiffres contre 128 pour les adresses IPv6). Néanmoins, le Conseil d'État opère le « constat d'une certaine incapacité du mode actuel de gouvernance d'Internet à faire face à des défis majeurs pour l'avenir du réseau », précisant que « l'un de ces défis majeurs a trait à la question de la rareté des adresses Internet » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 259). Le Haut Conseil cite le chiffre suivant : en octobre 2011, seuls 3 % des noms de domaine étaient compatibles avec IPv6 (*ibid.*) ; et de conclure en notant que « deux raisons expliquent cette situation : l'absence, à l'échelle internationale, d'une organisation centrale susceptible de conduire cette migration au moyen d'instruments juridiques contraignants ; l'absence d'incitations des acteurs privés (notamment les fournisseurs d'accès à Internet) à opérer cette migration, dont les coûts de transition devraient s'avérer élevés compte tenu de la non-

normes <.doc> (Microsoft) ou <.pdf> (Adobe) peuvent être incluses dans le droit du contenant de la communication par internet[1].

Peut-être le droit du contenant de la communication par internet est-il établi, puisque dans un cadre privé, dans un cadre peu démocratique, peu transparent et largement abandonné au jeu des intérêts économiques[2]. Il n'en demeure pas moins que la « qualité » de ce droit du contenant — qui est principalement fait de normes techniques, de standards technologiques, de protocoles — semble avérée : le bon fonctionnement de l'internet et du web en témoignerait et les États et les organisations internationales pourraient

---

interopérabilité entre IPv4 et IPv6. À cet égard, cet exemple est symptomatique des limites du droit souple en matière de gouvernance des infrastructures d'Internet » (*ibid.*). En outre, on souligne que « la ressource fondamentalement rare se trouve du côté des noms de domaine. Le nombre de mots ou expressions du langage naturel à partir desquels il est possible de créer des adresses signifiantes est limité » (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 11). Cette difficulté, réelle, appelle une régulation par l'ICANN et par les autres organismes en charge de l'attribution des noms de domaine qui semble être suffisante en ce qu'elle lutte de manière efficace contre le typosquattage. Mais tous les problèmes ne peuvent pas être résolus et, notamment, le caractère global de l'internet crée des conflits entre utilisateurs légitimes d'un même nom qui agissaient auparavant dans des sphères différentes. Dans ce cas, il n'est que possible d'appliquer la règle du « premier arrivé, premier servi ». Concernant une autre source de rareté propre à l'internet qui est la capacité de transport disponible (la largeur de bande passante limitée par la capacité des infrastructures ainsi que par celle des nœuds critiques sur le réseau (points d'interconnexion et serveurs)), sa gestion par les acteurs privés n'est pas critiquable tant qu'ils appliquent le principe de la neutralité. Reste que le développement quantitatif et qualitatif des réseaux tend à diminuer l'impact de ce dernier problème, quand bien même le poids des données circulant progresse lui-aussi de manière exponentielle.

[1] Étant entendu qu'il faut accepter *ab initio* que l'architecture technique constitue une composante du cadre juridique des activités prenant place dans le cyberespace. En ce sens, par exemple, R. GOLA, « La gestion des conflits entre droit des marques et *usernames* sur les réseaux sociaux : un exemple de cocréation et de corégulation », *RLDI* 2013, n° 97, p. 106.

[2] « Ce sont, relève-t-on, les caractéristiques de la gouvernance [de l'internet] qui, selon les cas, encouragent ou servent de prétexte aux États pour revendiquer la reprise de contrôle de leur "souveraineté numérique" : elle serait insuffisamment multilatérale, démocratique et transparente, et confierait la fonction de normalisation à des organismes ou à des groupes informels dont la légitimité et l'indépendance (vis-à-vis des pays occidentaux, des États-Unis en particulier, et des groupes d'intérêts), ne sont pas suffisamment garantis » (P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489).

difficilement élaborer, dans ce domaine au particularisme très prononcé, un droit aussi efficace que l'est celui issu de l'atypique « gouvernance de l'internet » par les acteurs privés. C'est ce que le Conseil d'État et le Conseil économique, social et environnemental retiennent, jugeant que le droit d'origine privée serait plus praticable, plus pragmatique, plus rationnel que le droit d'origine publique en matière d'internet et de technologies numériques[1].

Le réseau mondial s'est construit pour échapper au modèle centralisé de l'informatique et des télécommunications des années 1960, en tant que système souple, décentralisé et robuste qui n'impose pas une administration centrale ou un standard propriétaire ; d'aucuns peuvent se réjouir devant la construction de pareil édifice ; or celui-ci repose essentiellement sur des normes privées. Et, de fait, ces normes donnent lieu à un droit souple remarquablement efficace[2]. Dès

[1] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 334 ; N. CHICHE, *op. cit.*, p. 10. Et la Conférence mondiale des télécommunications de Dubaï, organisée par l'UIT en décembre 2012 en vue de réviser le règlement des télécommunications internationales, a été l'occasion d'une nouvelle affirmation de ce modèle spécifique à l'internet et opposé au modèle intergouvernemental. Le projet de nouveau règlement, qui envisageait d'étendre la compétence de l'UIT à certains aspects du fonctionnement de l'internet, a fait l'objet d'une forte opposition de la part des principaux participants privés et n'a finalement été ratifié que par une minorité d'États, ne comprenant ni les États-Unis ni les États membres de l'Union européenne. Selon certains, que les États commencent à prendre en main la « gouvernance de l'internet » entraînerait ni plus ni moins que la « fin de l'internet » (B. BEAUDE, *op. cit.*), celui-ci étant par principe un « réseau qui permet l'innovation sans autorisation » (F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012).

[2] Par exemple, les RFC (*Requests for Comments*) sont un outil plus ou moins normatif (différents types de RFC sont à distinguer : les RFC « *Standards* » sont plus normatifs que les RFC « *Best Current Practice* » qui eux-mêmes sont plus normatifs que les RFC « *For You Information* », lesquels ont surtout une vocation documentaire.). Cet outil normatif apparaît très original en même temps que difficilement efficace, ne pouvant appartenir qu'à la catégorie du droit souple ; mais, en droit du contenant de la communication par internet, les RFC sont réellement efficaces et, souvent, suffisants car nul parmi leurs destinataires n'a intérêt à ne pas en respecter les dispositions. Ainsi le Conseil d'État note-t-il que, « bien qu'utilisés de manière systématique, [l]es standards d'internet n'ont pas de portée juridique contraignante ; ils sont une illustration de l'effectivité que peut avoir le droit souple » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 136). Il faut rappeler que le Conseil avait consacré, en 2013, son rapport annuel justement au « droit souple » (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*). Un auteur observe que l'ICANN, l'IETF et le W3C « ne constituent pas des organes de régulation car ils ne

lors, il ne paraît pas nécessaire que quelque droit d'origine publique vienne le concurrencer[1]. Les normes techniques n'ont pas toujours à être abandonnées à des sources privées[2], mais, en droit du contenant de la communication par internet, il n'y a, semble-t-il, guère de difficulté à ce qu'elles le soient[3].

Aussi, concernant le droit du contenant de la communication par internet, un renouvellement des sources du droit profitant essentiellement aux sources privées ne paraît-il pas devoir être dénoncé, alors qu'une analyse inverse semble devoir être proposée à l'égard du droit du contenu de la communication par internet. Cela montre combien il serait important, face à la complexité et à la

---

combinent pas la faculté d'édicter des règles, celle de surveiller les opérateurs et les usagers et celle de sanctionner les manquements à des obligations ou les pratiques attentatoires à des principes qu'ils seraient chargés de défendre. En fait [ils] constituent plutôt des dispositifs de partage de développements techniques, à l'image de ce qui fonctionne dans le logiciel "libre". Rien n'oblige les utilisateurs et les opérateurs du Net à utiliser leurs recommandations… si ce n'est le besoin d'interopérabilité » (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 7-8). Reste que l'important est que, quelles qu'en soient les raisons, les normes établies dans le cadre de ces institutions profitent d'une effectivité remarquable, elles sont très largement respectées par leurs destinataires.

[1] Si, comme l'explique Lawrence Lessig, une bonne partie de la régulation de l'internet repose sur le « Code » (qui est d'essence largement privée), il serait peut-être inconséquent de chercher à lui subroger quelque forme de droit ou de « Code » public. Le professeur américain écrit : « Le cyberespace exige une nouvelle compréhension des rouages de la régulation. Cela nous impose de dépasser le point de vue traditionnel du juriste et d'aller au-delà des lois, ou même des normes. Cela exige une acception plus large de la "régulation" et, plus important encore, la reconnaissance d'un nouveau type de régulateur. Ce régulateur est le côté obscur du titre de cet ouvrage — il s'agit du Code. Dans l'environnement réel, nous reconnaissons que le droit régule — par des constitutions, des lois et autres codes. Dans le cyberespace, nous devons comprendre comment un autre "code" régule, comment les logiciels et le matériel (soit le code du cyberespace) forment et régulent le cyberespace. Comme l'a formulé William Mitchell, ce code est la "loi" du cyberespace. La "*Lex Informatica*", tel qu'énoncé par Joel Reidenberg, ou, mieux encore, "le Code est la loi" » (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 5 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 22)).

[2] M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *op. cit.*, p. 738.

[3] Ainsi l'ISOC peut-elle convenir que « la coordination technique d'Internet possède des caractéristiques spécifiques (ouverture, indépendance, gestion par des organisations membres à but non lucratif collaborant afin de répondre aux besoins de tous) [qui] ont été la clé de la croissance réussie d'Internet et sont assez flexibles pour s'adapter aux exigences futures » ([en ligne] <isoc.fr>). L'indépendance dont il est question est en premier lieu une indépendance par rapport aux États.

relativité du droit et des problématiques qui s'y attachent, de ne pas adopter de positions trop radicales. Il serait important, au contraire, de faire preuve de mesure pour, par exemple, accepter que ce ne soit que majoritairement, et non systématiquement, que les sources publiques doivent pendre le pas sur les sources privées en matière de création du droit de la communication par internet.

Il serait donc permis de saluer la fabrication privée du droit des infrastructures physiques et logiques de l'internet, laquelle témoignerait du fait qu'un renouvellement des sources du droit donnant la primauté aux sources privées ne serait pas toujours un phénomène normatif négatif contre lequel les sources publiques devraient lutter.

II. ***Les vertus du droit des infrastructures physiques et logiques de l'internet.*** **–** Une particularité essentielle de l'architecture de l'internet est liée au double protocole TCP/IP qui assure une séparation stricte entre l'information et le transport de l'information, donc entre le contenu et le contenant de la communication par internet, si bien qu'il est aisé de séparer les normes applicables à l'un et celles qui régissent l'autre[1]. Pour ce qui est du droit du contenant, donc du droit applicable à la couche des infrastructures et à la couche logique, il doit être composé de normes techniques et de standards largement acceptés et respectés afin de permettre l'interconnexion des réseaux et des

[1] L'architecture de l'internet est parfois présentée sous la forme d'une superposition de trois couches indépendantes qui remplissent chacune une fonction différente. Cette distinction présente l'avantage de faciliter la compréhension des enjeux propres à la « gouvernance de l'internet ». Ces trois couches sont : la couche des infrastructures physiques (filaires (câbles sous-marins, réseau téléphonique commuté, fibre optique) ou hertziennes (satellite, 3G, Wi-Fi, WiMax)) qui relient les machines entre elles et permettent le transport effectif des informations ; la couche logique et technique, qui comprend les standards, protocoles, langages et mécanismes dont l'adoption par tous est indispensable à la connexion des appareils entre eux et à la circulation des données (tels que l'Internet Protocol (IP), le Transmission Control Protocol (TCP) ou l'HyperText Transfer Protocol (HTTP)) ; la couche des contenus numériques, soit celle des données, informations et autres applications produites et échangées sur l'internet par ceux qui sont situés aux extrémités de la chaîne. L'étanchéité entre ces trois couches et l'indépendance de chacune par rapport aux autres autorisent à distinguer trois ensembles normatifs particuliers ou, du moins, à séparer droit du contenant (correspondant aux deux premières couches) et droit du contenu (correspondant à la troisième).

technologies sans lesquelles il n'y aurait pas d'internet mais uniquement une foultitude de réseaux autonomes. C'est l'interopérabilité qui fait la cohérence et l'unicité du réseau[1]. Or, historiquement et aujourd'hui encore majoritairement, ce sont des organisations privées qui se chargent d'élaborer les règles applicables à la couche des infrastructures physiques et à la couche logique. En la matière, le droit de la communication par internet témoigne d'un renouvellement tout à fait opportun des sources du droit par l'émergence d'objets normatifs privés originaux.

La domination du secteur privé dans la production du droit du contenant de la communication par internet ne saurait être regrettée pour quelque motif pragmatique ou axiologique puisque ce droit s'avère efficace et que son contenu semble pertinent[2]. Il est vrai que, « en fonction des développements techniques réalisés à l'IETF ou au W3C, les propriétés socio-économiques du réseau peuvent être affectées »[3] et que, « en fonction de la manière dont l'ICANN décide de gérer les noms de domaine (par exemple les .bank ou les .sex), les règles de la concurrence ou le développement des usages changeront »[4]. Simplement faut-il ici observer que les développements techniques réalisés à

[1] L'internet ne s'inscrit pas dans un programme de développement industriel classique et, comme le souligne un observateur, « si Tim Berners-Lee avait décidé de créer des standards fermés, il serait sûrement millionnaire aujourd'hui. Mais ce n'est pas l'esprit d'internet » (F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012). Certes, le réseau mondial n'est plus le réseau universitaire des débuts mais une union de réseaux en majorité privés et les plus grands de ces réseaux sont la propriété de câblo-opérateurs spécialisés qui en louent l'accès aux entreprises et fournisseurs d'accès. Les propriétaires des réseaux profitent donc d'un grand pouvoir car ils sont incontournables (en ce sens, J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La nouvelle culture du capitalisme*, La découverte, 2005), mais leurs clients sont eux-mêmes des acteurs commerciaux et les accords qu'ils concluent afin de régir leurs relations n'ont guère besoin du couvert du droit étatique ou interétatique.

[2] Il repose tout spécialement sur les principes de neutralité et de « bout à bout » (« *end to end* ») qui le préservent d'une emprise excessive de la part des multinationales du web et de l'internet, lesquelles, surtout, ont tout intérêt à ce que lesdits web et internet soient ouverts et dynamiques. En ce sens, B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 9.

[3] É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 8.

[4] *Ibid.*

l'IETF ou au W3C et, quoique dans une moindre mesure, la manière avec laquelle l'ICANN gère les noms de domaine ne sont guère attentatoires à l'intérêt général ou aux droits et libertés des personnes.

L'architecture logique de l'internet a toujours été ouverte et non propriétaire, c'est-à-dire accessible à tous, ce qui permet d'en faire un réseau capable d'accueillir une grande variété d'usages, sans qu'aucune autorité centralisée ne puisse privilégier ou bannir une utilisation spécifique. Ainsi nombre de nouveaux services peuvent-ils être proposés librement, contribuant à la formation d'un écosystème d'innovations permettant à la communication mondiale et instantanée de se développer chaque jour davantage. Ensuite, si l'absence de filtres, de freins et de garde-fous peut poser problème, ce n'est que du point de vue des informations échangées grâce à ces nouveaux moyens de communication mondiale et instantanée. Lorsque l'internet est utilisé afin de fomenter des actes terroristes, c'est le contenu qui pose problème et non le contenant, bien que le contenant soit par définition le moyen du contenu et que, sans contenant, il ne puisse exister de contenu. L'internet en tant que contenant est en soi neutre, ni bon ni mauvais ; il « est un outil et donc dépend de ce que les individus en font »[1]. Partant, il faut regretter que la part de droit d'origine privée dans le droit du contenu de la communication par internet soit relativement élevée.

S'il est difficile de trouver des arguments afin de critiquer sérieusement la place cardinale qu'occupe le droit d'origine privée dans le droit du contenant de la communication par internet, il est en revanche plus aisé de condamner le renouvellement des sources du droit lorsqu'il aboutit à faire prospérer les normes privées en droit du contenu de la communication par internet. En effet, il semble que, en la matière, le droit d'origine publique demeure largement indispensable, quelles que soient les difficultés qu'il rencontre par ailleurs en raison de l' « impasse des échelles » ou de l'ineffectivité — car ces dernières n'appellent pas un remplacement des sources publiques par les sources privées mais un renouvellement des sources publiques. La régulation ou « gouvernance » très

[1] J. ZIMMERMANN, « Ce que le net a changé dans nos vies », Service public, France inter, 20 janv. 2012.

efficace du contenant de la communication par internet par ses acteurs privés assure à toutes les informations la possibilité de circuler librement, mondialement et instantanément. Or, concernant ces informations en tant que telles et leur régulation, il semble cette fois que l'intervention des États soit nécessaire tant les sources privées, qui sont souvent des entreprises commerciales, poursuivent généralement leurs intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général et des droits et libertés des internautes.

Aussi le prochain point, qui sera aussi le dernier de la première partie de cette thèse, servira-t-il de transition vers sa seconde partie, laquelle visera à étudier la publicisation des sources du droit du contenu de la communication par internet et son éventuelle contribution au renouvellement des sources du droit.

B. Une exigibilité du droit d'origine publique supérieure en matière de droit du contenu de la communication par internet

Le restant de cette thèse portera principalement sur le droit du contenu de la communication par internet. En effet, c'est en la matière qu'il paraît nécessaire de réduire autant que possible la place du droit d'origine privée[1]. Il convient d'insister sur *le besoin de publicisation des sources du droit du contenu de la communication par internet*, considérant que « le fait que la régulation par la loi soit délicate, spécialement de par la dimension internationale du réseau, ne signifie pas qu'elle doive être écartée »[2], tout au contraire, mais à condition de comprendre « loi » dans un sens large désignant plus que les seuls actes normatifs du Parlement tant le droit de la communication par internet appelle peut-être *une rénovation des modes étatiques de production des règles*.

Si les pouvoirs publics souhaitent depuis longtemps maîtriser tant la production du droit des contenants que la production du droit des contenus des

[1] En ce sens, M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 205.

[2] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2056.

communications et des médias, il semble donc que, dans le domaine du droit de la communication par internet, ils doivent se concentrer principalement sur la création du droit des contenus (I). Le rôle que les sources publiques ont à jouer n'en serait pas moins décisif puisque cette branche du droit de la communication par internet réunit les principaux défis que la technologie internetique pose à l'intérêt général, aux droits et libertés fondamentaux ainsi qu'à l'ordre public (II).

I. ***L'intervention des sources étatiques majoritairement dans le domaine des contenus.*** **–** Historiquement, l'État s'est prioritairement attaché aux contenants à travers le droit des postes et des télégraphes puis des télécommunications ; mais, aujourd'hui, qu'il s'agisse de l'internet ou des autres médias, ce sont essentiellement les contenus et la communication au public qui le préoccupent[1]. « Si, enseigne le Professeur Hervé Isar, la radiophonie et la télévision n'ont jamais été considérées comme de simples moyens techniques capables de produire un vulgaire bien de consommation, c'est certainement parce qu'elles sont avant tout des outils technologiques permettant la diffusion instantanée et à très grande échelle d'un bien dont la valeur est sociologiquement fondamentale puisqu'il s'agit de l'information »[2]. La problématique semble identique concernant la communication par internet, où la présence du voile juridique de l'État serait légitimée par la « fonction sociale du média »[3], mais elle serait décuplée.

Entre 2000 et 2010, les hommes ont produit tous les deux ans autant de données qu'ils en avaient produites depuis le début de l'histoire de l'humanité[4]. Aussi les contenus ne manquent-ils pas ; et, si les dangers résidant dans les contenus augmentent à mesure que ceux-ci se développent, peut-être le web est-il un défi d'une toute autre dimension que la télévision ou la radiophonie pour les sources publiques du droit. Il est vrai que, dans le monde numérique, chacun est à la fois consommateur et éditeur de contenus, quand la télévision et la radiophonie

[1] *Ibid.*, n° 1522.

[2] H. ISAR, *op. cit.*, p. 84.

[3] P. ALBERT, « Radio et télévision », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1288.

[4] J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*

sont unilatérales. Par conséquent, dès lors que les États ont toujours trouvé de bonnes raisons de maîtriser peu ou prou l'encadrement juridique des médias traditionnels, ils doivent en trouver *a fortiori* quant à la communication par internet[1].

D'ailleurs, les problématiques qui intéressent l'État se retrouvent pour la plupart dans le contenu des communications internetiques, ce qui explique qu'il crée principalement des normes en la matière.

II. ***La concentration des enjeux principalement dans le domaine des contenus.*** **–** Les contenus et le contrôle des contenus sont au centre de la révolution numérique, au centre des préoccupations des entreprises et des internautes. Nombreux sont les auteurs à noter à quel point les possibilités offertes par la mise en ligne des informations ont entraîné un changement d'ère pour l'humanité — devenue une « humanité augmentée »[2]. Ce sont les conversations, messages, articles, images, musiques, vidéos et autres informations qui sont le cœur de la communication par internet en même temps que sa raison d'être ; ils doivent également être au cœur du droit de la communication par internet et de sa raison d'être. Aussi le nombre de normes appartenant au droit du contenu de la

[1] Raymond Carré de Malberg écrivait que « les diverses activités de l'État peuvent se ramener aux trois principaux chefs suivants : 1° L'État a pour destination d'assurer la sécurité de la nation au regard des nations étrangères ; 2° Il a pour mission, à l'intérieur, de faire régner l'ordre et le droit dans les relations des individus les uns avec les autres ; 3° En outre, et contrairement à la doctrine de 1' "État-gendarme", qui prétend qu'en dehors de sa tâche de conservation nationale, la mission de l'État se borne à un rôle de police et de maintien du droit, il n'est pas douteux que l'État ne soit appelé à remplir une mission de culture, en vertu de laquelle il lui appartient de travailler par lui-même, c'est-à-dire par tous les moyens spéciaux dont il dispose, au développement de la prospérité morale et matérielle de la nation » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 260). Si cette énumération manque peut-être d'actualité, et si la première de ces tâches étatiques peut trouver des applications tant dans la maîtrise du contenant que dans celle du contenu, les deuxième et troisième tâches illustrent combien le droit étatique aurait vocation à saisir le contenu plus que le contenant de la communication, *a fortiori* dès lors que l'internet, en tant que contenant, ne souffre d'aucune rareté susceptible de justifier la mise en place d'un monopole public afin de la gérer au mieux.

[2] É. SADIN, *L'humanité augmentée – L'administration numérique du monde*, L'Échapée, 2013.

communication par internet est-il très largement supérieur au nombre de normes constitutives du droit de contenant de la communication par internet.

Mais cela n'explique pas pourquoi l'État serait plus légitime à intervenir dans un cadre que dans l'autre. Pour cela, il faut en revenir aux problèmes de l'intérêt général, de la justice, de la sécurité juridique etc. ; ceux-ci se posent de manière bien plus pressante à l'égard des contenus qu'à l'égard des contenants. Aux yeux de l'État, les principaux enjeux ne résident pas dans les technologies de communication mais bien dans les usages qui en sont fait[1]. Les menaces planant sur les droits des individus prennent généralement la forme d'informations circulant dans le cyberespace[2].

Les États ont pu, longtemps, maîtriser les contenus en maîtrisant les contenants, le monopole public étant la forme la plus radicale de contrôle étatique de la communication. L'internet ne saurait être de la sorte dominé et même accaparé par l'État. Pour autant, les contenus sont l'objet d'un droit spécifique et c'est à la prise en charge de celui-ci que doivent s'atteler en priorité les instances étatiques — éventuellement au terme d'un renouvellement de leur identité et de leurs procédés —, car ce sont ces contenus qui sont directement en contact avec les internautes et qui recèlent nombre de menaces, là où les couches physique et logique de l'internet sont relativement neutres en soi. Normalement, tout contenu internetique devrait être soumis à des règles protectrices des données personnelles, de la propriété intellectuelle, de l'ordre public et/ou de la sécurité, règles qu'il reviendrait prioritairement à l'État d'édicter[3]. De plus, par

---

[1] J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.* « Pour penser internet, il ne faut pas le voir comme des machines en réseau mais comme des machines en interaction avec des humains » (P. CASSOU-NOGUÈS, « Philosophie du réseau (3/4) : à l'heure d'internet », Les nouveaux chemins de la connaissance, France culture, 27 nov. 2013) ; or cette interaction se traduit par les contenus ; ce sont donc ceux-ci qui concentrent toutes les promesses, tous les défis et tous les périls, si bien que les pouvoirs publics s'inquiètent d'eux bien plus qu'ils ne s'inquiètent des réseaux, des protocoles et des autres normes techniques.

[2] M. KIRBY, *op. cit.*, p. 12. *Cf.*, en particulier, A. LEPAGE, *op. cit.* Néanmoins, concernant les noms de domaine, *cf.* E. GILLET, « L'encadrement du nommage internet à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux », *op. cit.*

[3] Si les internautes demandent à l'État de leur garantir « la liberté d'expression, la sécurité vis-à-vis des contenus illégaux, la protection de la vie privée, la confiance et la sécurité vis-à-vis du commerce

rapport aux contenus audiovisuels diffusés à la télévision ou à la radio, les contenus en ligne posent nombre de nouvelles difficultés auxquelles il convient de répondre[1]. Et ces contenus sont loin de se limiter au seul monde du divertissement et de l'information[2] ; tandis que la plupart des « cyberdélits », qui sont à l'origine d'une demande forte de droit étatique[3], se rapportent au contenu et non au contenant de la communication par internet[4]. Les défis les plus profonds concernent peut-être la protection des données personnelles — qui seraient le « pétrole de l'internet »[5] — et de la vie privée[6]. Nombre de services de

---

électronique, la protection de la propriété intellectuelle » (Ch. PAUL, *op. cit.*, p. 31 s.), c'est qu'ils demandent à l'État d'établir les principaux pans du droit du contenu de la communication par internet. Et le Conseil d'État d'expliquer qu' « un fondement théorique est aussi pertinent sur internet que sur les moyens de communication audiovisuels classiques : celui des objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, ainsi que de l'intérêt général qui s'attache à la promotion de la diversité culturelle » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 232). Tout cela n'interroge bien que le seul droit du contenu de la communication par internet, le droit du contenant ne pouvant être mis en cause qu'indirectement, en ce que les normes qui le composent sont susceptibles d'avoir des répercussions sur l'accès aux données et sur leur mise en ligne.

[1] *Cf.*, par exemple, F. BALLE, *op. cit.*, p. 513-514.

[2] La mise en ligne de services de « prêt social » d'argent sans banquiers, mettant directement en relation prêteurs et emprunteurs, est un exemple de l'arrivée de nouveaux contenus face auxquels le droit étatique ne peut demeurer indifférent. L'influence du web sur les campagnes électorales et sur le déroulement des élections en est un autre.

[3] Notamment, W. CAPELLER, « Un net pas très net – Réflexions sur la criminalité virtuelle », *Arch. phil. droit* 1999, p. 265 s.

[4] *Cf.*, par exemple, G. LARDEUX, « Les cyberdélits », *RLDI* 2012, n° 81 ; J. FRANCILLON, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012, n° 81.

[5] I. FALQUE-PIERROTIN, « Le droit à l'oubli numérique », Le bien commun, France culture, 22 mars 2012.

[6] Dans le cyberespace, « toutes les traces, tous les chemins mènent à nous et forment une topographie numérique, repérable et analysable, de laquelle on peut déduire la continuité d'un comportement, anticiper la conduite et prévoir les choix » (M. PAUL, D. ROBERT, *op. cit.*, p. 10). Les auteurs d'ajouter : « Cette captation, par le périmètre de nos connexions, nous expose dans notre existence et dessine notre profil numérique » (*ibid.*, p. 9). Il faut, en la matière, citer à nouveau cette disposition ou stipulation des conditions générales d'utilisation de Twitter selon laquelle « les Services peuvent contenir des publicités, qui peuvent être ciblées en fonction des Contenus ou de l'information disponibles sur les Services, des requêtes effectuées au moyen des Services, ou sur la base de toute autre information. […] En contrepartie

l'internet obligent ainsi leurs utilisateurs à accepter que, « quand vous utilisez un de nos services, […] nous collectons, transférons, manipulons, conservons, divulguons et procédons aux autres traitements de vos informations »[1]. Au-delà

---

de l'accès qui vous est offert à Twitter et de l'utilisation des Services, vous acceptez que Twitter et ses fournisseurs et partenaires puissent placer ces publicités sur les Services ou en relation avec l'affichage de Contenus ou avec des informations issues de l'utilisation des Services, que cela soit par vous ou par d'autres » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 1).

[1] « Politique de vie privée de Twitter ». Or il faut rappeler que, en vertu de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance […]. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ». Également, Pacte international relatif aux droits civils et politiques 16 nov. 1966, art. 17.1 ; Conv. EDH 4 nov. 1950, art. 8 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* ; Conseil de l'Europe, « Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », 28 janv. 1981 (qui garantit spécifiquement « à toute personne physique […] le respect […] de son droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant »). Dans le même temps, les conditions générales d'utilisation de Twitter prévoient que « vous comprenez qu'en utilisant nos Services, vous consentez à la collecte et l'utilisation des informations, y compris le transfert de ces informations aux États-Unis et/ou dans d'autres pays, à des fins de stockage, de traitement et d'utilisation par Twitter » (« Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 2). De même, le « Contrat de service Microsoft » comporte la clause suivante : « Vous acceptez et reconnaissez implicitement que Microsoft peut accéder à, divulguer ou préserver les informations associées à votre utilisation des services, notamment (sans limitation) vos informations personnelles et votre contenu ou les informations que Microsoft acquiert vous concernant par le biais de votre utilisation des services (par l'adresse IP ou via d'autres informations) lorsque Microsoft estime en toute bonne foi que cela est nécessaire » (« Contrat de service Microsoft », art. 5.3). Quant à Google, il oblige ses utilisateurs à accepter que, « lorsque vous utilisez nos services ou que vous affichez des contenus fournis par Google, nous pouvons automatiquement collecter et stocker des informations dans les fichiers journaux de nos serveurs. Cela peut inclure : la façon dont vous avez utilisé le service concerné, telles que vos requêtes de recherche ; des données relatives aux communications téléphoniques, comme votre numéro de téléphone, celui de l'appelant, les numéros de transfert, l'heure et la date des appels, leur durée, les données de routage des SMS et les types d'appels ; votre adresse IP ; […] des cookies permettant d'identifier votre navigateur ou votre compte Google de façon unique » (« Règles de confidentialité de Google »). Et Éric Schmidt, président exécutif du conseil d'administration de Google, de commenter, témoignant ainsi de l'impossibilité de toute vie privée en ligne : « Si vous avez quelque-chose à vous reprocher, ne le faites pas » (cité par B. BEAUDE, *Internet – Changer l'espace, changer la société*, FYP, coll. Société de la connaissance, 2012).

des profils numériques et des interrogations qu'ils posent[1], ce sont pratiquement toutes les activités de l'homme qui se trouvent transportées sur le web, posant la question de l'adaptation de leurs régimes juridiques. Autant d'enjeux colossaux pour les institutions publiques en général et pour l'État en particulier qui touchent au droit du contenu et non au droit du contenant de la communication par internet[2]. À l'égard de ce premier bien plus qu'à l'égard de ce dernier, se maintient la conception d'un État ultime rempart pour ses citoyens, fût-ce au prix de mesures protectionnistes[3].

La volonté des institutions publiques de ne pas laisser le contrôle du droit du contenu de la communication par internet aux sources privées n'est donc

[1] *Cf.*, notamment, O. ITEANU, *L'identité numérique en question*, *op. cit.*

[2] On convient que l'État devrait intervenir au moyen de son droit afin de répondre aux « objectifs de protection du consommateur, des mineurs, du droit d'auteur et, plus généralement, de l'ordre public » (J. CATTAN, *op. cit.*, p. 516). Cela signifie qu'il devrait prendre en charge la production du droit du contenu de la communication par internet mais non celle du droit du contenant de la communication par internet. Le Conseil économique, social et environnemental dresse la liste des « grands enjeux de l'internet pour les années à venir : la préservation des libertés, la neutralité du Net, la protection des données personnelles, la cybercriminalité, la circulation des produits culturels, la diversité culturelle et linguistique ou encore l'impact environnemental » (N. CHICHE, *op. cit.*, p. 18). Dans cette liste, seul l'impact environnemental se rapporte au contenant plus qu'au contenu. La « neutralité du Net » est un problème qui se situe à cheval sur l'un et l'autre, tandis que les autres points sont relatifs aux contenus. La « neutralité du Net » est un principe en vertu duquel est interdite toute discrimination à l'égard de la source, de la destination ou du contenu de l'information transmise sur le réseau. Ce principe a vocation à garantir que les utilisateurs ne feront face à aucune gestion du trafic qui aurait pour effet de limiter leur accès aux applications services distribués sur le réseau ; il a pour objet d'assurer que les flux d'informations ne soient ni bloqués, ni dégradés par les opérateurs de télécommunications. *Cf.*, notamment, L. DE LA RAUDIÈRE, C. EHREL, « La neutralité de l'Internet et des réseaux », rapport d'information n° 3336, Assemblée nationale, 2011. Quant aux « droits et libertés sur internet » auxquels le député Christian Paul a consacré un important rapport remis au Premier ministre en mai 2000 (Ch. PAUL, *op. cit.*), il ne s'agit pratiquement que de droits et libertés relatifs aux services internetiques, donc aux contenus. Il en va à l'identique des « droits de l'individu dans la révolution numérique » objets du rapport produit en 2011 par les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*) et qui met notamment l'accent sur le fait que la protection des mineurs est l'un des principaux enjeux actuels liés à l'internet, enjeu qui n'existe que parmi les contenus.

[3] Même les États-Unis n'échappent pas à la règle, eux qui ont dès 1996 produit un « *Communication Decency Act* » afin de lutter contre le libre accès à des contenus violents ou pornographiques.

guère difficile à expliquer. Néanmoins, la préférence donnée aux sources publiques au détriment des sources privées ne peut qu'être tendancielle et non absolue. En d'autres termes, l'équilibre invite à espérer un renouvellement des sources du droit permettant, dans l'ensemble, aux sources publiques de dominer les sources privées en matière de production du droit du contenu de la communication par internet mais non à espérer un renouvellement des sources du droit aboutissant à l'écrasement des sources privées sous la pression normative des sources publiques. L'analyse esquissée en ces lignes correspond à un bilan global tolérant à l'évidence nombre de contre-exemples ; il peut donc parfaitement arriver que le renouvellement des sources du droit donne lieu à des sources privées plus favorables que les sources publiques à l'encadrement juridique des contenus en ligne[1].

Mais, globalement, le droit d'origine publique semble nettement préférable au droit d'origine privée et il faut, à présent, observer comment les institutions publiques ont, avec plus ou moins de réussite, tâché de publiciser les sources du droit de la communication par internet. Tel sera l'objet du restant de cette thèse, en essayant d'en tirer quelques enseignements à l'égard de la problématique du renouvellement (ou non-renouvellement) des sources du droit. Sitôt que le mode de communication change, « les techniques de règlementation, les véhicules des

[1] Il est ainsi possible de trouver divers exemples de normes privées allant dans le sens de l'intérêt général et de la protection des droits et libertés des personnes. Tel est le cas des normes PICS (*Plateform for internet Content Selection*) élaborées par le W3C et qui servent à classer les services du web afin, notamment, de protéger les mineurs contre les contenus choquants. Tel est également le cas de la décision prise par Mozilla d'activer, à compter du 5 avril 2013, un blocage par défaut des cookies tiers (provenant de sites différents de celui visité par l'internaute) sur son navigateur Firefox, lesquels cookies sont le plus souvent utilisés pour le suivi de navigation et la publicité ciblée (lorsqu'un site web assez important est visité, il y a entre 60 et 100 marqueurs qui récoltent des données sur l'activité de l'internaute (J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.*)). Et le développement des Creative Commons, droit d'auteur d'origine privée concurrent du droit d'auteur étatique et interétatique et « cas type d'autorégulation sur internet » (D. BOURCIER, *op. cit.*, p. 2), comporte peut-être des aspects très positifs, notamment en ce que ce droit paraît être mieux que le droit étatique en mesure de s'adapter à la diversité culturelle dans l'espace internetique. *Cf.*, notamment, M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, p. 35 s.

règles, doivent évoluer en même temps »[1]. Seulement n'est-il pas assuré que ces évolutions s'opèrent réellement ou, du moins, suffisamment.

[1] P. TRUDEL, « Les systèmes normatifs et le cyberespace », *op. cit.* Pour ne prendre qu'un exemple, le Syndicat national de l'édition et le Conseil permanent des écrivains ont conclu, le 21 mars 2013, un accord-cadre relatif au contrat d'édition à l'ère du numérique qui a fait dire à la ministre de la culture d'alors, Aurélie Filippetti, qu'il s'agissait là d'une « réforme d'une ampleur inédite depuis 1957 [année de la grande loi française sur le droit d'auteur] » (cité par P. SAMARA, « Éditeurs et écrivains signent le contrat d'édition à l'ère numérique », [en ligne] <01net.com>, 21 mars 2013). Or, en 1957, l'État recourait à l'outil législatif, non à la négociation privée simplement encouragée et supervisée par quelque autorité publique. Cela traduit un véritable changement de paradigme dans l'approche de la production du droit et, en particulier, illustre combien une place croissante est conférée à la corégulation.

Conclusion du second titre

« Telle l'explosion cambrienne, la globalisation fait émerger au premier plan une multiplicité d'objets normatifs non identifiés »[1] dont la plupart sont d'essence privée. Ainsi apparaît-il éventuellement intéressant, alors que « chaque acteur redessine sa propre carte normative »[2] dans ces « environnements post-souverains »[3] qui se déploient, de chercher à présenter et à expliquer ces « objets normatifs » nouveaux. Au-delà de cet intérêt aux yeux du chercheur lié au fait qu'elles sont encore mal connues alors qu'elles pourraient être au cœur du « droit de demain », les sources privées du droit de la communication par internet suscitent la méfiance en ce que les normes qu'elles produisent seraient régulièrement inconciliables avec la protection de l'intérêt général, de la justice, de la démocratie, ainsi que, parfois, des droits et libertés fondamentaux des internautes et autres acteurs de la vie immatérielle[4]. Il semble dès lors heureux que les sources publiques cherchent à maîtriser les sources privées, cherchent à éviter la prolifération incontrôlée des règles de droit d'origine privée ; et, si elles n'y parviennent pas en raison de la « vocation à l'autorégulation de l'internet »[5], il conviendrait peut-être de songer aux évolutions légistiques pertinentes afin de remédier à ces difficultés rencontrées par la création publique du droit. Ces difficultés pourraient se généraliser de plus en plus à l'avenir.

---

[1] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », *op. cit.*, p. 6.

[2] *Ibid.*

[3] B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », [en ligne] <philodroit.be>, 2014, p. 3.

[4] *Cf.*, pour une autre approche du problème, B. TAXIL, « Internet et l'exercice de droits fondamentaux », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 115 s.

[5] P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, p. 348.

Les sources typiques du « droit en devenir », dont la « *lex Facebook* » et la « *lex Twitter* »[1] constitueraient les parangons, seraient donc des sources moins légitimes que ne le sont ou ne l'étaient les sources du droit moderne d'hier et d'aujourd'hui. La privatisation de la production des normes serait à l'origine de temps obscurs à vivre pour le droit, construit à nouveau *par les plus forts plutôt que par les plus nombreux*. En ce sens, l'auteur d'un ouvrage récemment consacré aux « nouvelles sources du droit » considère que « le but ultime et le plus élevé [de son livre] est la défense de la démocratie et du bien commun »[2]. Et il met en garde ses lecteurs contre le « risque de privatisation de la règle de droit »[3], considérant qu'il faudrait « reste[r] convaincu que le droit n'est pas un produit, qu'il est porteur de valeurs, qu'il est à l'origine du lien social et que la fabrique démocratique du droit mérite d'être défendue »[4]. Aussi l'étude des sources du droit de la communication par internet est-elle peut-être lourde d'enseignements avant tout en ce qu'elle conduit à mettre l'accent sur le renouvellement des sources privées et, notamment, sur la réalité d'une définition et d'une gestion privées de l'ordre public et des droits fondamentaux en ligne[5]. Il y aurait de bonnes raisons de chercher à sauver le droit moderne, de bonnes raisons de vouloir empêcher l'avènement du droit « postmoderne », de bonnes raisons de lutter contre la mondialisation du droit, de bonnes raisons de préférer les « sources orthodoxes » aux « sources hétérodoxes »[6].

Mais il importe d'insister une dernière fois sur le fait que la légitimité supérieure des normes d'origine publique par rapport aux normes d'origine privée est une considération globale connaissant de nombreux tempéraments et exceptions et non une vérité absolue ne pouvant tolérer aucune atténuation. C'est

[1] F. LATTY, *op. cit.*, p. 60.

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 21-22.

[3] *Ibid.*, p. 278.

[4] *Ibid.*, p. 358.

[5] A. PELLET, « Une gestion privée de l'ordre public de l'Internet ? », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 239 s.

[6] F. LATTY, *op. cit.*, p. 51.

simplement que la balance des bénéfices pencherait du côté des sources publiques et que la balance des inconvénients pencherait du côté des sources privées. Il faudrait donc préférer les sources publiques aux sources privées, même s'il n'est pas rare que des normes issues de l'autorégulation soient profitables à leurs destinataires et à l'intérêt général. Et cela vaut en matière de droit du contenant de la communication bien davantage qu'en matière de droit du contenu de la communication, où les menaces planant sur l'intérêt général ou sur la sécurité juridique semblent nettement plus grandes[1].

Il n'est toutefois pas lieu de poursuivre plus avant cette discussion d'ordre subjectif. Il convient de débuter l'examen empirique des sources publiques du droit de la communication par internet afin d'essayer d'en tirer quelques enseignements sous l'angle du renouvellement (ou non-renouvellement) des sources du droit.

Peut-être faut-il voir dans le fait que le législateur ait consacré le caractère de circonstance aggravante de l'utilisation de l'internet pour commettre certaines infractions[2], à l'instar de l'emploi d'une arme ou de la constitution en bande

---

[1] C'est pourquoi l'accent a été et sera encore mis sur les normes appartenant au droit du contenu plus que sur les normes appartenant au droit du contenant. Sur ce dernier point, il est remarquable que l' « Agenda de Tunis », établi en 2005 dans le cadre du Sommet mondial sur la société de l'information, en soit venu à plaider pour la répartition des rôles entre pouvoirs publics et pouvoirs privés suivante : « Nous réaffirmons que la gestion d'Internet couvre aussi bien des questions d'ordre technique que des questions de politique générale et doit impliquer l'ensemble des parties prenantes et des organisations intergouvernementales et internationales compétentes. À cet égard, il est reconnu ce qui suit : a) en ce qui concerne les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet, le pouvoir décisionnel relève de la souveraineté nationale des États, lesquels ont des droits et des responsabilités en la matière ; b) le secteur privé a toujours eu et devrait continuer d'avoir un rôle important dans le développement de l'Internet, tant sur le plan technique que sur le plan économique » (Union internationale des télécommunications, « Agenda de Tunis pour la société de l'information », 18 nov. 2005, n° 35).

[2] Tel est le cas, notamment, concernant le viol, les agressions et atteintes sexuelles, la corruption de mineur ou le proxénétisme et le recours à la prostitution de mineurs. Par exemple, C. pén., art. 227-23 (« Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. […] Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de

organisée, un élément tout à fait révélateur des nouvelles menaces que le réseau mondial contribue à développer et de la volonté des pouvoirs publics de se saisir pleinement de ces menaces. La question à présent posée est de savoir dans quelle mesure lesdits pouvoirs publics parviennent ou ne parviennent pas à appréhender ces problématiques inédites, étant postulé que le niveau de réalité du pluralisme juridique serait un indicateur relativement fiable de la plus ou moins grande efficacité des interventions des sources publiques : *plus ces sources dominent une branche du droit donnée, plus l'État et les organisations interétatiques maîtriseraient l'objet de cette branche du droit*. Or une autre donnée significative réside dans le fait que les infractions commises au moyen de l'internet sont celles pour lesquelles le taux d'élucidation est le plus faible[1]. Cela n'est un secret pour personne : les nouveaux moyens de communication électronique mettent grandement à l'épreuve l'État et le droit — ou, du moins, une certaine idée de l'État et du droit, en appelant ainsi à leur renouvellement. Il semble que cela se traduise tout spécialement à travers les origines des normes régissant ces nouveaux moyens de communication électronique. Le « droit de demain » ne saurait être identique au droit d'aujourd'hui ; et l' « État de demain » ne saurait être identique à l'État d'aujourd'hui. Mais comment l' « État de demain » fera-t-il pour être le point focal du « droit de demain » ?

---

la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques »).

[1] O. ITÉANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015.

Conclusion de la première partie

À l'aune des sources privées du droit de la communication par internet, le renouvellement des sources du droit apparaît clairement : aux côtés de la loi, de la jurisprudence et de la coutume, émergent de *nouveaux objets normatifs ou semi-normatifs* tels que les codes privés, les chartes, les usages, les conditions générales d'utilisation, les contrats-types, les normes comptables, les normes managériales, les normes techniques, mais aussi les modes alternatifs de résolution des conflits, les labels, les standards, les protocoles, les meilleures pratiques, les statistiques, les sondages, les indicateurs, les classements, les algorithmes, les *nudges* etc.

À l'issue de la première moitié de cette thèse, il paraît ainsi difficile de dénoncer, comme Jean Carbonnier en son temps, la « grande illusion du pluralisme juridique »[1]. Ce dernier, s'il se définit comme la coexistence *effective* de sources publiques et privées de règles de droit, est une réalité en droit de la communication par internet puisque les sources privées y rivalisent, en termes de productivité normative, avec les sources étatiques et avec les sources publiques externes[2]. Il y aurait donc bien « éclatement du monolithisme du droit »[3] à l'échelle de cette branche du droit, une échelle potentiellement révélatrice du « droit de demain ». En outre, *le pluralisme se retrouve à l'intérieur des sources privées*, lesquelles s'avèrent bien plus hétéroclites que les sources étatiques ou

[1] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 361.

[2] Il faut rappeler qu'une étude a permis de montrer que le droit de la communication par internet est composé d'environ 40 % de normes d'origine privée, 38 % de normes d'origine étatique et 22 % de normes d'origine européenne ou internationale (*Mesurer le pluralisme juridique, op. cit.*, p. 190).

[3] S. ANDRINI, A.-J. ARNAUD, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit – Archéologie d'une discipline*, LGDJ, coll. Droit et société, 1995, p. 12.

même, plus largement, que les sources publiques. Et certaines institutions contribuant à la production privée du droit de la communication par internet se révèlent fort originales dans le paysage juridique, en particulier celles qui jouent un rôle dans la normalisation et la « gouvernance » de l'internet (ISOC, W3C, IETF etc.). Aussi la présente étude confirmerait-elle que « leur diversité est le trait le moins incertain des sources du droit »[1] et qu'il en ira toujours plus ainsi à l'avenir, le système juridique étant peut-être appelé à se complexifier plus qu'à se simplifier.

Pourtant, le polymorphisme des sources contemporaines et à venir est une donnée que la théorie des sources peut parfois sembler méconnaître. La première partie qui se termine s'inscrirait donc dans un mouvement de rénovation des sources du droit ou, plus sûrement, de *rénovation de la théorie des sources du droit*[2], lequel deviendrait nécessaire à l'aube du XXI[e] s.[3]. En 1960, Jean Carbonnier relevait la « multiplication des variétés de règles de droit »[4]. La composition normative du droit de la communication par internet témoignerait du fait que ce phénomène se serait largement accentué depuis que l'illustre civiliste a écrit, spécialement en raison de l'émancipation de certains pôles normatifs privés.

Par conséquent, il a semblé nécessaire de sacrifier autant de moyens à l'étude des sources privées qu'à l'étude des sources publiques du droit de la communication par internet. Peut-être, hors de toute considération axiologique, le développement des sources privées, qui plus est lorsqu'elles sont très atypiques, contribue-t-il à enrichir le droit[5]. On pourrait considérer que ce serait en cette

[1] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1434.

[2] Car il est probable qu'en la matière comme souvent le changement et la prise en compte du changement soient en décalage. En ce sens, M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, th., Université du Mans, 2001 ; M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *op. cit.*, p. 2335 s.

[3] En ce sens, A. PIZZORUSSO, « La question des sources du droit au début du XXI[e] siècle », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 2007, p. 1197 s.

[4] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 86.

[5] En ce sens, B. CUBERTAFOND, « Du droit enrichi par ses sources », *RDP* 1992, p. 353 s.

partie consacrée aux institutions privées productrices de règles que résiderait tout l'intérêt de cette recherche, eu égard au peu de place qui est en temps ordinaire réservé à ces sources privées généralement cannibalisées par les sources publiques. Le Professeur Mireille Delmas-Marty décrit à son tour un « imaginaire juridique qui ne semble plus capable, même comme fiction, de représenter un champ juridique en pleine mutation »[1]. Mais, justement parce qu'il est peu commun de donner une trop grande place aux sources privées, a été décidé de leur consacrer une entière partie parmi ces recherches et de réserver l'autre partie aux sources publiques. D'aucuns considéreront que la partie qui s'achève, relative à la production privée des règles de droit, a constitué un « pèlerinage »[2], c'est-à-dire, étymologiquement, un voyage dans un lieu étranger. Il faut gager qu'il s'agissait aussi d'une excursion dans le futur du droit. La seconde partie à venir, au contraire, portera sur des objets déjà bien connus des juristes — car le renouvellement des sources publiques s'avère autrement plus relatif que celui des sources privées.

Par ailleurs, Georges Gurvitch écrivait qu' « il est indispensable d'établir une hiérarchie des sources […] si l'on ne veut se mettre dans l'impossibilité de résoudre les conflits entre les faits normatifs, c'est-à-dire tomber dans l'anarchie des sources »[3]. La « hiérarchie des sources » retenue est désormais clairement posée : les sources publiques devraient, globalement, l'emporter sur les sources privées. C'est ce que pensent, dans leur majorité, les pouvoirs publics, au niveau externe comme au niveau interne. Aussi convient-il à présent d'*observer les efforts entrepris par les sources publiques dans le but de publiciser les normes constitutives du droit de la communication par internet*, donc dans le but de diminuer l'influence des sources privées sur le contenu de cette branche du droit. Étant donné le particularisme de l'objet à saisir (les communications par

[1] M. DELMAS-MARTY, « *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 847.

[2] Réf. à J.-C. SOYER, « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 33 s. Bien sûr, les sources du droit privé n'ont rien à voir avec les sources privées du droit, même si ces dernières ne peuvent guère générer que des normes appartenant au droit privé.

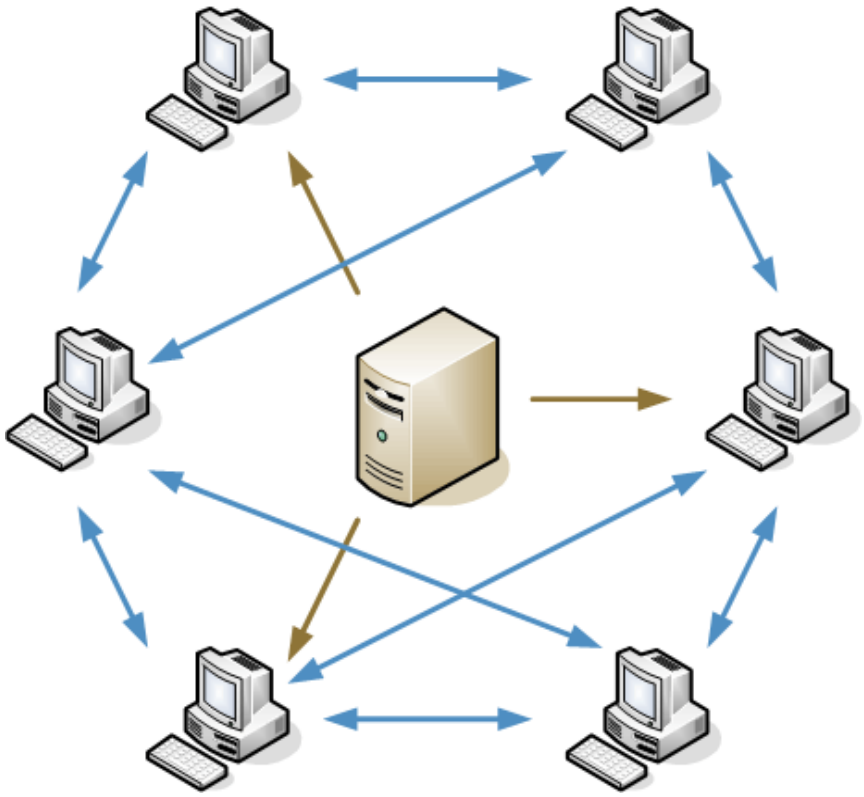
[3] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 147.

internet), ces efforts devraient idéalement se traduire par une profonde refonte des modes de production des normes.

Cela apparaît important dès lors que la première partie de cette thèse a mis en évidence la tendance du droit d'origine privée à se déployer y compris dans des domaines au sein desquels on s'attend à une domination des sources publiques[1]. Aussi la situation serait-elle celle d'une opposition problématique entre ce qui est attendu du droit de la communication par internet (sa maîtrise par les sources publiques) et ce qu'est sa réalité (une concurrence entre sources publiques et privées). C'est ce constat qui justifie tout spécialement de consacrer quelques recherches *ad hoc* à la production du droit de la communication par internet, afin d'éclairer la problématique du renouvellement des sources du droit.

[1] Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, écrit, à propos du droit applicable aux communications par internet : « Sous l'effet de forces déstabilisatrices, les antinomies traditionnelles du droit public se sont intensifiées, une conciliation plus exigeante devant être opérée entre liberté d'expression et sauvegarde de l'ordre public, entre liberté d'information et protection de la vie privée, entre sûreté et lutte contre la criminalité, entre liberté d'entreprendre et respect des règles de concurrence » (J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 6). Ainsi le recours aux sources étatiques et aux sources publiques plus généralement apparaît-il non seulement nécessaire concernant le droit de la communication par internet mais même plus nécessaire dans ce domaine que dans beaucoup d'autres.

Métaphoriquement, les sources du droit de la communication par internet peuvent être représentées sous les traits d'un réseau informatique autonome :



L'unité centrale figure l'État, vieillissante « pyramide » composée d'une Constitution, de lois et de règlements. Bien qu'il conserve une bribe d'influence sur certains des acteurs privés qui l'entourent (représentés par les ordinateurs individuels), nombre de ces derniers préfèrent s'en départir et tisser une toile de relations juridiques indépendantes, entourant le droit étatique positif d'une ribambelle de normes privées autonomes. Le droit de la communication par internet serait à l'image de l'internet : un *droit « en réseau »*. L'ambition de l'État est de faire en sorte qu'il ressemble davantage à une branche du droit classique, dans laquelle les sources publiques occuperaient effectivement et efficacement la place centrale, *dans laquelle la médiation étatique serait incontournable*. On observe que même les tenants du pluralisme juridique le plus radical sont contraints de constater que, dans les sociétés occidentales modernes,

l'État serait la base et la clef de voûte du droit, qu'il en aurait la maîtrise quoiqu'il n'en ait pas le monopole[1]. La particularité du droit de la communication par internet est qu'il paraît échapper à ce portrait : l'État serait un acteur du droit mais il n'en serait plus le cœur. Il est alors intéressant d'observer sa réaction face à cette situation incommode : parvient-il à se renouveler suffisamment pour reprendre le contrôle du droit ou bien, par trop conservateur et hostile au changement, meurt-il à petit feu de son inadaptation à l'air du temps ? Faudra-t-il accepter de passer, en même temps que du droit d'aujourd'hui au « droit de demain », de la « pyramide » au « réseau », du droit moderne au droit « postmoderne » et de l'État souverain à l'État concurrencé, un État manquant de puissance et devant désormais négocier le droit dans le cadre d'un marché juridique mondial ?

À l'ère du « grand renouvellement des sources du droit »[2], on fait des sources du droit un sujet dont l'intérêt et la difficulté résideraient dans *son classicisme associé à une grande actualité* qui tendrait à en modifier fortement la donne[3]. Cette assertion se trouve plutôt confirmée par l'étude des sources du droit de la communication par internet. S'il est vrai que l'heure est au « self-service normatif »[4], au « chaos dans la production du droit »[1] et au « désordre de

[1] J.-G. BELLEY, *op. cit.*, p. 28. L'auteur écrit : « La problématique du pluralisme juridique ne saurait par définition limiter son objet à la régulation juridique opérée par l'État. Mais, dans le contexte des sociétés occidentales contemporaines, elle se condamnerait elle-même à une vision déformée de la réalité sociale du droit si elle ne plaçait pas au centre de ses préoccupations l'analyse du phénomène d'étatisation du droit. Compte tenu de l'accroissement historique du rôle de l'État et du développement sans précédent de son ordre juridique, la problématique du pluralisme juridique ne peut se limiter à mettre en évidence les manifestations non étatiques du droit. Elle doit plutôt se consacrer à l'étude systématique des effets du phénomène d'étatisation sur le partage de la régulation juridique entre l'État et les autres cadres sociaux » (*ibid.*).

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 358.

[3] J. STOUFFLET, « Préface », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. IX.

[4] Réf. à A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541 s.

l'ordre juridique »[2], le droit de la communication par internet ne peut qu'être concerné au premier chef. Il est temps, désormais, de porter l'attention sur les institutions œuvrant à la publicisation des sources de ce droit. On estime que « les chartes et codes de bonne conduite sont généralement élaborés dans des périodes d'incertitude quant à l'application des lois »[3]. Ainsi le niveau de développement des sources privées dépendrait-il, pour une part au moins, de l'état des sources publiques. Pour « lutter » contre le droit d'origine privée, il faudrait s'intéresser principalement non à ce droit d'origine privée — sorte de « droit par défaut » — mais au droit d'origine publique.

[1] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

[2] A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 147 ; également, R. LIBCHABER, « Réflexions sur le désordre juridique français », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s. ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Puf, coll. Les voies du droit, 1988.

[3] A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », *op. cit.*, p. 146.

Seconde partie

LE RENOUVELLEMENT INSUFFISANT DES SOURCES PUBLIQUES : ILLUSTRATIONS EN DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Différentes entités normatives, à côté de l'État, prétendent posséder une compétence première de production des normes applicables à l'internet et à son utilisation, cela notamment pour des raisons historiques. Mais, dans un monde où le web est au carrefour de l'ensemble des activités humaines et sociales, les décisions qui orientent son avenir ne sauraient reposer uniquement sur les acteurs privés de sa préhistoire. Il faudrait entendre qui insiste sur le « risque de privatisation de la règle de droit »[1]. Dès lors, positionnées *face à une concurrence normative exacerbée* et face à des éléments factuels insaisissables, les sources publiques du droit ne sauraient *a priori* être identiques dans le cadre moderne et dans le cadre « postmoderne » que le cyberespace paraît dessiner.

[1] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 278.

On convient que la « règle de droit classique » serait inapte à saisir les technologies et les activités internetiques[1] ; l'État et les organisations interétatiques auraient nécessairement dû repenser leurs modes de production normative afin de s'adapter à un contexte nouveau. L'objet de cette seconde partie sera de présenter ces sources publiques *supposément différentes et originales en matière de droit de la communication par internet*[2], lequel serait caractéristique du « droit de demain ». Maurice Hauriou notait combien « l'État se fonde objectivement : il y a pour lui une période de fondation et on peut même soutenir que cette période de fondation se prolonge pendant toute son existence puisqu'il est constamment remanié, réorganisé, réformé, renouvelé »[3]. Il y aurait, dès lors, beaucoup à dire et à écrire au sujet de *l'évolution des sources étatiques et interétatiques*.

Selon le Professeur Philippe Jestaz, le droit d'origine privée se déploierait à mesure du « retrait de la puissance publique et non [de] sa faiblesse »[4]. Toutefois, le développement de l'empire des sources privées peut être provoqué comme subi par l'État et, en matière de droit de la communication par internet, il semble qu'il soit *davantage subi que provoqué*[5]. En ce sens, il est remarquable que l'auteur de l'article « État » du *Dictionnaire de la culture juridique* retienne que la « crise de

---

[1] A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », *op. cit.*, p. 145.

[2] J. VANDERLINDEN, « À propos de la vocation de notre temps à la révision de la théorie des sources de droit et des instruments de justice », *op. cit.*.

[3] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 4.

[4] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 35.

[5] S'il est vrai que, dans le domaine des communications électroniques, le mouvement va, dans beaucoup de pays et notamment en France, dans le sens d'une dérèglementation, c'est-à-dire d'*une diminution du poids du droit d'origine étatique*, ce mouvement est, semble-t-il, rendu nécessaire par des pressions extérieures et n'est pas un choix que les gouvernements opèreraient en opportunité. Par exemple, lorsque l'État ouvre à la concurrence le marché des jeux et paris sur internet qui était auparavant l'objet d'un monopole octroyé à la Française des jeux, cela n'est que le résultat d'une situation dans laquelle d'innombrables services illégaux domiciliés à l'étranger étaient (et sont encore, mais dans une moindre mesure) à disposition des joueurs français.

l'État » serait due à des phénomènes qu'il peinerait à encadrer et que la meilleure illustration de cette situation résiderait dans l'internet[1].

Au XXI^e^ s., l'État ne s'envisage sans doute pas comme devant être partout tout le temps, comme devant tout maîtriser ; mais il ne s'envisage peut-être pas davantage comme devant s'effacer et laisser le soin de concevoir librement le droit à des puissances privées poursuivant la satisfaction d'intérêts privés. Il ne semble pas exister plus de raisons d'abandonner le « droit en devenir » à ces puissances privées qu'il n'en existait de leur abandonner le droit moderne. Il arrive que l'État considère favorablement la création privée du droit, y compris en matière de droit de la communication par internet, lorsque, par exemple, celle-ci se traduit par la mise en place de labels ou de chartes qui produisent des effets satisfaisants en participant à la satisfaction de l'intérêt général et à la protection des droits des internautes. Néanmoins, le plus souvent, l'État souhaiterait, si ce n'est édicter lui-même directement tout le droit, en tout cas *contrôler la production du droit*. La part élevée de droit d'origine privée à l'intérieur du droit de la communication par internet ne serait donc pas la conséquence d'un libre choix des pouvoirs publics. Les institutions publiques et la légistique devraient peut-être substantiellement se renouveler afin de pouvoir être autant au centre du « droit postmoderne » qu'elles sont au cœur du droit moderne.

Raymond Carré de Malberg pouvait écrire que « la puissance d'État ne semble pas appelée à entrer de sitôt dans une phase de décroissance »[2]. Dans le cyberespace, toutefois, la « puissance d'État », qui s'exprime classiquement à

[1] F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 644. À l'identique, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche voit dans le droit de la communication par internet l'exemple type d'un « droit de la régulation », c'est-à-dire d'un droit sur lequel « l'État ne peut pas étendre son pouvoir » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610). « Il y a régulation, ajoute le professeur, parce que l'État n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en question ; il est dépassé par la tâche. Et il l'est le plus souvent d'une façon géographique, parce que la notion de territoire perd son sens » (*ibid.*).

[2] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. XXVIII.

travers la production juridique, semble ô combien mise à mal[1]. D'aucuns en viennent à constater que « la puissance de Facebook et de Google est aujourd'hui beaucoup plus importante que celle de tout État »[2] ou que « l'un des aspects principaux de la crise engendrée par la culture numérique est la disparition de la souveraineté des États »[3] puisqu' « internet est exactement contradictoire avec l'idée de souveraineté »[4]. Si un État doit être « fonctionnel », c'est-à-dire que son pouvoir ne se qualifie pas par son origine mais par la fonction qu'il remplit[5], c'est peut-être assez fatalement que, dans l'espace de l'internet, la légitimité de l'État se trouverait mise en doute et que sa capacité d'influence diminuerait. Dès lors, pour exprimer la situation au moyen de quelques « formules choc », il devrait se reconstruire ou périr, se renouveler ou péricliter.

Et un problème clé pour la puissance de l'État est à l'évidence celui de la territorialité de ses interventions[6]. Si l'État est à la fois « trop petit pour les grands problèmes et trop grand pour les petits problèmes »[7], avec l'internet, il s'avère surtout trop petit à l'égard de ce qui constitue un grand problème. Aussi

---

[1] En témoignent, avec d'autres indicateurs, les résultats de l'expérience présentée dans l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience* (*op. cit.*) : environ 40 % des normes constitutives du droit de la communication par internet ont une origine privée contre seulement 38 % de ces normes qui ont une origine étatique (p. 190).

[2] B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, *op. cit.*

[3] P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014. Sur ce point, *cf.* en particulier P. TÜRK, *op. cit.*, p. 1489 s.

[4] B. BEAUDE, *loc. cit.* L'auteur d'ajouter que « la souveraineté suppose de partitionner internet et donc de supprimer internet » (*ibid.*).

[5] G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 16. Déjà Gaston Jèze et Léon Duguit considéraient que la légitimité du pouvoir politique s'éprouverait par l'exercice du pouvoir et ne pourrait jamais être déduite de son origine (G. JÈZE, *op. cit.*, p. 18 (cité par O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 30)).

[6] Ainsi, dans leur rapport remis en 2011 à l'Assemblée nationale, les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère écrivaient-ils qu' « en tant qu'espace d'interconnexion global en constante expansion, Internet peut considérablement favoriser le développement d'une communauté mondiale. Mais cela signifie aussi que les législations nationales, comme également les réglementations européennes, ne peuvent à elles seules réussir à écarter les risques » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 310).

[7] A. GIDDENS, *op. cit.*, p. 71.

est-ce logiquement que *les sources supra- et interétatiques sont mobilisées dans le but d'édifier un droit de la communication par internet d'origine publique*. Il convient par conséquent, avant de s'intéresser aux sources étatiques du droit de la communication par internet (Titre 2), de se concentrer sur les sources publiques externes de ce droit (Titre 1). Étant données les difficultés que ces dernières ont de tout temps rencontrées, ce n'est qu'au prix d'un important renouvellement qu'elles pourraient saisir efficacement des activités transnationales quelles qu'elles soient. Alors, éventuellement, les organisations interétatiques pourraient-elles être au « droit de demain » ce que les États sont au droit d'aujourd'hui.

Titre 1

LA SITUATION CONTRASTÉE DES SOURCES PUBLIQUES EXTERNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Grâce à l'internet et au web, se poursuit une évolution initiée avec le transport par voie maritime sous l'Antiquité et prolongée avec le courrier postal à partir du XVII^{e} s., puis avec le téléphone, la radiotélévision et le transport aérien au XX^{e} s., lesquels ont contribué à tisser des liens toujours plus denses autour de la planète et par-dessus les frontières. En d'autres termes, l'internet et le web tendent à achever la mondialisation, étant entendu que celle-ci a nécessairement besoin de moyens de communication planétaires pour prospérer. Dès lors, la perspective internationale apparaît telle une perspective obligée pour qui veut justement poser la question de la régulation juridique de l'internet. Et peut-être sera-t-elle le cadre indispensable du « droit de demain ».

Cette approche peut paraître quelque peu éculée et archaïque au premier abord tant les États-nations ne cessent d'adopter d'innombrables lois et règlements visant à régir les technologies et, surtout, les activités de l'immatériel, si bien que, quantitativement parlant, ils dominent le droit de la communication

par internet et peuvent sembler être les seuls rivaux des sources privées[1]. Mais encore faut-il distinguer la positivité du droit comprise comme validité et *la positivité du droit comprise comme effectivité* : du premier point de vue, chaque État peut sans grande difficulté se placer au centre de l'arène juridique ; sous le second angle, en revanche, la dimension internationale paraît ô combien mieux que la dimension nationale constituer l'échelle pertinente afin de s'imposer dans le grand marché du droit. Les faits ne semblent pas arrêter de le démontrer chaque jour ; et cela dépasse allègrement le cas du droit de la communication par internet : qu'on pense ne serait-ce qu'au droit de l'environnement ou au droit des marchés financiers[2].

Outre les divers moyens de se soustraire à l'application ou à la sanction des lois nationales, le problème est aussi celui dit de l' « optimisation juridique » : la concurrence des droits, le « *law shopping* » et le « *forum shopping* » paraissent inconciliables avec l'intention de disposer d'un droit de la communication par internet d'origine étatique légitime et performant[3]. Y compris au sein des institutions étatiques, on observe combien l'État ne saurait être le niveau où encadrer l'internet et les activités immatérielles[4]. Lorsque le Conseil économique, social et environnemental doit rédiger un rapport sur la « gouvernance de l'internet », il confie cette tâche à sa section des affaires européennes et internationales[5] ; tandis que, quand le Conseil d'État consacre son rapport annuel pour l'année 2014 au problème des normes applicables aux

[1] Une étude a permis de montrer que le droit de la communication par internet est sensiblement plus constitué de normes d'origine étatique (38 %) que de normes d'origine internationale (8 %) et que de normes d'origine européenne (14 %) (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190).

[2] En ce sens, Isabelle Falque-Pierrotin déclare que « l'internet et la finance ont des logiques similaires. D'ailleurs, la finance nous sert de leçon car nous voyons bien que lorsqu'on ne construit pas une régulation mondiale, on aboutit à des catastrophes » (I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique – Entretien avec Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL », *LPA* 20 oct. 2011, p. 5).

[3] Par exemple, A.-Th. NORODOM, « Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 11 s.

[4] Par exemple, F. RANCY, « Un débat qui dépasse nos frontières », *La lettre de l'ARCEP* 2007, n° 58, p. 6.

[5] N. CHICHE, *op. cit.*, 2014.

communications par internet, son Vice-président peut écrire, en guise d'avant-propos, que « l'élaboration d'un corpus de règles opérationnelles doit mobiliser tous les ressorts de la normativité, combinant des conventions internationales et des règles européennes »[1].

Il importe ainsi de focaliser l'attention sur les sources supra- et interétatiques et, en premier lieu, sur les sources potentiellement mondiales, qui correspondraient à la « nouvelle constellation politique » imaginée par Jürgen Habermas[2]. Seront également étudiées les sources européennes, mais celles-ci sont des *sources régionales*, de telle sorte qu'il serait presque permis de *les rapprocher du droit étatique plus que du droit international*, car un droit régional connaît peut-être les mêmes limites et difficultés qu'un droit étatique[3].

Reste que la transnationalité du réseau et sa fonction de support de communication en font peut-être *un sujet de droit international public par nature*, à l'identique de la mer ou de l'espace extra-atmosphérique, « biens publics mondiaux » sur lesquels les États ne peuvent proclamer aucune souveraineté territoriale. Il n'est donc guère original de remarquer qu'*un mode de communication universel a besoin d'un droit universel*[4] et, par suite, de s'attendre au développement d'un droit supra-national de la communication par internet[5]. Si, dans l'idéal, le droit de la communication par internet devrait ainsi

---

[1] J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*, p. 6. Et des auteurs d'observer que, « dans un contexte général de mondialisation, les médias ignorent les frontières. Il doit en aller de même de leur droit » (E. DERIEUX, A. GRANCHET, *Droit des médias – Droit français, européen et international*, 6e éd., LGDJ, coll. Manuels droit public, 2010, 4e de couverture).

[2] J. HABERMAS, *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

[3] En ce sens, on discute le problème de savoir si, entre le droit international et le droit européen, il existe une différence de degré ou une différence de nature (A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – Droits internes et droits européen et international*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002 ; J.-V. BOREL, A. MOULIN, « Le principe de primauté : mode d'articulation du droit communautaire et des droits internes », in J.-L. BERGEL, dir., *op. cit.*, p. 127). Est ici considéré qu'il y aurait entre l'un et l'autre seulement une différence de degré, mais une différence qui serait profonde et lourde de conséquences.

[4] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 187.

[5] Par exemple, É. TARDIEU GUIGUES, « Internet et territoire », *RLDI* 2012, n° 99, p. 59 s. ; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002 ;

être produit au niveau supra-étatique, il s'agira d'*observer comment les institutions interétatiques ont œuvré et œuvrent afin de satisfaire cette attente*, cela à l'échelle mondiale (chapitre 1) puis à l'échelle régionale (chapitre 2). Dans cette branche du droit, ce sont moins les sources publiques externes que les sources privées qui remettent en cause l'utilité et la pérennité de l'État[1]. Or il faudrait peut-être que la situation soit inversée et que les institutions étatiques s'effacent seulement au profit d'institutions publiques externes[2]. Mais d'aucuns regrettent que « le développement d'un réseau universel de communication n'a pas été accompagné d'une forme équivalente d'organisation de l'humanité »[3], et il est difficile d'imaginer comment il aurait pu en aller autrement. Le renouvellement des sources publiques externes est peut-être voué à demeurer toujours à l'état d'utopie. À moins qu'il ne faille s'interdire de parler de « renouvellement » puisque, pour qu'un objet soit renouvelé, il faut déjà que cet objet préexiste ; or, en la matière, le préexistant est peu de choses. Peut-être le principal point commun entre le droit prémoderne, le droit moderne et le droit « postmoderne » doit-il être recherché dans la faiblesse des sources internationales.

T. FUENTES CAMACHO, *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, 2000 ; É. A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, 2e éd., Litec, 2007 ; É. A. CAPRIOLI, « Aperçus sur le droit du commerce électronique (international) – Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle », in *Mélanges Philippe Kahn*, *op. cit.*, p. 247 s. ; P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, p. 131 s.

[1] En ce sens, mais de manière générale, L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *op. cit.*, p. 285 s. ; R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 131 s. ; G. TEUBNER, dir., *Global Law without a State*, Aldershot (Dartmouth), 1997.

[2] Par exemple, M. L. MUELLER, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press (Cambridge), 2010.

[3] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 363.

Chapitre 1

LE DÉNUEMENT DES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Un observateur note que « l'indigence du droit international de l'internet est manifeste »[1]. En effet, rares sont les normes composant ce droit à provenir de sources internationales[2]. Cela apparaît très insatisfaisant concernant un objet dont il est attendu qu'il soit *principalement saisi par le droit au niveau international*. Dans l'idéal, le droit de la communication par internet devrait être institué

[1] F. LATTY, *op. cit.*, p. 52.

[2] 8 % selon l'expérience de mesure du pluralisme juridique qui a été menée (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190). Et, de ce point de vue, le droit du contenu de la communication par internet (9 % (*ibid.*, p. 206)) n'est pas mieux loti que le droit du contenant de la communication par internet (8 % (*ibid.*, p. 191)). À titre de comparaison, le droit de la communication par internet compte toutefois sensiblement plus de normes issues des sources internationales que les autres branches du droit des communications électroniques (droit des réseaux de communications électroniques (4 % (*ibid.*, p. 160)) et droit de la communication audiovisuelle (1 % (*ibid.*, p. 175))), ce qui signale un effort dans le sens de l'établissement d'*un droit mondial pour un objet mondial*. Mais peut-être faut-il regretter la faiblesse des sources internationales concernant le droit des réseaux de communications électroniques et le droit de la communication audiovisuelle autant que concernant le droit de la communication par internet, d'autant plus que les réseaux de communications électroniques sont utilisés pour fournir les services de l'internet et que les services de communication audiovisuelle tendent à se rapprocher du web et des technologies internetiques sous l'influence de la convergence des médias. Si l'importance du droit d'origine internationale est peut-être plus grande en droit de la communication par internet que dans nombre de branches du droit, elle n'en paraît pas moins insatisfaisante.

prioritairement par les sources internationales et de manière complémentaire ou sur délégation par les sources étatiques et par les sources privées. La réalité s'avère tout autre et le droit d'origine internationale n'a qu'*une faible influence* sur la branche du droit ici étudiée. Cette dernière étant pourtant intrinsèquement destinée à se construire à l'échelle internationale, d'importantes conclusions seraient à tirer de cet état de fait, en premier lieu sous l'angle du renouvellement (ou non-renouvellement) des sources du droit. Si une norme mondiale est une norme dont le domaine d'application est planétaire, qui est applicable *indépendamment de la localisation de la situation qu'elle entend régir*, peu de normes du droit de la communication par internet répondent à cette définition et la plupart de celles qui le font ont une origine privée transnationale, non une origine publique internationale. Peut-être est-ce là la voie que le droit est appelé à suivre.

Au XIX^e^ s. et au XX^e^ s., plusieurs innovations technologiques dans le domaine de la communication ont suscité la création d'organisations intergouvernementales spéciales destinées à traiter les nouvelles questions de coopération internationale qu'elles posaient. Le progrès technique et technologique, en effaçant les frontières physiques et politiques et en renforçant l'interdépendance entre les États, a de la sorte été *un moteur important de la coopération internationale*. Aussi l'internet, qui permet des relations aux dimensions mondiales et transnationales plus fortement marquées qu'avec aucune autre technologie, aurait-il pu être à l'origine d'une grande internationalisation du droit, en tout cas à l'échelle des règles de droit lui étant applicables. Il ne semble que possible de juger légitime l'intention de créer un « Comité international de l'internet »[1]. Pourtant, sa concrétisation achoppe sur d'irrésistibles difficultés et il n'existe pas, aujourd'hui, d'organisation intergouvernementale *ad hoc* de l'internet[2]. Il semble qu'*un « plafond de verre » limite inévitablement l'essor des institutions internationales*.

[1] S. ASTIER, *Vers une régulation éthique de l'internet*, th., Université de Limoges, 2004.

[2] Aussi l'ancien Président de l'ARCEP, Jean-Ludovic Silicani, pouvait-il estimer, en 2010, que la création d'une « agence internationale veillant au bon développement de l'internet » était « utopique » (J.-

Pour diverses raisons, les sources internationales du droit de la communication par internet sont foncièrement dispersées et limitées dans leurs marges d'action (section 2), même si elles sont peut-être les sources les plus légitimes à saisir un tel objet et si quelques organisations interétatiques ont bel et bien été développées à ces fins (section 1). La situation actuelle n'est, en définitive, que peu différente de celle qu'observait Maurice Hauriou dans les années 1910, lorsqu'il prédisait qu' « il y a peu de chances pour que les États nationaux des cinq parties du monde soient jamais absorbés par un État unique »[1]. L'État mondial et le « droit commun mondial »[2] qui l'accompagnerait n'existent pas dans les faits, y compris à l'état embryonnaire, et ils ne semblent pas en mesure d'exister bientôt. À l'échelle internationale, il est difficile de ne pas opérer le constat du non-renouvellement des sources du droit plutôt que celui de leur renouvellement.

L. SILICANI, « "Il faudrait une agence internationale veillant au bon développement d'Internet" : une interview de Jean-Ludovic Silicani, président de l'ARCEP », *La Tribune* 14 avr. 2010).

[1] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. VIII.

[2] Réf. à O. THOLOZAN, « Vers un droit commun mondial ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *op. cit.*, p. 273 s.

Section 1

La nécessité d'édifier un droit mondial

Si l'édification d'un droit de la communication par internet d'origine internationale apparaît ô combien nécessaire (A), les moyens mis en œuvre afin d'y parvenir se révèlent par trop élémentaires (B). En résumé, il semble que *l'internationalisation du droit de la communication par internet soit autant indispensable qu'impensable*. Partant, il semble que le renouvellement des sources internationales soit autant indispensable qu'impensable. Et les sources internationales souffriraient — assez paradoxalement — peu ou prou des mêmes maux que les sources étatiques[1], si bien que ce serait le droit d'origine publique plus que le droit d'origine étatique qui serait « en crise », une « crise » se traduisant notamment par un manque de renouvellement, par un excessif *conservatisme institutionnel*[2].

[1] On explique les difficultés des instances internationales par les éléments suivants : la lenteur de l'élaboration des normes dans le cadre des dispositifs interétatiques, incompatible avec le rythme de l'innovation parmi les technologies internetiques ; les difficultés des membres des organisations internationales à comprendre la logique spécifique de l'internet ; le caractère largement nord-américain du réseau ; et l'idéologie libertaire ou libérale des techniciens et entrepreneurs de l'internet qui se traduirait par une « méfiance viscérale à l'égard des bureaucraties » (É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 4).

[2] Pour ne prendre qu'un exemple, des institutions élaborées dans le contexte des années 1950, et ayant peu évolué depuis lors, pourront-elles permettre de créer efficacement le droit des années 2020 ?

A. Le caractère indispensable de la recherche d'un droit de la communication par internet d'essence internationale

Les sources publiques du droit de la communication par internet devraient logiquement intervenir à un niveau mondial et non à un niveau étatique (I). En effet, le cyberespace est un nouveau milieu, aux côtés de la terre, de l'air, de l'éther et de l'eau, dans lequel baignent l'ensemble du globe terrestre et l'ensemble des activités humaines et sociales (II), si bien que le droit de la communication par internet et le droit étatique territorialisé s'opposent assez ouvertement et que le droit d'origine privée prospère justement en raison du manque de normes d'essence publique universelles (III). Ainsi le droit de la communication par internet témoigne-t-il du fait que la question de l'internationalisation du droit et de ses sources se pose aujourd'hui avec une acuité plus forte que jamais. Il devrait logiquement en aller toujours plus de la sorte à mesure que s'affirmera le « droit de demain ».

I. ***L'État comme échelle inopportune face aux exigences du droit de la communication par internet.*** **–** Comme son acronyme américain (*International Network*) le laisse supposer, l'internet n'est pas un réseau pensé et conçu dans et pour un territoire, comme le Minitel par exemple. Tout au contraire, il a une vocation mondiale, si bien qu'il est difficile de ne pas affirmer que le droit de la communication par internet aurait lui aussi une vocation mondiale. Récemment, un observateur pouvait estimer que « la France n'est pas une mauvaise échelle pour engager des politiques sur l'internet »[1]. Et nombre de politiques sont bel et bien engagées et menées à l'échelle nationale ; mais se pose ensuite la question de leur efficacité, de leur effectivité, de leur efficience. Il semble que le monde entier soit une meilleure échelle à l'heure de la « nation numérique »[2], de la

[1] P. BELLANGER, *op. cit.*

[2] Réf. à J. KATZ, « Internet, la naissance d'une nation numérique », *Courrier international* 5 nov. 1998.

« société en réseau »[1] et du monde connecté dans lequel les interactions sont majoritairement transnationales[2].

Il n'est guère difficile de trouver quelques illustrations — parmi une multitude — des limites sur lesquelles achoppent les législateurs nationaux dès lors qu'ils entendent faire œuvre normative à l'égard des activités internetiques[3], lesquelles présentent la grande particularité d'être « plurilocalisées »[4]. Sitôt que l'accès à un service est règlementé par l'intervention d'une loi, il suffit pour les personnes physiques ou morales visées par cette dernière de s'établir sur le territoire d'un pays tiers, non sans procéder à quelque « *law shopping* », afin de la contourner tout en conservant leurs utilisateurs et leurs clientèles. La loi « naturelle » voulant que le cyberespace ne reconnaisse pas les frontières politiques malmène lourdement la pertinence des travaux des législateurs étatiques[5]. Les éléments d'extranéité sont monnaie courante sur le réseau, nourrissant de multiples conflits de lois[1].

---

[1] Réf. à N. IVALDI, C. MANARA, « Vers la société en réseau », *LPA* 2 juin 2000, p. 10 s.

[2] Par exemple, B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, *op. cit.* (selon qui « la gouvernance de l'internet ne peut pas se définir autrement que comme internationale ») ; N. CHICHE, *op. cit.*, p. 4 (qui note que « gouvernance de l'internet veut nécessairement dire gouvernance mondiale de l'internet ») ; P. TRUDEL, « La *lex electronica* », *op. cit.*, p. 222 ; O. CACHARD, *op. cit.*

[3] Par exemple, en matière juridictionnelle, si le consommateur peut toujours faire appel aux juges de son pays, rien ne garantit jamais que la décision rendue sera effectivement mise en œuvre par l'État dont est ressortissant le prestataire de service. Quant au critère du « lieu d'établissement permanent » en matière fiscale, il peine à choisir entre lieu du siège social de l'entreprise, lieu d'établissement du serveur ou lieu de destination du site web.

[4] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2346 (selon les auteurs, être « plurilocalisé » signifie ne pas être rattachable à un territoire en particulier).

[5] Ainsi, en 2011, le « Directeur juridique et règlementaire *pour le monde entier* » (titre ô combien révélateur) de la société Dailymotion pouvait-il affirmer : « J'aime la France, mais si la France voulait me traiter plus mal que mon concurrent luxembourgeois n'est traité par le Luxembourg, je peux déménager en une semaine » (G. DE MARTINO, « Discours devant la première Conférence des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication », 19 janv. 2011 (cité par « Mesdames et messieurs les ministres, n'ayez pas peur d'internet », [en ligne] <slate.fr>, 2011)). Et un rapport parlementaire rendu public en 2011 de noter que « la société Google ne tient pas compte des législations des pays où elle n'est pas implantée. Cette position peut être source de tensions avec les pays concernés,

La maîtrise des territoires et des populations avait conduit à doter chaque individu d'une adresse s'inscrivant dans un espace physique, métrique et cartésien, définie par des coordonnées, découpée en pays, département, ville, rue, immeuble ; et le droit s'est largement appuyé sur cela. Dans le cyberespace, les adresses, les espaces et les territoires existent, mais ils n'ont que peu à voir avec ce qu'ils sont dans le milieu physique. Le droit de la communication par internet est donc, ou devrait être, par essence un droit international[2]. Il devrait mener vers un renouvellement des sources du droit faisant la part belle aux sources interétatiques. L'internet requiert des normes applicables et appliquées à l'échelle mondiale.

II. ***Le cyberespace comme espace mondial appelant une régulation mondiale.*** **–** L'internet est le symbole en même temps que le moyen et que la réalité de la globalisation technique, économique et culturelle. L'espace internetique,

---

dans la mesure où les services de Google y sont tout de même accessibles. La stratégie d'évitement est simple : si la société Google souhaite se soustraire à une législation nationale, il lui suffit de fermer sa représentation dans le pays concerné » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 183-184).

[1] Aussi des opérateurs peuvent-ils être dissuadés d'offrir leurs services dans l'espace internetique en raison de la multiplicité d'origines de leurs co-contractants et de la variété des lois applicables. L'apparente cohérence de la position des juridictions françaises en la matière cache bien mal les dangers d'une confrontation stérile entre ordres juridiques étatiques. Alors que, dans l'ordre interne, les décisions sont exécutoires au-delà de leur ressort d'origine, sur l'ensemble du territoire, dans l'ordre international, en revanche, elles ne le sont que sur le territoire de l'État au nom duquel elles sont prononcées ; l'extranéité de la décision la bloque à la frontière, « situation frustratoire pour le justiciable » (B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 496). Le Conseil d'État relevait, en 2014, combien, « en rendant accessibles aux internautes de chaque pays les contenus et les services proposés dans le monde entier, internet crée de très nombreux conflits entre les systèmes juridiques des différents États et les confronte ainsi à une double difficulté : d'une part, la complexité des règles de droit international privé, qui déterminent la loi applicable et la juridiction compétente, est source d'incertitudes ; d'autre part, ces règles peuvent désigner des juridictions et des lois étrangères. L'État est ainsi confronté à la possibilité que ses lois sur la protection des données personnelles, la liberté d'expression ou la propriété intellectuelle ne soient en définitive pas applicables à toutes les situations qu'il entend régir » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 15).

[2] En ce sens, E. PUTMAN, « La protection internationale des droits de la personnalité sur le web », *RLDI* 2012, n° 81 ; E. A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, *op. cit.* ; F. RANCY, *op. cit.*

« principal vecteur de la mondialisation »[1], constitue peut-être un « espace-monde »[2] et le sociologue Henri Mendras pouvait considérer que l'un des caractères essentiels du réseau serait qu'il se présenterait telle « l'antithèse du territoire et de la frontière »[3], tandis qu'un commentateur, allant dans le même sens, écrit que « les réseaux constituent le domaine par excellence des droits a-spatiaux »[4]. Et les derniers manuels de « droit de la communication » ne manquent pas de relever combien « la spécificité d'Internet est d'être un espace sans frontières »[5], combien les normes ici en cause ont vocation à s'appliquer à des « communications universelles »[6] et combien, par conséquent, ces normes « implique[nt] un raisonnement nécessairement international »[7]. Un courrier électronique parvient de l'autre côté du globe terrestre en un instant ; les données actualisées sur un site peuvent être consultées en temps réel par les internautes partout (ou presque) dans le monde[8]. Un auteur va jusqu'à soutenir que, tant que les États ne laisseront pas la place à un État mondial, les internautes demeureraient toujours des « apatrides »[9]. En tout cas le cyberespace est-il peut-être à l'image de l'espace extra-atmosphérique ou de la haute mer, soit un espace dans lequel le droit ne pourrait efficacement intervenir qu'en ayant une origine internationale[10].

---

[1] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 362. Également, N. CHICHE, *op. cit.*, p. 4 (qui parle de l'internet comme de l' « outil privilégié de la mondialisation »).

[2] Réf. à O. DOLFFUS, *L'espace-monde*, Economica, 1994.

[3] H. MENDRAS, *La France que je vois*, Autrement, 2002, p. 47.

[4] J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002, n° 49, p. 20.

[5] D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 467.

[6] J. HUET, « Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique », *op. cit.*

[7] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2346.

[8] Aussi, dès 1998, les États-Unis ont-ils souhaité faire reconnaître par l'OMC l'internet et le web en tant que zone de libre-échange.

[9] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 342.

[10] En ce sens, L. LESSIG, « The Zone of Cyberspace », *Stanford Law Review* 1996. Dans l'espace extra-atmosphérique, pourraient hypothétiquement être consacrées des souverainetés étatiques, mais aucun

La notion d'espace est au centre des relations interétatiques et au centre du droit international public[1]. L'espace se spécifie par différents traits : il est une étendue vaste et dont les contours ne sont qu'imprécisément délimités — tel est exactement le cas du cyberespace qui fédère un nombre potentiellement illimité de réseaux — ; il permet une libre circulation en son intérieur — c'est là le principe même des protocoles TCP/IP qui permettent d'aller et venir entre différents ordinateurs quels que soient les endroits physiques où ils se trouvent — ; il se définit à travers des concepts géométriques tels que la distance et les dimensions — le cyberespace est, sous cet angle en revanche, plus difficile à saisir, même si certains tentent d'en esquisser quelque représentation. Il faut dans tous les cas voir dans l'espace virtuel un nouvel espace foncièrement international[2], si ce n'est transnational, un espace que des normes d'origine internationale devraient recouvrir[3], possiblement au terme d'un renouvellement des sources internationales du droit[4].

---

satellite régi par la force centrifuge ne serait en mesure de s'arrêter devant quelque frontière cosmique si un État lui refusait le survol. De même, les données qui circulent dans l'internet le font suivant des règles technologiques et logiques qui font fi des frontières politiques qui constellent la planète.

[1] Et le droit international public est en même temps créateur d'espaces plus ou moins abstraits par rapport aux réalités naturelles (D. ALLAND, « La représentation de l'espace en droit international public », *Arch. phil. droit* 1987, p. 171).

[2] Par exemple, M. L. MUELLER, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, *op. cit.*

[3] Par exemple, D. BÉNICHOU, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontières », *AJP* 2005, p. 224 s.

[4] René-Jean Dupuy pouvait parler de dédoublement du monde en raison de l'apparition de l'internet, le monde immatériel étant voué naturellement à n'accepter que les normes mondiales, tandis que « le monde des États est celui du cloisonnement, le territoire étant tenu pour un sanctuaire et donnant à l'État une assise protégée par des frontières, dont l'ensemble couvre la Terre du quadrillage des souverainetés » (R.-J. DUPUY, « Le dédoublement du monde », *RGDI publ.* 1996, p. 314). Un juge de la Cour suprême des États-Unis concevait, en 1997, que, « dans la mesure où Internet est comparable à une localisation géographique, le terme s'écrit avec une majuscule » (Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 26 juin 1997, *Reno c/ ACLU*, opinion du juge Lebedeff (cité par J. A. GRAHAM, *op. cit.*)). Mais, si l'internet est un lieu, ce n'est qu'un lieu à l'échelle cosmologique et non à l'échelle planétaire, ce lieu étant la Terre ; ce n'est qu' « un endroit qui est un non-endroit » (D. JOHNSON, D. G. POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review* 1997, p. 1367), de telle sorte que « la question "où ?"

Tous les espaces trans- ou para-nationaux connus sont consacrés et encadrés juridiquement par des conventions internationales[1]. Le cyberespace paraît faire exception, alors pourtant qu'il est bien plus que la haute mer, l'espace extra-atmosphérique ou l'Antarctique un espace dans lequel nombre d'humains exercent des activités — à moins que ceci explique cela. Il n'en demeure pas moins que le cyberespace semble bel et bien satisfaire à la définition de l'espace international comme « lieu de compétences concurrentes, allergique à la souveraineté, qui est une compétence exclusive, de même qu'à l'appropriation privée »[2].

Par conséquent, il serait inévitable d'attendre ou de plaider pour une déterritorialisation du droit d'origine publique applicable aux technologies et aux activités internetiques, ce qui ne saurait aller sans renouvellement des sources du droit, au moins sous l'angle quantitatif mais aussi peut-être sous l'angle qualitatif.

III. ***La déterritorialisation du droit d'origine publique comme besoin impérieux en présence d'un objet aterritorial.*** **–** Comme le souligne le Conseil d'État, « alors que les précédentes innovations technologiques avaient suscité la création d'organisations intergouvernementales spécialisées, la gouvernance d'internet se distingue par l'absence d'autorité centrale et par le rôle joué par plusieurs

---

n'a plus aucun sens » (J. A. GRAHAM, *op. cit.*). Jacques Attali a pu parler de « septième continent » ; ce ne peut être qu'un trans-continent ou, plus sûrement, un milieu supplémentaire, avec la terre, l'air, l'éther et l'eau, qui imprègne le territoire terrestre dans son entier. Et le Sénat espagnol de reconnaître, dans une déclaration en date du 10 décembre 1999, de façon très lucide, dans sa « Magna Charta des droits du Réseau », que les communications par internet se déroulent dans un « espace libre de rencontre et d'échange, sans frontières ni limites, ouvert et universel » (cité par J. A. GRAHAM, *op. cit.*).

[1] Il en va ainsi de la haute mer, régie par les conventions de Genève du 29 avril 1958 et de Montego Bay du 10 décembre 1982, ainsi que de l'espace aérien surplombant la haute mer, lui aussi réglementé par les conventions sur le droit de la mer. De même, un statut international précis s'applique à l'Antarctique, en vertu de la convention du 1er décembre 1958, et à l'espace extra-atmosphérique, du fait du traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de cet espace.

[2] P. LA PRADELLE, « Notions de territoire et d'espace », *RCADI* 1977, p. 427 (cité par J. A. GRAHAM, *op. cit.*).

instances de droit privé, agissant notamment par la voie du droit souple […]. Dans ce modèle qualifié de "multiacteurs", les États ne sont que des parties prenantes parmi d'autres »[1]. Or il ne faudrait pas seulement espérer un droit mondial de la communication par internet — lequel existe déjà largement — mais aussi aspirer à un droit mondial d'origine publique de la communication par internet, qui reste, lui, à construire pour une grande part. Et ce droit d'essence publique externe serait d'autant plus indispensable que, avec l'internet, un État n'est plus entouré d'États frontaliers avec lesquels il entretient des relations particulières différentes de celles qu'il entretient avec les États plus lointains ; dès que les activités sont transportées dans le cyberespace, tous les États du monde deviennent voisins, tandis que le droit ne peut plus être national du point de vue de ses effets.

De plus en plus d'auteurs relèvent la tendance à la territorialisation du droit de la communication par internet. Mais il faut distinguer réalité des textes normatifs adoptés et réalité des pratiques normatives effectives. Si nombre d'États interviennent incessamment et isolément afin de tenter de saisir les activités en ligne, cela ne retire rien au fait que le droit de la communication par internet devrait coïncider avec une déterritorialisation du droit allant au-delà d'une simple « harmonisation minimale »[2]. Idéalement, il faudrait que les communications par internet soient saisies par un « État mondial », idée difficile à accepter dès lors qu'on lie classiquement l'ordre juridique à des critères territoriaux[3], qu'on spécifie le droit à travers le « domaine de validité territorial de [ses] normes constitutives »[4], qu'on juge que le premier élément caractéristique de l'État serait les frontières qui le bornent et qu'il en résulterait une « corrélation étroite entre le territoire et le droit à travers l'État : pas d'État

[1] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 15.

[2] P. SIRINELLI, « Faut-il une harmonisation minimale du droit ? », in G. CHATILLON, dir., *op. cit.*, p. 177 s. ; également, B. AUDIT, « Propos introductifs – Droit international de l'internet », *RLDI* 2010, n° 63, p. 90 s.

[3] X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 106.

[4] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 305.

sans territoire et pas de droit sans État »[1]. Pourtant, peut-être l'internet indique-t-il que le moment serait venu de « remettre en question la liaison monolithique entre ordre juridique et territoire »[2].

La dimension planétaire du réseau met en lumière les limites et inconvénients de la division du monde en États souverains et indépendants. Le domaine de validité d'un ordre juridique coïncide avec ses frontières et c'est là que le bât blesse. Il faudrait parvenir à se départir de cette « conception naturaliste très enracinée du territoire comme espace vital, propriété naturelle et nécessaire, exclusive et permanente d'un vivant […] ou groupe de vivants »[3]. Et les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove de souhaiter un territoire « variable au gré des fonctions qu'on en attend »[4].

Les activités globalisées réduisent à néant les distances et effacent les frontières[5]. On peut dès lors estimer que « l'État n'est pas l'avenir »[6]. Seulement n'est-il guère assuré que le droit d'origine internationale puisse être cet avenir ; en ce sens, il est significatif que des représentants de Google ont pu indiquer à une mission parlementaire, en 2011, que la multinationale étatsunienne a

---

[1] J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *op. cit.*, p. 17.

[2] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement », in *Mélanges François Rigaux*, Bruylant (Bruxelles), 1993, p. 388.

[3] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 131.

[4] *Ibid.* Ces auteurs expliquent qu'en marge de l'espace envisagé par Euclide, Newton et Kant comme une « coordonnée absolue », l'espace « relatif » d'Einstein, Leibniz et Lao Tseu — « hétérogène, multidimensionnel, enchevêtré et même non borné » — prendrait de l'importance (*ibid.*). Or, remarquent-ils, le fait nouveau est que « cette relativisation de l'espace gagne aujourd'hui le champ juridico-politique, hier encore bastion inébranlable des territoires stabilisés » (*ibid.*).

[5] T. R. FENOUHLET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 9.

[6] J. VERHOEVEN, « l'État et l'ordre juridique international », *RGDI publ.* 1978, p. 773. L'auteur en tire la conclusion que « l'enjeu contemporain n'est pas de restaurer ou de redéfinir l'État mais de découvrir par-delà l'État des formes nouvelles d'organisation interne et internationale adaptées aux dimensions et aux données de la vie contemporaine » (*ibid.*).

« développé sa propre politique juridique à défaut de règles internationales »[1]. Reste que, dans l'idéal et *a priori*, ce sont bel et bien les sources internationales qui devraient élaborer principalement les normes constitutives du droit de la communication par internet et, donc, qui devraient se trouver au cœur du renouvellement des sources du droit.

Si elle est idéaliste et irréaliste, la réponse ultime et parfaite des sources internationales face aux activités et aux technologies internetiques consisterait à mettre en œuvre des régimes juridiques unifiés à l'échelle planétaire[2], cela déjà pour des raisons techniques[3]. Cependant, une large part de l'internationalisation

[1] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 183.

[2] Les derniers rapports établis à l'attention des gouvernements étatiques ne peuvent que constater combien « l'internet brouille les frontières et les territoires » (N. CHICHE, *op. cit.*, p. 40), ce qui, l'État reposant en particulier sur un territoire délimité par des frontières, ne peut que contribuer à affaiblir l'État et, avec lui, le droit d'origine publique. Pour se maintenir au rang qui doit être le sien, ce dernier ne pourrait que migrer en direction des sources internationales. Aussi est-ce fort logiquement que ces rapports concluent que le droit de la communication par internet devrait être le fruit d'une « gouvernance internationale » (*ibid.*). Et la loi de disposer, de manière d'ailleurs fort peu normative, que « le développement de l'informatique doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale » (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, *Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, art. 1er).

[3] Les caractéristiques propres de l'internet et du web commandent aux ordres juridiques étatiques de s'effacer partiellement, peut-être même entièrement, et de laisser la place à une instance régulatrice unique et mondiale. Ces caractéristiques particulières sont fondamentalement d'ordre technique : le fonctionnement du réseau de réseaux repose sur des flux d'informations d'un point à un autre qui supposent une uniformisation de la nomenclature, des codes utilisés pour guider cette information. Pour assurer cette uniformisation, il est par hypothèse impossible de s'en remettre aux initiatives unilatérales et dispersées des États et le recours à une institution à compétence mondiale apparaît nécessaire ; comme il est plus qu'utile de posséder un code de la route unique et non des codes parfaitement dissemblables en fonction des régions et des pays, ou alors l'automobiliste français qui franchirait la frontière allemande, italienne ou espagnole aurait tôt fait de provoquer un accident — d'ailleurs ne parle-t-on pas des « autoroutes de l'information » ? Il faut qu'un seul corpus normatif, cohérent, précis et complet, s'applique à ces autoroutes et aux données qui y circulent. Si plusieurs régulateurs publics interviennent concurremment pour définir les voies autorisées et les sens uniques, pour positionner les panneaux de signalisation et les péages, pour édicter les règles de priorité etc., le droit applicable à l'internet ne peut présenter qu'un visage très insatisfaisant, à tel point que les « automobilistes » du cyberespace préfèreront logiquement recourir à l'autorégulation et subroger leur propres normes aux normes d'origine publique (par exemple, R. CANET, A. VEILLEUX, *op. cit.*). La problématique de l'attribution des noms de domaine

du droit de la communication par internet est dépendante de choix politiques et, dans ce cas, il est fréquent que cette internationalisation soit freinée plutôt qu'accélérée[1]. Des pesanteurs politiques rendent précaire toute tentative d'externalisation du droit. Il ne serait que possible de regretter que « le développement d'un réseau universel de communication n'a pas été accompagné d'une forme équivalente d'organisation de l'humanité »[2]. Pour beaucoup, l'internet serait un bien commun de l'humanité, ce qui justifierait une gouvernance globale[3]. On estime qu' « il en va de l'intérêt général mondial »[4] ; mais le problème est justement qu'il est délicat de s'accorder à l'échelle planétaire sur ce qu'est cet intérêt général mondial afin de conduire une politique unitaire en sa faveur[5]. Les sources privées peuvent alors prospérer en réaction aux carences des sources publiques.

---

constitue une excellente illustration. Il est tout simplement impossible et donc impensable que les États exercent des compétences concurrentes en la matière, pour la simple raison qu'un même nom ne peut matériellement être attribué qu'une seule fois (N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet », *op. cit.*, p. 119). Il n'est pas envisageable de faire l'économie d'un système centralisé dans lequel une institution unique possède une compétence mondiale. Et il n'est alors pas question de choix politique mais de nécessité technique.

[1] À tel point que d'aucuns n'envisagent guère qu'un droit mondial d'origine publique soit possible ; seul un droit mondial d'origine privée serait concevable, par exemple par le truchement de conditions générales d'utilisation précisant que « nous nous efforçons de créer une communauté sans frontières avec des standards cohérents pour tous » et prévoyant que « les clauses ci-après s'appliquent aux utilisateurs et aux non utilisateurs qui interagissent avec Facebook en dehors des États-Unis » (« Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 17). Par exemple, B. DU MARAIS, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », in G. CHATILLON, dir., *op. cit.*, p. 295. L'auteur estime que « l'autorégulation permet une bonne adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau » (*ibid.*).

[2] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 363.

[3] L'internet a notamment été qualifié de « ressource publique mondiale » par le Sommet mondial sur la société de l'information et de « bien public mondial » par le Parlement européen.

[4] S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 154.

[5] Sur ce problème, en particulier, K.-G. GIESEN, *L'éthique de l'espace politique mondial*, Bruylant (Bruxelles), 1997. On dit du FMI qu'il est une « institution chargée de la fonction d'intérêt général d'assurer la stabilité du système financier international » (G. BURDEAU, « Le FMI et la surveillance de

Il importe cependant de souligner combien la question de l'internationalisation des sources du droit déborde le cadre du droit de la communication par internet, lequel n'en est pas moins très significatif en la matière. C'est dans de nombreux domaines, de l'environnement à la finance, qu'on conçoit que les règles devraient être élaborées au terme d'un renouvellement de leurs sources permettant une universalisation du droit. C'est très au-delà de l'espace de l'internet que s'opère la déterritorialisation des problèmes et des solutions[1], que « des problèmes de caractère global […] dépassent l'État [qui] ne peut y faire face de manière adéquate en agissant isolément, *uti singulus* »[2]. Ce n'est évidemment pas qu'aux seuls internautes que profiteraient la « fin des stratégies territoriales »[3], un droit-monde et un État-monde, un droit commun et un État commun[4].

---

l'espace monétaire et financier mondial », in É. LOQUIN, dir., *op. cit.*, p. 261 (cité par J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 176)) et de l'OMPI qu'elle « se propose de développer une sorte de service public mondial d'information scientifique et technique » (M. BARRÉ, « L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle », in É. LOQUIN, dir., *op. cit.*, p. 277 (cité par J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 177)), mais il y a fort à parier que dans de nombreuses régions du monde cette opinion n'est guère partagée. Toutefois, il faudrait aspirer à une régulation mondiale de l'internet allant dans le sens de l'intérêt général, même si l'identification des tenants et des aboutissants de ce dernier doit se limiter à la portion congrue.

[1] En ce sens, J. FERRY, M. QUEMENER, *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, Economica, 2007.

[2] G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, p. 96 (cité par L. BAL, *op. cit.*, p. 345). Déjà Friedrich Hayek soulignait que « la paix universelle dans la société monde ne peut advenir que si les règles sont universalisées, si elles sont étendues aux relations entre tous les individus » (F. A. HAYEK, *op. cit.*, p. 174).

[3] K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 610. L'auteur constate qu'il existe désormais une « disjonction évidente entre l'organisation politique du territoire et la géographie économique, politique et sociale contemporaine remettant en cause la validité conceptuelle du territoire » (*ibid.*, p. 624).

[4] Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, coll. Librairie du XXI^e^ siècle, 1994 ; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Seuil essais, 1998. Aussi une doctrine dite « de l'internationalisme » (*cf.* M.-G. KOHEN, « Internationalisme et mondialisation », in Ch.-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 107 s.), qui plaide pour une évolution « de la coexistence vers la gouvernance mondiale » (réf. à M.-C. SMOUTS, « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », in M.-C. SMOUTS, dir., *Les nouvelles relations internationales – Pratiques et théories*, Presses de Sciences po, coll. Références, 1998, p. 135 s.) et « de l'État-nation vers le post-

Reste que, aujourd'hui, le droit international est semblable aux « montres molles de Salvador Dali »[1]. Si ce droit pouvait être associé à un objet plus droit et rigide, la situation serait peut-être autrement convenable, à plus forte raison en matière de normes applicables à l'évanescent cyberespace. Avec la globalisation, toute la technologie moderne du droit international public a été sollicitée et peut-être la gestion des nombreux problèmes mondiaux et transfrontières au cours des dernières années a-t-elle joué un rôle cardinal dans le développement de ce droit. Ce dernier n'en demeure pas moins trop fébrile, imparfait et incomplet. Le droit mondial réel est très différent du droit mondial rêvé[2] et le risque est bien celui de voir les rivalités et tensions entre États conduire à une « balkanisation de l'internet au détriment de son universalité et de ses expressions transfrontières »[3]. Ce sont là des questions qui, loin d'être anecdotiques, comptent parmi les plus décisives au XXI^{e} s., ce siècle étant celui au cours duquel les données

---

nationalisme » (réf. à A. DIECKHOFF, Ch. JAFFRELOT, « De l'État-nation au post-nationalisme ? », in M.-C. SMOUTS, dir., *loc. cit.*, p. 59 s.) dans lequel l'État n'est plus souverain mais dispose seulement d'une capacité (B. BADIE, « De la souveraineté à la capacité de l'État », in M.-C. SMOUTS, dir., *loc. cit.*, p. 35 s.) et où le législateur national se borne à jouer un rôle de scribe ou de traducteur, se développe-t-elle. Certains ont remplacé dans leurs vocabulaires « relations internationales » par « politique internationale », signifiant par là que « le jeu du pouvoir et l'exercice de l'autorité ne se définissent plus à l'intérieur de frontières nationales et [que] la division traditionnelle entre États et acteurs non étatiques n'a plus de pertinence » (M.-C. SMOUTS, *loc. cit.*, p. 135). Mais, encore une fois, ces nouveaux modes de pensée ne sauraient aller automatiquement de pair avec une internationalisation du droit positif. Il semble que, dans un futur proche et même dans un futur plus lointain, le droit sera toujours marqué par le « cloisonnement institutionnel résultant de la discontinuité des ordres juridiques » (B. ANCEL, *op. cit.*, p. 496) et non par quelque fusion des ordres juridiques.

[1] M.-C. SMOUTS, *loc. cit.*, p. 135.

[2] Le « droit mondial idéal » est décrit comme « un droit qui incorporerait des valeurs universelles, créé par l'ensemble des acteurs de l'espace monde, applicable à tous ces acteurs, et effectivement appliqué dans le monde entier » (N. STERN, « La mondialisation du droit », *Projet* 2000, n° 262).

[3] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 38.

personnelles deviennent le nouveau pétrole et où contrôler l'internet revient à contrôler le monde[1].

Il convient, à présent, d'observer comment quelques instances interétatiques ont néanmoins tenté et tentent d'établir un droit de la communication par internet d'origine internationale. Cela ne saurait toutefois autoriser à conclure à un renouvellement des sources internationales du droit. À cette échelle, ce renouvellement, sans être nul, apparaît très maigre.

B. Le caractère élémentaire des moyens d'un droit de la communication par internet d'essence internationale

Tandis que l'objectif d'*harmonisation* des législations nationales se présente tel un modeste pis-aller de construction internationale du droit de la communication par internet, loin de permettre un véritable renouvellement des sources inter-étatiques (1), les *conventions internationales* sont une source beaucoup trop rare et imparfaite de ce droit (2). Aussi le « droit de demain » paraît-il voué à ne pouvoir s'appuyer que modestement sur des sources internationales de normes.

1. L'harmonisation interétatique : un pis-aller de construction internationale du droit de la communication par internet

La construction d'un droit plus ou moins homogène de la communication par internet à l'échelle supra-étatique pourrait tout d'abord se faire tacitement à travers l'harmonisation des systèmes juridiques et des législations nationales, c'est-à-dire à travers la « mise en compatibilité des différences autour de

[1] À tel point qu'il est tentant de lier très intimement « gouvernance de l'internet » et « gouvernance mondiale », tant sous l'angle de l'objet saisi que sous l'angle des finalités poursuivies (D. FAYON, *Géopolitique d'Internet – Qui gouverne le monde ?*, Economica, 2013).

principes communs »[1], à travers une forme d'*interopérabilité juridique*. Il y a ainsi, en résumé, harmonisation lorsque *des droits formellement différents sont matériellement similaires* (I). Souvent, l'harmonisation est le résultat de la mise en concurrence des droits nationaux que favorisent grandement les nouvelles technologies de l'information et de la communication (II). Il serait néanmoins utopique d'imaginer possible un alignement des droits autre que ponctuel et partiel et l'harmonisation ne modifie en rien l'ordre des sources du droit (III). Du point de vue du droit international, elle n'implique guère de renouvellement des sources du droit et doit donc être dépassée, d'autant plus qu'elle est souvent le résultat d'une course juridique vers le bas en raison du « *law shopping* » auquel peuvent se livrer les acteurs du cyberespace.

I. ***Le sens de l'harmonisation : des droits formellement différents mais matériellement ressemblants.*** **–** À l'heure actuelle, c'est avec l'harmonisation[2], avec la convergence spontanée des droits ou « convergence régulatoire »[3], avec le « transgouvernementalisme »[4], qu'essentiellement le « droit commun »[5] se bâtit, par « ajustements successifs »[6]. Aussi plaide-t-on en faveur des « textes d'harmonisation donn[ant] un certain nombre d'objectifs à atteindre avec une obligation de résultat raisonnable laissant à chacun le choix des moyens »[7]. Mais l'harmonisation est surtout le fruit de phénomènes d'imitation — par exemple avec le « dialogue des juges »[8] —, lesquels sont qualifiés de « moteur de

[1] M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *op. cit.*, p. 45.

[2] Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 136.

[3] K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 735.

[4] *Ibid.*, p. 733.

[5] En ce sens, M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.* ; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, *op. cit.*

[6] M.-C. PONTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20.

[7] S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 153.

[8] G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Éloge de la bénévolence des juges », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 799 s. Des auteurs décrivent le « commerce des juges » à

l'unification culturelle et donc juridique »[1] et induisent la « perméabilisation des systèmes juridiques »[2] et le développement des systèmes de droit mixtes. Cette voie, cependant, ne peut qu'apparaître peu satisfaisante par rapport à la mise en place d'institutions *ad hoc* interétatiques produisant des normes explicites sources d'une uniformisation du droit plus que d'une harmonisation des droits[3].

L'harmonisation peut être considérée tel un pis-aller de droit mondial[4], l'obligation de proximité remplaçant celle d'identité[5]. Ce pis-aller peut néanmoins présenter quelque utilité tant que, à l'échelle mondiale, l'unification reste exceptionnelle[6]. Dans le domaine des activités internetiques, une « harmonisation minimale du droit »[7] est évidemment souhaitable ; et elle est

---

l'œuvre dans de nombreuses branches du droit (J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2005).

[1] J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 105.

[2] J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 116.

[3] *Cf.* A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in A. JEAMMAUD et *alii*, *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant (Bruxelles), 1998, p. 35 s. Sont également distinguées l'unification (des règles identiques appartenant à un droit unique) et l'uniformisation (des règles identiques incorporées à des droits nationaux qui restent distincts).

[4] Cela même lorsqu'elle repose sur le travail d'organismes tels que l'Unidroit en droit privé. L'Unidroit (Institut international pour l'unification du droit privé) est une organisation internationale intergouvernementale créée en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des nations, reconstituée en 1940 en vertu d'un accord multilatéral. Sa vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner les droits d'États ou de groupes d'États et de préparer graduellement l'adoption par les divers États de règles uniformes de droit privé.

[5] M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *op. cit.*, p. 45.

[6] Peut-être, l'unification supposant une intégration normative et/ou judiciaire, nombre de gouvernements étatiques ne peuvent-ils qu'y être *a priori* hostiles. Aussi écrit-on que « c'est certainement dans l'entre deux, entre l'impossible isolement et l'impossible intégration, qu'il faut situer le mouvement d'harmonisation » (M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951). Le « droit mondialisé » est ainsi défini parfois en tant que droit qui résulte d'un « rapprochement des législations » (É. LOQUIN, *op. cit.*, p. 96) plus que d'une édiction réellement au niveau mondial des règles.

[7] Réf. à P. SIRINELLI, « Faut-il une harmonisation minimale du droit ? », *op. cit.*, p. 177 s.

possible puisque, presque naturellement, « Internet favorise le rapprochement des systèmes juridiques »[1]. Le droit devient alors international non formellement mais matériellement, parce que les mêmes devoir-être se retrouvent dans de nombreux pays bien qu'ils n'aient pas été produits par les mêmes organes[2]. En définitive, avec l'harmonisation, le droit international ne demeure toujours qu'un « droit de coordination »[3].

---

[1] P. TÜRK, *op. cit.*, p. 1489. L'auteur explique notamment que, « en portant certaines valeurs propres à la Communauté mondiale des internautes, soumise à de nouveaux modes de gouvernance et à des règles communes, le Réseau contribue à la globalisation du droit constitutionnel » (*ibid.*).

[2] C.-A. MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation », in É. LOQUIN, dir., *op. cit.*, p. 17. Dès lors, la dichotomie classique entre droit interne et droit international doit être relativisée puisque du droit matériellement international peut être établi de manière formellement nationale. Et ce sont les comparatistes qui doivent jouer le rôle central, eux qui croyaient déjà au début du XX^{e} s. que le droit comparé deviendrait l' « instrument de progrès le plus sûr et le plus fécond », en somme le « droit commun de l'humanité civilisée » et par suite le « droit subsidiaire qui, par-delà les droits locaux, réalisera l'union des principes » (R. SALEILLES, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 80 (cité par R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 404)). En tout cas, « à mesure que la mondialisation s'étend, le droit comparé devient de plus en plus nécessaire » (M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *op. cit.*, p. 43) et on envisage qu'il serait temps pour lui de connaître un nouvel âge glorieux (L. GAY, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, dir., *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant (Bruxelles), 2012, p. 107 s.).

[3] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 135. La différence entre l'harmonisation et l'unification est notamment qu'une « marge nationale d'appréciation » est réservée aux États dans un cas et non dans l'autre (M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », *op. cit.*, p. 72 (« alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les États sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, l'harmonisation implique un affaiblissement de la hiérarchie, imposant seulement un rapprochement autour de principes communs, qui ménage une sorte de droit à la différence, chaque État gardant une marge pour mettre en œuvre ces principes, à condition que la proximité soit suffisante pour être jugée compatible. La détermination d'un seuil de compatibilité est donc le corollaire de l'apparition d'une marge nationale d'appréciation »)). Avec l'harmonisation, il n'existe qu'un maigre ensemble de « règles communes minimales » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 134), si maigre qu'il n'est pas permis d'identifier un corpus normatif supérieur s'imposant aux États. Néanmoins, à la différence des entrecroisements qui se limitent à des coordinations horizontales entre différents ensembles juridiques, spécialement par le biais du principe de reconnaissance mutuelle, l'harmonisation peut déjà instaurer une relation de type vertical, impliquant une hiérarchie entre

Ensuite, il convient de rechercher et d'expliquer les motivations de l'harmonisation, soit, en l'occurrence, le fait que les droits nationaux se trouvent mis en concurrence sur le grand « marché du droit ». Ce phénomène appelle un renouvellement des sources interétatiques du droit qui n'advient guère, de telle sorte que l'harmonisation prend (imparfaitement) le relai.

II. ***La cause de l'harmonisation : une mise en concurrence des droits étatiques.*** **–** Le rapprochement des législations nationales, si ce n'est leur alignement, n'est pas la conséquence d'une orchestration opérée par une quelconque autorité mondiale mais est très souvent le résultat de la mise en concurrence des ordres juridiques étatiques, spécialement en matière économique où les opérateurs, déterritorialisés, choisissent de s'établir dans le pays où ils trouvent le plus d'avantages et le moins de contraintes, fiscales en particulier. L'enjeu est donc de présenter le corpus normatif le plus « performant » et, à l'instar des sociétés commerciales qui peuvent procéder à des ententes afin de maintenir des prix élevés, les États peuvent accorder leurs politiques, sans le dire et peut-être même parfois sans s'en rendre compte[1]. C'est là le problème dit du « *dumping juridique* »[2], qui oblige les États à recourir à des techniques de « *marketing* juridique »[3]. Cette situation n'est *a priori* guère satisfaisante car difficilement compatible avec le maintien de standards élevés en termes de

---

le haut (le niveau mondial ou régional) et le bas (le niveau national). Mais cette hiérarchie n'est pas univoque et la primauté du droit international peut s'inverser au profit du droit interne : c'est là la raison d'être de principes tels que la subsidiarité en droit de l'Union européenne ou la complémentarité dans le statut de Rome sur la Cour pénale internationale, qui incitent à chercher d'abord la solution en droit interne (M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951).

[1] Un observateur relève en ce sens que « le droit des États est soumis à une comparaison permanente avec les autres systèmes juridiques, les lois étant en elles-mêmes, en tant qu'éléments du marché, des instruments concurrentiels ou anticoncurrentiels » (A. MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », in É. LOQUIN, dir., *op. cit.*, p. 180).

[2] J.-M. SOREL, « Les États face aux marchés financiers », in *Mélanges Philippe Kahn*, *op. cit.*, p. 307.

[3] M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951.

protection de l'intérêt général et des droits et libertés individuels, surtout si elle conduit à une quête du moins-disant juridique, si bien qu'il faudrait tout mettre en œuvre afin de perfectionner les sources internationales du droit et limiter le besoin d'harmonisation des droits nationaux[1].

En outre, l'harmonisation peut aussi être induite par des considérations plus simplement pratiques et techniques, comme en témoigne la mise en réseau des autorités de régulation nationales, ce qui est une façon de rapprocher le régulateur du secteur régulé puisqu'est en cause une industrie de réseaux fonctionnant elle-même en réseau. L'adéquation entre auteur de la norme et objet de la norme trouve alors comme gage le « reflet entre la structure technique du secteur et la structure institutionnelle de la régulation : les autorités s'insèrent dans des réseaux internationaux pour exercer une régulation efficace sur des secteurs d'industries internationalisées de réseaux »[2].

Ensuite, le problème de l'harmonisation, qui est une tendance ancienne et importante en droit de la communication par internet, est qu'elle repose sur l'incitation, non sur la contrainte[3], et qu'elle peut difficilement permettre l'établissement d'un droit réellement mondial et complet. Ainsi n'est-il que possible de dresser le constat d'une internationalisation du droit par l'harmonisation très imparfaite. Et l'harmonisation du droit en elle-même s'avère inaboutie.

III. ***L'état de l'harmonisation : un processus inachevé et fragmentaire.*** **–** Décrite comme le « pari d'une mondialisation douce qui, sans annoncer le fin des systèmes de droit nationaux, n'exclurait pas pour autant la recherche d'un ordre,

[1] La concurrence entre États n'est guère différente de celle qui existe entre entreprises commerciales ; il faut proposer l'offre permettant de satisfaire au mieux la demande et ainsi faire pencher en sa faveur la balance commerciale. Et le mimétisme pousserait les États à se rallier au modèle juridique des pays dominants, en particulier celui du monde anglo-saxon qui serait, dans le domaine économique, plus efficace (et donc plus attractif) que les droits d'essence romano-germanique. Ce point de vue a été conforté par le rapport « Doing Business » de la Banque mondiale, publié en 2004, qui a fait beaucoup de bruit tout particulièrement en France.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610.

[3] J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? », *op. cit.*, p. 99.

mais substituerait le pluralisme à l'impérialisme et l'esprit de concorde à l'esprit de conquête »[1], l'harmonisation est une perspective qui ne saurait satisfaire et qui ne devrait être que temporaire, servant de transition entre le cloisonnement des droits et l'internationalisation du droit[2]. Selon le Professeur Mireille Delmas-Marty, « l'harmonisation (le processus) ne pourra garantir l'harmonie des formes juridiques qui prennent naissance en elle (le résultat, donc la formation d'un ordre) qu'à travers des conditions institutionnelles (existence d'un contrôle) et formelles (rigueur et prévisibilité du raisonnement) qui sont rarement réunies. Il y a donc quelque chose d'inachevé dans ce processus limité au rapprochement de systèmes juridiques qui restent différents »[3]. Il est douteux que les États soient plus enclins à se rapprocher à travers l'harmonisation qu'à accorder leurs positions dans le cadre de traités, les problématiques à résoudre étant dans un cas et dans l'autre relativement identiques, tandis que les moyens, s'ils diffèrent, se ressemblent en ce qu'ils supposent de trouver, plus ou moins explicitement, des accords politiques[4].

---

[1] S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 150.

[2] Comme l'explique le Professeur Mireille Delmas-Marty — qui fait de l'internet le premier facteur de la compétition entre systèmes juridiques —, « en raison de sa complexité même, l'harmonisation est plus difficile juridiquement à mettre en œuvre que l'unification parce qu'elle suppose plus de transparence dans la motivation et plus de rigueur dans la détermination des critères de proximité et dans la fixation du seuil de compatibilité » (M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *op. cit.*, p. 45), même si elle présente les avantages de la souplesse, en conservant un droit à la différence nationale, et de la progressivité (S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 150).

[3] M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951.

[4] L'harmonisation implique que les États, à travers une volonté politique commune, opèrent un rapprochement de leurs systèmes juridiques sur les questions relatives au cyberespace ; et le premier stade serait de s'accorder sur un socle minimal de valeurs à vocation universelle dont ils se chargeraient d'assurer l'application effective. L'exemple de la régulation de la liberté d'expression est sur ce point significatif, les divergences entre conceptions nationales n'étant pas moins un frein à l'harmonisation qu'à l'unification. L'une comme l'autre supposent une « acculturation juridique », éventuellement une « américanisation du droit », que les juristes des différents pays et des différentes cultures juridiques ne

Si le niveau d'harmonisation interétatique des droits n'est toutefois pas nul, le point de vue international semble être le plus pertinent[1]. Ainsi le vecteur prioritaire de la coordination des systèmes juridiques devrait-il être la convention internationale, par laquelle les États signataires adoptent explicitement et en un instant des règles et même des institutions communes. La voie des traités internationaux serait donc à privilégier dans l'optique de l'édification d'un droit mondial[2]. Si le droit des traités est fragile et très imparfait[3], cela n'empêche pas le Conseil d'État d'espérer l'élaboration prochaine d'une « convention internationale relative aux principes de la gouvernance d'internet [qui] devrait notamment énoncer les principes que s'imposeraient les signataires »[4].

Reste que le droit d'origine internationale de la communication par internet se résume trop souvent, pour l'heure, à des dispositions proclamatoires très peu normatives[5]. L'internet et le cyberespace paraissent exiger un renouvellement des sources internationales du droit ; mais ce renouvellement semble devoir être qualifié d' « utopique », d' « irréaliste ». En résumé, les pouvoirs publics

---

peuvent pas être prêts à accueillir favorablement. Ne serait-ce que transcender la division droit romano-germanique/*common law* n'est pas une mince affaire. Il faudra peut-être attendre longtemps pour que les gouvernants deviennent les « champions du droit comparé » (O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RID comp.* 2001, p. 275 (cité par J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 345)). Également, M.-C. PONTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) – Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RID comp.* 2005, p. 7 s. ; M.-C. PONTHOREAU, « Débats méthodologiques récents – Droit comparé et théorie juridique », in J. DU BOIS DE GAUDUSSON, dir., *Le devenir du droit comparé en France*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 51 s.

[1] Par exemple, P. JACOB, « La gouvernance de l'Internet du point de vue du droit international public », *Annuaire français de droit international* 2010, p. 543 s.

[2] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2391.

[3] Le droit des traités est principalement établi par la convention de Vienne du 23 mai 1969, à laquelle la France n'est pas partie mais dont elle respecte les stipulations qui se limitent à transcrire la coutume internationale ou à énoncer des principes généraux de droit international.

[4] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 31.

[5] En témoigne la déclaration adoptée le 24 avril 2014 par les participants à la conférence « NetMundial » de Sao Paulo, selon laquelle « les personnes doivent jouir des mêmes droits fondamentaux lorsqu'elles ne sont pas connectées et lorsqu'elles sont en ligne ».

constatent souvent que le droit d'origine internationale est indispensable[1] mais ils élaborent rarement un tel droit d'origine internationale. À l'aube du XXI^e^ s., le droit international pose plus de questions qu'il n'apporte de réponses[2]. Tant en quantité qu'en qualité, les textes internationaux relatifs à l'internet et aux activités internetiques présentent des manques importants.

2. Les négociations et accords interétatiques : une imparfaite construction internationale du droit de la communication par internet

Au cours des dernières années, différentes organisations internationales ont œuvré dans le sens de la consécration de normes interétatiques, ce qui est peut-être heureux mais est aussi à l'origine d'une concurrence des autorités moins satisfaisante et qui pousse à en appeler à une organisation internationale *ad hoc* chargée de la « gouvernance de l'internet » ou, si cela est impossible, à l'affirmation d'un *principe de spécialité* grâce auquel chaque institution serait

[1] Par exemple, la déclaration commune du 19 janvier 2011 de la mission parlementaire française « Les droits de l'individu dans la révolution numérique » et de la commission d'enquête du Bundestag allemand sur « Internet et la société numérique », souligne fortement que « l'élaboration d'instruments internationaux, allant au-delà du cadre européen, s'impose afin de permettre de mieux faire respecter la protection des droits de la personne ».

[2] En ce sens, Y. SANDOZ, dir., *Quel droit international pour le XXI^e^ siècle ?*, Bruylant (Bruxelles), 2007 ; R. MEHDI, « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, 2005, Bruylant (Bruxelles), p. 7 s. Simplement peut-on s'accorder sur le fait que « la solution, c'est le droit international, et un droit international véritablement mondial » (N. STERN, *op. cit.*), car, sans cela, « l'Internet, du fait de sa nature ou dimension internationale, aboutirait, à la longue, à priver le droit de la communication et des médias de toute portée et de toute réalité » (E. DERIEUX, « La régulation internationale de l'internet – Régime de responsabilité et droit d'auteur », [en ligne] <diplomatie.gouv.fr>).

chargée du pan du droit de la communication par internet correspondant à ses compétences[1].

Reste que, de fait, tandis que l'Union internationale des télécommunications n'est à l'origine que d'une part minimale du droit du contenant de la communication par internet (I), seules de rares normes ont émané des Sommets mondiaux sur la société de l'information (II) et autres initiatives d'ampleur internationale (III). Les efforts des organisations interétatiques se concentrent sur les questions du commerce électronique, du traitement des données à caractère personnel et de la protection du droit d'auteur et des droits voisins, mais ils ne contribuent pas à la construction du droit de la communication par internet autant que cela est espéré[2]. Et, pour ce qui est de l'aspect qualitatif, les négociations internationales n'ont guère amené à la création d'institutions ni de procédés normatifs originaux.

I. ***L'Union internationale des télécommunications : des travaux internationaux contribuant au seul droit du contenant.*** **–** Le rôle joué par l'Union internationale des télécommunications (UIT) à l'égard du droit de la communication par

[1] Le forum tripartite IBSA, qui réunit l'Inde, le Brésil et l'Afrique du Sud, a proposé la création d'un « Comité des Nations Unies pour les politiques relatives à l'internet », qui aurait eu en charge le contrôle du fonctionnement opérationnel de l'outil internet puisque son mandat aurait inclus « la coordination et la supervision des structures responsables du fonctionnement technique et opérationnel d'Internet » (cité par N. CHICHE, *op. cit.*, p. 34). Mais cette intention n'a guère été concrétisée et il est difficile d'imaginer comment il aurait pu en aller autrement.

[2] Les États doivent internationaliser l'espace virtuel également au nom du principe de bonne foi basé sur l'adage *sic uteri tuo ut alienum non laedas* (J. A. GRAHAM, *op. cit.*). En effet, la situation de l'internet n'est pas sans rappeler celle du *voisinage d'États* et, plus spécialement, celle des lacs et des cours d'eau : si un État modifie un cours d'eau, le volume et la qualité de l'eau du lac peuvent en être affectés, ce qui est éventuellement préjudiciable pour les autres États riverains (*ibid.*). De même, si un État décide d'intervenir dans l'espace virtuel, des conséquences peuvent en résulter pour d'autres. Il en est ainsi lorsque, par exemple, un gouvernement autorise ses services à protéger ses serveurs en envoyant des *applets* hostiles vers le serveur d'où provient une attaque et à détruire tout le disque dur. Or ce serveur peut appartenir à un État sans pour autant que celui-ci soit impliqué dans l'attaque. Tel est le cas notamment des universités dont les serveurs sont régulièrement utilisés de manière frauduleuse comme retransmetteurs pour acheminer des attaques.

internet est faible[1]. Institution spécialisée de l'Organisation des Nations unies, l'UIT, qui est chargée de coordonner en matière de communications électroniques les politiques nationales et l'action internationale[2], ne possède aucune compétence de principe. Elle a néanmoins cherché à jouer un rôle dans l'encadrement du développement du cyberespace[3]. Notamment, son organe de normalisation intervient en matière d'interconnexion des systèmes de communication et ses normes (des spécifications techniques) touchent de nombreux problèmes décisifs pour le fonctionnement de l'internet, depuis les plans de numérotation jusqu'à la commutation par paquets[4]. Et l'action de l'UIT

[1] On souligne ainsi que « la construction d'une gouvernance internationale reste purement prospective étant donné que la gouvernance du développement numérique ne se calque pas sur la gouvernance des télécommunications » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 195).

[2] L'UIT, qui est désormais une agence du système des Nations Unies, est l'héritière de l'Union internationale du télégraphe créée en 1865. En exceptant les premières commissions fluviales du Danube et du Rhin, l'UIT est traditionnellement considérée comme la première des organisations internationales. Ce fait est notable et peut conduire à considérer que l'outil d'une organisation internationale formée en droit a d'abord été associé à la création d'un droit propre répondant à la volonté de développer internationalement des réseaux de communication. Quand les premiers réseaux téléphoniques ont été créés, ils ne communiquaient pas entre eux. Physiquement, ils ne se rejoignaient pas et, techniquement, ils utilisaient des solutions incompatibles. Dès lors qu'ils se sont rejoints, est née l'Union internationale des télégraphes dans le but de permettre à ces réseaux de dialoguer. Aujourd'hui encore, le secteur de la normalisation des télécommunications de l'UIT assure l'élaboration de règles communes qui permettent le raccordement des différents réseaux qui constellent le monde.

[3] Avec près de 3 000 recommandations officielles actuellement en vigueur, élaborées par les représentants de 189 États, elle est une instance cadre en matière de télécommunications ; mais le droit des réseaux physiques de communications électroniques n'est pas ici inclus dans le droit du contenant de la communication par internet.

[4] Par exemple, la norme ASN.1 est un maillon essentiel du protocole simple de gestion de réseau, la norme X.500, dite « système de noms de domaine », est très utilisée à l'intérieur des réseaux IP sous forme d'identificateur d'objets, la norme H.261 est un algorithme de codage auquel les terminaux vidéos recourent fréquemment et la norme H.323, quant à elle, facilite la transmission de signaux vocaux, d'images et de données sur les réseaux informatiques. L'UIT est également présente en matière de sécurité des communications par internet : elle est l'auteur de l'une des normes les plus communes en la matière (la norme X.509, qui sert à sécuriser la connexion entre un navigateur et un site web ainsi qu'à obtenir des signatures électroniques en matière de commerce électronique) et elle a publié quelques

est primordiale quant à l'évolution des réseaux qu'elle normalise en grande partie. Sans l'UIT, la convergence entre les protocoles internet, le réseau téléphonique commuté, la ligne d'abonné numérique, la télévision par câble, les réseaux mobiles ou encore les réseaux locaux hertziens aurait été beaucoup plus lente et périlleuse ; mais, à l'échelle de l'ensemble du droit de la communication par internet, la place de l'Union n'est que marginale, *a fortiori* dès lors que le droit du contenant de la communication par internet est séparé du droit des réseaux de communications électroniques. Par ailleurs, il est remarquable que, de plus en plus à mesure que l'UIT se préoccupe des communications par internet, des acteurs privés tendent à l'intégrer et à la faire migrer vers la corégulation[1].

Lors de la Conférence mondiale des télécommunications internationales qui s'est tenue à Dubaï en décembre 2012 (« CMTI 12 »), les négociations entre 193 États et 800 entités du secteur privé portèrent, une nouvelle fois mais toujours sans succès, sur l'instauration d'un contrôle international de l'internet confié à l'UIT, ainsi que, tout à l'inverse, sur la reconnaissance du « droit souverain et

---

70 normes relatives aux attaques de réseaux, au déni de service, au vol d'identité, aux écoutes clandestines, à la télébiométrie d'authentification etc.

[1] L'UIT est régie par la Constitution de l'UIT et par la Convention de l'UIT, toutes deux entrées en vigueur le 1er juillet 1994, ainsi que par différents règlements. Le préambule de la Constitution indique les principes directeurs gouvernant le fonctionnement de l'institution et, notamment, reconnaît le droit souverain des États à réglementer leurs télécommunications. Il n'est donc pas lieu, dans ce cadre, de se passer des États qui restent compétents sur nombre de questions. Par ailleurs, participent à l'UIT deux catégories de membres. Tout d'abord, il y a les États, si bien qu'est effectivement en cause une source internationale comparable aux autres organisations et agences des Nations Unies. Ce qui distingue l'UIT au sein du système de l'ONU est la participation également de représentants d'entreprises du secteur privé des télécommunications (opérateurs, constructeurs etc.) telles que LG, Microsoft, Intel ou SFR. Leur nombre n'étant pas limité, ils étaient 314 en 2009 à l'intérieur du seul organe de normalisation de l'UIT. Cette Union, bien que toujours considérée comme une source publique de normes dès lors que les représentants du secteur privé participent aux discussions mais n'ont pas de droit de vote (les décisions stratégiques se prennent, en effet, lors des plénipotentiaires ou des conseils dans lesquels le secteur privé ne peut participer directement et ne peut jouer qu'un rôle d'observateur), tend ainsi à devenir de plus en plus un outil de corégulation, dont se servent les États comme les multinationales qui jouent peut-être à plein le rôle de lobbies. Mais l'autorité suprême de l'Union, qui est la conférence des plénipotentiaires, n'est, pour sa part, composée que des États membres.

égal de chaque État à réguler ses télécommunications », suivant les termes d'une proposition commune de la Russie, de la Chine et des Émirats Arabes Unis[1]. Où il apparaît que, dans le contexte des relations internationales actuelles (qui semble devoir perdurer longtemps), un accroissement du rôle joué par l'UIT ou, plus généralement, du rôle joué par le droit international ne serait guère envisageable.

Il faut à présent s'intéresser aux Sommets mondiaux sur la société de l'information, auxquels l'UIT a pris une part active. Peut-être est-ce en ces sommets que s'exprime le plus fortement le renouvellement des sources du droit à l'échelle internationale. Il n'en demeure pas moins qu'ils n'expriment qu'un maigre renouvellement des sources du droit.

II. ***Les Sommets mondiaux sur la société de l'information : des travaux internationaux improductifs normativement.*** – À partir de 2001, l'UIT a été à l'initiative du projet « Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire » en organisant à Genève, du 10 au 12 décembre 2003, le premier Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI)[2], initiative dont le principe a été approuvé par une résolution (n° 56/83) de l'Assemblée générale des Nations Unies. La rédaction, à cette occasion, d'une déclaration de principe commune aux 191 pays membres de l'UIT a pour la première fois rendu envisageable l'établissement d'une convention internationale de l'internet[3]. À Genève, a été affirmé que l'internet constituerait une « nouvelle ressource publique mondiale » justifiant nécessairement une « gouvernance mondiale », une gestion supra-nationale. La notion de « patrimoine commun de

[1] Cette proposition visait à octroyer aux États membres de l'UIT le droit de gérer le nommage, le numérotage, l'adressage et les ressources d'identification nécessaires aux télécommunications internationales sur leurs territoires.

[2] UIT, « Plan stratégique de l'Union pour la période 2004-2007 », résolution n° 71, Marrakech, 2002.

[3] En effet, le SMSI constituait « la première possibilité d'aborder dans un cadre multilatéral l'organisation de la société de l'information et de déterminer les principes communs qui doivent la régir (respect des libertés individuelles, sécurité des réseaux, mise en place de politiques réglementaires, protection des consommateurs, garantie des droits de propriété intellectuelle et gouvernance de l'Internet) » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 397).

l'humanité »[1] a même été utilisée. La difficulté est que tout cela ne constitue, au mieux, que du « droit mou », si ce n'est du « droit très mou », insusceptible de renouveler le droit international de la communication par internet. Le second SMSI, conférence internationale sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication réunie du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis, avait pour ambition de créer un procédé « ouvert et inclusif »[2] de « gouvernance de l'internet », loin des organisations internationales ordinaires. Mais d'aucuns ont pu regretter que le travail du second SMSI, autant que celui du premier, ne revête « aucune valeur juridique »[3].

Néanmoins, même si l'organisation de « sommets » devient une méthode de travail courante de la part de l'ONU, les SMSI présentent quelques éléments originaux dans l'espace des sources publiques externes du droit. Tout d'abord, ils suivent de nombreux débats et travaux préparatoires, souvent régionaux. Surtout, y participent des représentants du secteur privé, si bien que, si est en cause un rhizome de l'ONU, les SMSI pourraient être compris comme étant à cheval entre secteur public et secteur privé. Un auteur, d'ailleurs, n'hésite pas à évoquer les « premiers efforts vers une corégulation internationale de l'internet »[4]. Le modèle tripartite du SMSI (États, entreprises commerciales, ONG) a suscité beaucoup de réactions eu égard à son caractère novateur ; on a souligné qu'ainsi auraient été « institutionnalisées les spécificités de la gouvernance du réseau »[5]. C'est là une application directe d'un des principes essentiels du système de « gouvernance », à savoir que les décisions doivent être prises et mises en œuvre sur un mode plus horizontal au sein de réseaux de politiques publiques incluant les « *stakeholders* » entre lesquels les interactions se gèrent essentiellement sur le

[1] Cette notion se retrouve déjà dans les traités relatifs aux droits de la mer, des fonds sous-marins et de l'espace extra-atmosphérique et a pour effet que l'espace en cause doit échapper au contrôle de tout État et être l'objet d'un système d'exploitation bénéficiant à l'ensemble de l'humanité.

[2] Secrétariat des Nations Unies, « Participation du secteur privé, dont la société civile et d'autres acteurs », document WSIS/PC-1/DOC/3, 31 mai 2002.

[3] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 196.

[4] *Ibid.*, p. 361.

[5] B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 3.

mode coopératif[1]. Pour la première fois dans un sommet international organisé dans l'espace onusien, la société civile a ainsi été admise comme membre à part entière des cessions préparatoires et de la cession finale du SMSI de Genève[2]. Au sein du secrétariat exécutif et logistique du sommet, ont été créés une division puis un bureau de la société civile. Et une assemblée plénière de la société civile a été instituée, des caucus et des groupes de travail se sont formés. Cependant, un tel changement des habitudes ne s'est évidemment pas fait sans difficultés : les représentants de la société civile n'ont obtenu qu'un temps de parole limité dans les réunions, alors que leurs analyses ont très peu pesé dans la rédaction finale des documents officiels[3].

Si les SMSI sont ainsi relativement novateurs sous l'angle du renouvellement qualitatif des sources du droit, s'ils constituent des moments forts dans la vie des sources internationales du droit de la communication par internet — chacun d'eux a accueilli plus de 10 000 participants, pratiquement tous les pays du monde étant représentés —, ils ne présentent en revanche guère de nouveautés sous l'angle du renouvellement quantitatif des sources du droit. Très peu de normes, au sein du droit positif de la communication par internet, proviennent de ces SMSI qui ont été des lieux de discussion normative mais non des lieux de production normative[4]. Il n'en est de fait ressorti guère que des « déclarations de principe », « plans d'action », « engagements » et autres « agendas », soit des documents à la portée normative faible, si ce n'est

[1] Y. PAPADOPOULOS, « Démocratie, gouvernance et "management de l'interdépendance" : de rapports complexes », in *Mélanges Guy Hermet*, Karthala, 2002, p. 134. Et un auteur de présenter cette structure tripartite comme le « triangle de la gouvernance » (L. PECH, « Droit et gouvernance », *op. cit.*, p. 27).

[2] *Cf.* A. LAKEL, F. MASSIT-FOLLÉA, « Société civile et gouvernance de l'internet au Sommet mondial sur la Société de l'information : la construction d'une légitimité ambigüe », *Hermès* 2007, n° 47.

[3] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2076.

[4] Leur apport au droit positif de la communication par internet, s'il est relativement négligeable, n'est cependant pas nul et, notamment, ils ont permis la reconnaissance de la pleine applicabilité à l'internet et au web de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en particulier de son article 19 relatif à la liberté d'expression et d'opinion.

inexistante[1]. Les textes rédigés dans le cadre des SMSI ne comportent guère mieux que des incitations et des objectifs[2]. Et aucun accord n'a jamais été trouvé

[1] Par exemple, le SMSI de Genève s'est terminé avec les publications d'une déclaration de principe et d'un plan d'action par lesquels était demandé expressément au Secrétaire général des Nations Unies de constituer un groupe de travail sur la « gouvernance de l'internet » et, en 2004 et 2005, se sont effectivement tenues des réunions internationales en ce sens, dans le cadre du « Working Group on Internet Gouvernance » ; autant d'actions qui n'ont guère fait progressé et qui n'ont guère contribué à enrichir le droit de la communication par internet. Un même constat peut être dressé quant aux recommandations contenues dans l' « Agenda de Tunis pour la société de l'information » qui ne sont que la traduction de divers vœux pieux. L'une de ces recommandations a permis la création d'un Forum sur la gouvernance de l'internet, c'est-à-dire qu'on parvient à créer des institutions afin de réfléchir aux normes mais qu'on ne parvient guère à produire ces normes. Ledit Forum est ainsi, selon la recommandation qui l'institue, « destiné à établir entre les multiples parties prenantes un dialogue sur les politiques à suivre », tandis qu'on retient principalement du premier SMSI qu'il a abouti à la rédaction d'une déclaration de principe qui a été le premier texte de portée universelle consacrant la nécessité d'une « gouvernance » démocratique, multilatérale et transparente. P. ACHILLEAS, « Le sommet mondial de la société de l'information : au-delà de la polémique », *Comm. com. électr.* 2006, n° 1, p. 2 ; P. FORTIN, *« Gouvernance » et « société de l'information » : introduction à l'analyse critique des nouvelles modalités de prise de décision dans le domaine de l'action publique*, th., Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2002. Selon cette déclaration de principe, « les représentants des peuples du monde reconnaissent que l'édification d'une société de l'information inclusive exige de nouvelles formes de solidarité, de partenariat et de coopération entre tous les États, le secteur privé, la société civile et les organisations internationales. Réalisant que l'objectif ambitieux de la présente Déclaration — réduire la fracture numérique et garantir un développement harmonieux, juste et équitable pour tous — impliquera un ferme engagement de la part de toutes les parties prenantes, nous lançons un appel à la solidarité numérique, aussi bien à l'échelle des nations qu'à l'échelle internationale. […] Les gouvernements, le secteur privé, la société civile, l'Organisation des Nations Unies, ainsi que d'autres organisations internationales sont investis d'une responsabilité et d'un rôle importants dans l'édification de la société de l'information et, selon le cas, dans les processus de prise de décision. L'édification d'une société de l'information à dimension humaine est une entreprise commune qui requiert une coopération et un partenariat entre toutes les parties prenantes » (document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F, 12 déc. 2003, § 17 (cité par L. PECH, « Droit et gouvernance », *op. cit.*, p. 28)).

[2] Le Working Group on Internet Gouvernance a bien pu, très vite, publier ses premières conclusions, cela aussi n'a guère ajouté de normes au droit de la communication par internet positif. Il a en premier lieu constaté qu' « aucun gouvernement ne devrait jouer à lui seul un rôle prépondérant dans la gouvernance de l'internet », visant ainsi les États-Unis et l'ICANN, ou que « la gouvernance de l'internet comprend l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles

afin d'établir une agence de « gouvernance » de l'internet sous l'égide de l'ONU, bien que cette possibilité ait à chaque fois été discutée[1].

Il n'est dès lors pas étonnant que des commentateurs parlent d' « échec des SMSI »[2] ou notent que « les SMSI n'ont résolu aucune question »[3]. Au-delà, peut-être est-ce plus généralement le constat de l'échec des sources internationales du droit de la communication par internet qui peut être dressé. D'autres entreprises d'élaboration d'un droit de la communication par internet d'origine internationale ou, du moins, de réflexion relative à la régulation internationale des activités et/ou des technologies internetiques peuvent être signalées, mais elles ne sauraient contredire ce constat.

III. ***Des travaux internationaux démultipliés mais toujours compliqués.*** **–** Les conférences et autres forums mondiaux se multiplient ; et la conférence mondiale multipartite sur l'avenir de la gouvernance de l'internet, dite « NetMundial », qui s'est tenue à Sao Paulo les 23 et 24 avril 2014, a pu conclure au renforcement du Forum pour la gouvernance d'internet et à la nécessité de mettre en place rapidement un nouveau cadre de supervision des fonctions assurées par l'ICANN. Mais le droit positif n'est que très peu impacté tant il est délicat de faire œuvre normative au niveau interétatique. En ce sens, est également fort significative la réunion d'un e-G8 en 2011[4] — huit États, même s'ils sont les plus

---

respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'internet » (cité par V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 275).

[1] C'est vainement que le Working Group on Internet Gouvernance a souhaité voir institué un « Conseil mondial de l'internet » (V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 276). Qualifié de « forum de concertation » (B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 7), le Forum sur la gouvernance de l'internet ne saurait être cette agence de « gouvernance » de l'internet puisqu'il ne possède aucun pouvoir décisionnel, puisqu'il ne s'agit que d'un moment de débat et de réflexion.

[2] S. FOUCART, « L'échec du Sommet mondial sur la société de l'information », *Le Monde* 18 nov. 2005.

[3] M.-A. LEDIEU, « Société de l'information : Le sommet mondial de l'information accouche d'une souris », *Comm. com. électr.* 2004, n° 2, p. 4.

[4] C'est à l'occasion du G8 qui s'est tenu à Deauville les 26 et 27 mai 2011 que l'initiative a été prise par la France de mettre la question de l'internet à l'ordre du jour, ce qui a constitué une grande première étonnamment tardive. Afin de nourrir la réflexion des chefs d'État et de gouvernement de la France, de

puissants économiquement, ne pouvant que contribuer à l'élaboration d'un droit international très imparfait.

Si les SMSI et l'e-G8 procèdent de volontés et de moyens originaux, le droit d'origine internationale de la communication par internet émane surtout d'autres espaces. Toujours dans le cadre onusien, il y a par exemple la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)[1], laquelle élabore des « textes modèles »[2] notamment en matière de commerce électronique[3]. Seulement, encore une fois, la normativité de ces actes pose-t-elle question, si bien qu'on les qualifie de modestes « sources d'inspiration »[4]. Leurs destinataires, les législateurs nationaux, demeurent libres de s'y conformer partiellement ou de ne pas s'y conformer du tout[5]. Quant à

---

l'Allemagne, du Canada, des États-Unis, de l'Italie, du Japon, du Royaume-Uni et de la Russie, un e-G8 s'est tenu à Paris les 24 et 25 mai 2011, réunissant les représentants des grands groupes du numérique mondiaux mais aussi des ingénieurs, des intellectuels, des journalistes, des blogueurs et autres acteurs des activités immatérielles. À l'issue des deux journées de travaux, une délégation de cet e-G8 s'est rendue à Deauville pour dialoguer avec les membres du G8. Ensuite, la Déclaration finale du G8 de Deauville a affirmé solennellement que les États en cause « s'engagent à encourager l'utilisation d'Internet comme instrument de promotion des droits de l'homme et de la participation démocratique dans le monde entier » ; cela est évidemment loin de permettre l'édification d'un régime juridique complet et précis.

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

[2] J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 59.

[3] Ainsi peuvent être citées la « loi-type relative au commerce électronique » et la « loi-type relative aux signatures électroniques ».

[4] S. BOLLÉE, « Rapport de synthèse », *RLDI* 2012, n° 81, p. 91.

[5] La loi-type relative au commerce électronique — qui s'accompagne d'un « guide d'incorporation » — est le fruit d'une négociation entre les 60 représentants des États membres de la CNUDCI élus par l'ONU pour 6 ans. Elle est destinée aux législateurs des États à qui la Commission recommande, à travers sa résolution n° 51/162 du 16 décembre 1996, de « prendre en considération la loi-type lorsqu'ils promulgueront des lois ou réviseront leur législation, compte tenu de la nécessité d'assurer l'uniformité du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information ». On observe qu' « il y a là un vivier de normes dans lequel peuvent puiser les tribunaux arbitraux pour trancher les litiges en matière de commerce électronique. Outre la possibilité pour des arbitres d'appliquer en tant que telles les dispositions de ces textes, il leur est possible de s'y référer pour dégager des "principes généraux du droit du commerce électronique international" : principe de non-

certains textes tels que la « Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux », ils n'ont pas été ratifiés par suffisamment d'États pour devenir applicables.

D'autres initiatives éparses pourraient être citées, mais la plupart n'ont pas abouti et ont davantage fragilisé que renforcé les sources internationales du droit de la communication par internet dès lors qu'elles ont participé de la mise en lumière de leurs grandes lacunes[1]. Et cette fragilité est renforcée par le fait que

---

discrimination au détriment des documents électroniques, principe de neutralité des technologies de communication, ou encore principe d'équivalence fonctionnelle de tous les types de documents quel que soit leur support » (K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, *op. cit.*, p. 372).

[1] Tel est le cas, par exemple, de la « charte d'éthique et de civilité sur l'internet » que la France a soutenue en 1996, dans le cadre de l'OCDE, mais qui est de nulle importance au sein du droit positif de la communication par internet. Il en va à l'identique de la proposition du ministre de la défense, faite en novembre 2009, de consacrer une « déclaration universelle des droits fondamentaux en ligne », celle-ci étant demeurée lettre morte. La « résolution de Madrid », adoptée par près de quatre-vingts autorités de protection des données personnelles, le 5 novembre 2009 à l'occasion de la 31e Conférence internationale des autorités de protection des données et de de la vie privée, et qui a posé les jalons d'une protection universelle de la vie privée, est peut-être l'un des résultats majeurs des efforts internationaux en matière de droit de la communication par internet. Sont définis dans cette résolution les principes tendant à renforcer le droit à la protection de la vie privée et des données personnelles de tous les citoyens dans l'environnement numérique, droit qui, souligne le texte, doit être urgemment protégé dans un monde devenu sans frontière. Et un sénateur français de souligner combien « il s'agit d'un premier pas historique car cette conférence mondiale est parvenue à élaborer un corpus de règles communes adaptées aux dernières évolutions technologiques » (Ch. COINTAT, « Rapport sur la proposition visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique », rapport d'information n° 330, Sénat, 2010, p. 25). Pourtant, cette résolution n'est pas juridiquement contraignante ; autrement dit, elle n'engage pas ses signataires. Lors de la présentation du rapport de la CNIL pour l'année 2009 à la presse, le 17 juin 2010, le président de l'instance, Alex Türk, rappelait que Madrid constituait un « pas historique », mais il ajoutait immédiatement que, en aval de ce pas historique, « les choses n'avancent pas ». En effet, il est nécessaire que cette résolution soit concrétisée au sein d'une convention internationale. Or celle-ci n'est pas encore venue et ne viendra sans doute pas au cours des prochaines années. Dans le domaine de l'internet, s'appliquent pour l'heure encore les « Principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés » adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1990, lesquels s'ouvrent sur l'idée que les États membres demeurent maîtres de la manière suivant laquelle ils traduiront dans leurs droits nationaux respectifs les principes ou « orientations » — une liberté qui concerne d'ailleurs tant le moment de l'intervention que le type d'instrument employé.

les réflexions menées relativement à la construction d'un droit de la communication par internet d'origine internationale se sont jusqu'à présent concentrées sur certains enjeux particuliers, loin de chercher à saisir tous les régimes juridiques applicables aux activités et aux technologies internetiques[1]. Ainsi les sources internationales du droit de la communication par internet ne sont-elles guère parvenues à se positionner au cœur du jeu juridique et donc à contribuer au renouvellement des sources du droit. Elles paraissent devoir irrémédiablement demeurer en retrait, loin de réaliser pleinement la « renaissance du *jus gentium* »[2] à laquelle aspirait René David.

Il semble que « les systèmes juridiques, naguère indifférents ou ennemis, doivent collaborer d'urgence s'ils veulent conserver quelque effectivité »[3]. Et le

[1] Le commerce électronique, le traitement des données à caractère personnel et la protection du droit d'auteur et des droits voisins sont peut-être les trois préoccupations principales au niveau des sources internationales de la communication par internet. Ainsi divers textes existent-ils dans ces domaines. L'Organisation des Nations Unies a envisagé la question des fichiers personnels informatisés dès 1990 (résolution n° 1990/42 adoptée par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le 6 mars 1990, résolution n° 1990/38 adoptée par le Conseil économique et social le 25 mai 1990 et résolution n° 45/95 adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1990). Quant au commerce électronique, il a été lui aussi très tôt saisi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (résolution n° 51/162, adoptée le 16 décembre 1996). Et, le 23 novembre 2006, c'est finalement au tour de l'Assemblée générale de l'ONU d'adopter la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Enfin, la protection du droit d'auteur et des droits voisins fit l'objet de deux traités internationaux élaborés au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et adoptés à Genève le 20 décembre 1996 (Traité sur le droit d'auteur et Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adoptés à Genève le 20 décembre 1996 et entrés en vigueur respectivement le 6 mars 2002 et le 20 mai 2002) qui, quoique non directement et explicitement, ont parfaitement vocation à s'appliquer aux œuvres mises en ligne ou échangées en ligne. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) s'est enrichie d'un Comité permanent des techniques de l'information (SCIT), en 1998. Le SCIT, qui est composé de tous les États membres ou observateurs de l'OMPI, est chargé de donner des orientations générales et des avis techniques sur la stratégie globale de l'organisation en matière de techniques de l'information, y compris sur les normes de l'OMPI et la documentation relative à la propriété intellectuelle.

[2] R. DAVID, *op. cit.*, p. 319.

[3] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 360.

traité, l'accord formel multipartite, serait à ces fins l'instrument à privilégier[1]. Plus encore, l'idéal serait de « confier à un organe représentant les intérêts de l'humanité, comme symbolisation de la communauté transtemporelle des peuples et des États, les pouvoirs nécessaires à la gestion de l'espace et des ressources qu'il contient »[2]. Seulement les États et les nations ne paraissent-ils guère prêts à suivre une telle voie.

L'étude des droits internationaux des espaces (maritime, aérien, extra-atmosphérique) dévoile que, d'abord d'origine conventionnelle, les principales règles ont ensuite été fixées par des conférences internationales créant dans le même temps des organisations internationales en charge de ces règles. Le cyberespace emprunte un autre chemin et, en définitive, cela n'est guère surprenant eu égard aux enjeux qui s'y attachent, très différents de ceux qui sont propres aux fonds marins ou à l'espace extra-atmosphérique. Le droit d'origine internationale de la communication par internet se développe petit à petit, non dans un cadre *ad hoc* — les SMSI, notamment, ne pouvant être celui-là —, mais parce que différentes organisations internationales travaillent à la régulation des activités internetiques dans leurs domaines de compétence respectifs : la diversité culturelle pour l'UNESCO, l'évolution des réseaux et des normes techniques pour l'UIT, les questions économiques pour l'OCDE etc. Par conséquent, globalement comprises, les sources internationales du droit de la communication par internet ne présentent guère de spécificités et il n'est pas lieu de davantage les présenter en ces pages. En revanche, il importe de comprendre leurs difficultés et leurs limites. Ce sont ces difficultés et limites qui peuvent pousser à s'avancer dans la voie d'accords régionaux, faute de pouvoir parvenir à des

[1] Néanmoins, si le traité est « la forme la mieux reconnue et la moins mal adaptée à la gestion d'une communauté d'États » (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 216), d'aucuns soulignent combien « il faut être modeste quant à la teneur des traités [et] […] songer à des traités moins ambitieux » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2391), spécialement car il ne s'agit justement pas ici de gérer une communauté d'États mais les relations au sein d'une communauté humaine : celle des internautes et de l'ensemble des acteurs utilisant les services de l'internet.

[2] P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 5e éd., Dalloz, 2000, n° 676 (cité par J. A. GRAHAM, *op. cit.*).

accords universels. Ainsi l'Union européenne devient-elle le niveau privilégié de l'élaboration du droit de la communication par internet.

Section 2

L'impossibilité d'ériger un droit mondial

L'unification, permettant de *subroger le supranational à l'international*[1], serait le seul processus d'*intégration* parfaite, du moins d'un point de vue formel, car, en ignorant la notion de marge nationale d'appréciation et en excluant les différences, elle permettrait de se représenter l'ordre juridique mondial sur le modèle hiérarchique, déductif et cohérent des ordres nationaux traditionnels[2]. En cette unification résiderait la véritable révolution des sources internationales du droit. Seulement, pour des raisons qu'il conviendra en ces lignes d'identifier, elle s'avère inenvisageable et devrait longtemps rester inenvisageable, le droit de la communication par internet comme l'internet en tant qu'outil n'y changeant rien. Engagée dans une lutte inégale contre le foisonnement des lois, des valeurs et des cultures, l'ambition d'un État mondial[3] et, par suite, d'un droit mondial se trouve contenue par une palissade ou lapalissade infranchissable : *comment se ressembler lorsqu'on est différents ?*

L'ordre juridique international serait dès lors voué à toujours demeurer un ordre juridique modeste et superficiel, *institutionnellement trop peu développé* et interdisant tout véritable renouvellement des sources du droit[4]. L'ordre juridique

[1] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

[2] M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951.

[3] Par exemple, K. C. DOWDALL, « The World State », *Law Quaterly Review* 1995, n° 153.

[4] Et Raymond Aron de qualifier l'idée de droit international d' « illusoire », ajoutant que, « si on rattache l'État à la souveraineté et le droit à l'État, il n'y a *pas de droit international*, seulement une "morale

le plus « primitif »[1] ou « archaïque »[2] est peut-être celui dans lequel *les organes créateurs des normes en sont également les destinataires*. Tel semble être le cas de l'ordre juridique international dont les faiblesses structurelles, les « limites congénitales »[3], paraissent grandes[4]. Dans cet ordre qui prend des allures de « bric-à-brac »[5], dont « l'autonomie organique est très limitée »[6], point de Constitution, de pouvoir législatif, de pouvoir exécutif, ni de juridiction obligatoire[7]. Les États, destinataires des normes constitutives du droit international public, sont ceux-là mêmes qui les produisent et qui, de plus, en assurent la sanction. L'ordre juridique international se perfectionne dès lors que le traité devient une sorte de « contrat social » duquel découlent des institutions capables d'élaborer et de sanctionner des formes de *droit dérivé* auxquelles les États ont adhéré par un acte initial mais en perdant pour la suite le contrôle de ce droit et, par voie de conséquence, une part de leur souveraineté[8]. Seulement cette situation, bien connue dans l'espace de l'Union européenne, demeure-t-elle exceptionnelle à l'échelle internationale[9]. Si tel est aujourd'hui l'état des sources

---

positive" » (R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1975, p. 710 (non souligné dans le texte original ; cité par D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 82)).

[1] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (cité par P. AMSELEK, « Réflexions autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 5).

[2] D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 498.

[3] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 116.

[4] Et cela même si Michel Virally cherchait à convaincre du fait que « le droit international est un droit différent beaucoup plus qu'un droit primitif » (M. VIRALLY, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », in *Le droit international en devenir*, Puf, 1990, p. 92 (cité par L. BAL, *op. cit.*, p. 15)).

[5] J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. droit* 1986, p. 85 s.

[6] M. VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 43.

[7] M. DRAIN, *Relations internationales*, 16e éd., Larcier, coll. Paradigme, 2012, p. 27.

[8] Déjà en 1963 un professeur notait que le droit international était de moins en moins « relationnel » et de plus en plus « institutionnel » (R.-J. DUPUY, *Le droit international*, Puf, coll. Que-sais-je ?, 1963).

[9] Et l'ordre juridique international ne connaît qu'une hiérarchie des normes sommaire — en ce qu'elle peut être matérielle bien plus que formelle — ; il se démarque par l'horizontalité des rapports qui se déroulent en son sein, lesquels sont des rapports intersubjectifs, là où l'ordre juridique étatique coïncide avec une organisation foncièrement verticale. Dans le système international, l'absence d'organes centraux investis

internationales, c'est bien qu'elles n'ont guère connu de renouvellement ni même de prémices d'un renouvellement au cours des derniers temps. Le droit de la communication par internet en témoigne de façon patente. Et ce renouvellement ne saurait venir demain, si bien que les sources privées seraient toujours mieux que les sources publiques en mesure de produire un droit mondial.

Les limites des sources internationales paraissent ainsi inaltérables et leur perfectionnement difficilement envisageable (A), notamment en raison de la diversité des intérêts et des valeurs défendus sur la scène interétatique (B).

A. Les limites inaltérables du droit à l'échelle internationale

En droit de la communication par internet mais aussi au-delà, ce serait bien dans le domaine international que résiderait le grand défi du droit[1]. Pour ce qui est de la branche du droit ici étudiée, on souligne que, dans les faits, *les normes privées transnationales sont qualitativement supérieures aux normes publiques internationales* (I). En effet, ces dernières manquent, notamment, de force normative et de précision (II) ; et les incompréhensions entre États touchent *autant si ce n'est plus les moyens à mettre en œuvre que les fins à poursuivre* (III). Pourtant, le renouvellement des sources internationales afin de

---

d'une puissance publique détachée des sujets de droit *rendrait l'horizontalité et donc la fragilité inéluctables*. *Cf.* Ph. BLACHER, « L'État dans la doctrine "progressiste" du droit international public », *Cités* 2004, n° 18, p. 83 ; P. HAGGENMACHER, « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits* 1993, n° 16, p. 11 ; P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, 1995.

[1] Les auteurs du « Rapport sur la Gouvernance globale » de 1995 ont pu souligner les ambiguïtés des relations internationales contemporaines : « La production du droit convenait à une communauté mondiale comprenant relativement peu d'États et où la technologie, la population et l'environnement ne constituaient pas des sujets de préoccupation. Il s'agissait d'une approche de loisir — comme un passe-temps de club — de la production du droit international. [Cette approche] […] est dépassée avec la société globale actuelle » (Commission on Global Governance, *op. cit.*, p. 329 (cité par A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation », *Dr. et société* 1997, p. 27)). Également, R. MEHDI, *op. cit.*, p. 7 s. ; Y. SANDOZ, dir., *op. cit.* ; F. ATTAR, *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994.

produire des normes plus fortes juridiquement et factuellement ne paraît guère pouvoir être engagé par les États. Le « droit de demain » ne saurait donc être très différent du droit d'aujourd'hui sous l'angle du droit international.

I. ***Le cyberespace saisi par un droit transnational privé qualitativement supérieur au droit international public.*** **–** Pour beaucoup, « la *lex electronica* pourrait servir de pivot à un système de régulation planétaire »[1] ; c'est-à-dire que le droit mondial serait à envisager dans le cadre de sources privées plus que dans le cadre de sources publiques, car ces dernières ne pourraient que « sécréter des textes juridiques contenant des dispositions dont le degré de détermination comme le degré de contrainte font penser à un droit dégradé, dénué de toute portée pratique »[2]. L' « ordre global », dominé par le droit d'origine privée, devrait dominer et conduire à l'effacement de l'ordre international, ordre interétatique[3]. Même la simple coopération, loin du niveau de perfectionnement de l'intégration, peine à être efficace[4].

Il est vrai que le droit d'origine internationale souffre aujourd'hui encore de nombreuses et profondes limites qui brident largement la possibilité de construire dans cet espace le droit de la communication par internet[5]. Si le droit international privé de la communication par internet est foncièrement limité[6], il

---

[1] R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet*, *op. cit.*, p. 310.

[2] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 347.

[3] M. A. DELPLANQUE, *La gouvernance globale – Fin de l'ordre juridique international*, th., Université de Nice Sophia-Antipolis, 2000 ; P. SCHIFF BERMAN, « From International Law to Law and Globalization », *CJTL* 2005, p. 485 s. Pour une analyse contraire, *cf.* P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, 1995.

[4] *Cf.* N. WISMER, « Les obstacles à un droit commun de la coopération transfrontalière », in H. LABAYLE, dir., *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, Bruylant (Bruxelles), 2006, p. 27 s. Ce constat est déjà opéré depuis longtemps relativement au déploiement de la *lex mercatoria*, laquelle, « alors que les opérations du commerce international exigent rapidité, sécurité et prévisibilité, ne pouvait se satisfaire des règles du droit international » (D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 935).

[5] En ce sens, É. LOQUIN, L. RAVILLON, *op. cit.*, p. 91 s.

[6] B. DE GROOTE, « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », *Ubiquité* 2003, n° 16, p. 61 s.

ne peut qu'en aller à l'identique du droit international public de la communication par internet. En premier lieu, ne peut qu'être regrettée l'absence d'institution(s) internationale(s) publique(s) *ad hoc* chargées de la « gouvernance de l'internet ». Les sources internationales du droit de la communication par internet sont diverses et éparses, de l'OMC à l'UNESCO. Chacune prend ses décisions sans égards pour ce qui est produit au sein des autres, ce qui interdit la conduite de toute politique publique cohérente à l'échelle mondiale[1]. Ainsi dénonce-t-on le fait que « nous ne disposons que d'un entassement d'institutions internationales spécialisées et si peu reliées entre elles que cette dispersion entrave la mise en œuvre nécessaire d'un ordre juridique mondial »[2].

En outre, le droit d'origine internationale de la communication par internet est grandement limité par sa faible force normative.

II. ***Le cyberespace réglé par des actes internationaux à la force normative et à la précision défectueuses.*** **–** L'un des principaux problèmes des actes internationaux est celui de la force normative des règles qu'ils portent[3]. Lorsque les organisations internationales ont commencé à s'intéresser à l'internet, ce sont principalement des instruments juridiques relevant du « droit mou » qu'elles ont mobilisés[4] — logiquement puisque ce type de normes semble être le propre des

[1] L'internet étant par nature un objet international et transfrontière, la création d'une agence spécialisée de l'ONU serait peut-être très heureuse (S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 154) ; elle n'est cependant pas à l'ordre du jour et l'ONU est désignée tel « un forum mondial bien plutôt qu'un gouvernement planétaire » (J.-L. BERGEL, « La dynamique des systèmes juridiques, évolutions et convergences », conférence à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 22 févr. 2012).

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610.

[3] La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est peut-être la meilleure illustration sur ce point, elle qui n'a que la valeur d'une simple recommandation de l'ONU ne liant guère les États. Ainsi la France considère-t-elle que la Déclaration n'est pas juridiquement obligatoire car elle ne constitue pas un traité international classique (CE, 18 avr. 1951, *Élection de Nolay*).

[4] En témoignent, tout d'abord, les « principes directeurs » (« *Guidelines* ») pour la réglementation des fichiers personnels informatisés adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1990. Cette dernière « demande » alors que les gouvernements tiennent compte de ces principes directeurs dans leurs législations et leurs règlementations et que les organisations gouvernementales, intergouvernementales et

sources internationales[1]. Or la question de l'efficacité des institutions internationales[2] se pose *a fortiori* en matière de régulation des activités du cyberespace.

Les organisations internationales ne sont généralement pas dans un rapport d'autorité avec les États. Ne pouvant leur imposer des exigences, elles cherchent à encourager par des déclarations ou par des résolutions et les prescriptions (« doit », « interdit », « exige ») sont remplacées par des intentions (« souhaite », « déclare », « promeut »). Illustrent cette tendance lourde à consacrer des pétitions de principe bien plus que des normes juridiques en bonne et due forme les textes produits à l'occasion des SMSI[3]. Certainement des textes davantage contraignants peuvent-ils être cités : le traité sur les performances et phonogrammes[4], le traité sur le droit d'auteur[1] ou encore la convention sur

---

non gouvernementales les respectent dans les activités relevant de leurs compétences. En témoigne, également, la « loi-type sur le commerce électronique » adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en 1996. La Commission « recommande » aux États de « s'inspirer de préférence » de ce document chaque fois qu'ils envisagent d'adopter des dispositions en lien avec le commerce électronique. Autant de textes à la force normative très, si ce n'est trop, fine.

[1] G. ABI SAAB, « Éloge du "droit assourdi" – Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 59 s.

[2] En ce sens, déjà, W. FRIEDMANN, *De l'efficacité des institutions internationales*, Armand Colin, 1970.

[3] Pour ne prendre qu'un seul exemple, la « déclaration de Tunis » proclame : « Nous reconnaissons les principes d'un accès universel et non discriminatoire aux TIC pour toutes les nations ; nous soutenons les activités menées par les Nations Unies pour empêcher que les TIC puissent être utilisées à des fins qui sont incompatibles avec les objectifs du maintien de la stabilité et de la sécurité internationales et risquent de nuire à l'intégrité des infrastructures nationales, au détriment de la sécurité des États. Il est nécessaire d'éviter que les ressources et les technologies de l'information soient utilisées à des fins criminelles ou terroristes, tout en respectant les droits de l'homme » (art. 36). Peu ou prou tous les articles de ce texte pourraient être cités, par exemple l'article 48 selon lequel « l'Internet est devenu une ressource publique mondiale et sa gouvernance devrait être un point essentiel de l'ordre du jour de la société de l'information. La gestion internationale de l'Internet devrait s'exercer de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales. Elle devrait assurer une répartition équitable des ressources, faciliter l'accès de tous et garantir le fonctionnement stable et sécurisé de l'Internet, dans le respect du multilinguisme ».

[4] Le « WPPT », élaboré sous l'égide de l'OMPI, a été ouvert à la signature à Genève le 20 décembre 1996. Il est entré en vigueur le 20 mai 2002.

l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[2]. Il n'en demeure pas moins que, alors que le droit de la communication par internet est une méta-branche du droit, exerçant son influence peu ou prou sur toutes les branches du droit public comme du droit privé, ces progrès sporadiques demeurent relativement marginaux. Et il faut peut-être tempérer l'idée selon laquelle le « droit souple » ou « mou » serait passé du statut de « pis-aller » à celui de « *must have* »[3], car un droit sans contrainte et sans sanction n'est-il pas un droit faible et fragile[4] ?

De plus, les instruments relevant du « droit dur » aménagent souvent d'importantes marges de manœuvre au profit des États[5]. Ainsi, et plus généralement, les sources internationales du droit de la communication par internet peuvent-elles aussi être critiquées en raison de l'imprécision des normes qu'elles élaborent. Le droit d'origine internationale, en plus d'être « doux » (non obligatoire) et « mou » (non sanctionné), est également très généralement « flou » (non précis)[6], ce qui ne contribue pas à redorer son blason. Il relèverait de la définition même du droit d'origine internationale que d'être flou[7], mais

---

[1] Le « WCT », élaboré dans le cadre de l'OMPI, a été ouvert à la signature à Genève le 20 décembre 1996. Il est entré en vigueur le 6 mars 2002.

[2] Cette convention, ouverte à la signature à New York le 23 novembre 2005, a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 novembre 2005 (résolution n° 60/21).

[3] J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », *op. cit.*, p. 659 ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. », *op. cit.*, p. 525.

[4] En ce sens, F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 295.

[5] Le traité sur les performances et phonogrammes fait ainsi plusieurs fois référence à la législation nationale des différentes parties, soit pour obliger les États à traduire dans leurs droits internes les règles consacrées dans le traité, soit pour leur offrir la possibilité de choisir entre plusieurs dispositifs juridiques, toujours « en conformité avec leurs systèmes juridiques » (art. 23).

[6] Sur ces distinctions, *cf.* C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 599 s.

[7] En ce sens, il est significatif, concernant le caractère vague de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) allégué par ses détracteurs, que la Commission européenne le justifiait en ces termes : « Les accords internationaux, tels que l'ACTA, contiennent nécessairement des dispositions plus vagues que le droit interne. L'ACTA contient des obligations internationales qui devront être transposées par les parties à l'accord et qui ne seront pas directement appliquées par des cours nationales » (Commission

aussi mou et doux, c'est-à-dire fort imparfait. En outre, c'est encore le contenu des normes, leur objet et leur portée, que d'aucuns ne manquent pas de critiquer[1], au-delà des diverses problématiques structurelles et formelles.

Par conséquent, il semble qu'un renouvellement des sources internationales du droit ne serait pas inutile. Si ce renouvellement n'advient pas, ainsi qu'en témoigne le droit de la communication par internet, cela paraît s'expliquer par les limites insurmontables des relations internationales. En premier lieu, les parties prenantes peinent irrésistiblement à s'accorder sur les objectifs à poursuivre, sur les solutions à retenir et sur les moyens à mettre en œuvre.

III. ***Le cyberespace facteur de désaccords quant aux moyens autant que quant aux fins.*** **–** Les gouvernants de chaque pays sont certainement conscients du fait que le droit devrait être élaboré principalement à l'échelon international[2]. La difficulté est que les moyens ne paraissent pas en mesure de suivre les fins ; plus encore, il semble délicat de s'accorder sur ce que seraient ces fins. Néanmoins, beaucoup peuvent se rejoindre autour du constat suivant : « La spécificité d'Internet est d'être un espace sans frontières »[3] — si ce n'est « sans

européenne, « Appréciation de la Commission européenne à propos de l'ACTA », [en ligne] <ec.europa.eu>, 11 mai 2012).

[1] On explique, par exemple, concernant le droit international privé, que « la qualité des différents instruments internationaux s'avère souvent assez médiocre. De fait, il s'agit d'un droit négocié dont le contenu repose sur un compromis entre États relevant de traditions juridiques différentes. Le mélange des règles qui en découle n'est donc pas toujours heureux. Du moins faut-il constater que la plupart des textes récents manquent de cohérence globale. Certains d'entre eux sont, par ailleurs, extrêmement complexes » (T. AZZI, *op. cit.*, p. 157).

[2] D'ailleurs, des députés n'hésitent pas à observer, par exemple, qu' « il convient dès aujourd'hui de renforcer activement la coopération internationale sur les questions de respect de la vie privée afin de parvenir à une protection équivalente depuis n'importe quel point du globe » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 179). Les députés d'ajouter : « La mission appelle de ses vœux une intensification de l'action diplomatique conjointe de la France et de l'Union européenne en vue de parvenir, à moyen terme, à l'adoption, sous l'égide des Nations unies, d'une convention internationale ayant force juridique contraignante sur la protection de la vie privée et des données personnelles » (*ibid.*, p. 186).

[3] D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 467.

territoire »[1] —, les États sont « menacés dans leurs souverainetés par les flux de communication qui sautent les frontières » et ils sont donc « contraints de collaborer »[2]. C'est surtout quant aux modalités de cette collaboration qu'il est difficile aux multiples gouvernements du monde de s'accorder. Le Conseil économique, social et environnemental peut noter que « la coopération internationale, en matière d'internet, peine à émerger »[3]. Et d'appeler à « innover et instituer, en dehors de la coopération intergouvernementale, des formes inédites de concertation, de coopération et d'action »[4]. Cet appel, s'il est peut-être entendu, n'est guère suivi d'effet. Les sources internationales du droit peinent à s'adapter et à se réformer[5]. La compétence de la compétence est une limite de taille à l'autonomie des organisations internationales dès lors que tous les États membres doivent décider à l'unanimité les modifications des textes suprêmes qui les instituent. Le problème est patent puisque, ainsi que l'expriment les spécialistes de la « gouvernance de l'internet », « les outils habituels du droit international ne sont plus utilisables »[6].

Dès lors que chaque État tend à jouer sa propre partition, il est difficile d'imaginer comment quelque acte normatif pourrait s'appliquer utilement aux

[1] B. BEAUDE, *Internet – Changer l'espace, changer la société*, *op. cit.*

[2] A. LAKEL, F. MASSIT-FOLLÉA, *op. cit.*

[3] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 32.

[4] *Ibid.*, p. 40.

[5] En ce sens, le rapport du groupe de travail interministériel sur la cybercriminalité met en évidence « les lenteurs et les pesanteurs encore trop grandes de la coopération internationale en la matière » (cité par Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 256) et le Conseil d'État ajoute que « les accords d'entraide judiciaire traditionnels n'apparaissent pas adaptés, en raison de la complexité des procédures qu'ils impliquent, au traitement de ce phénomène » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 256). Là encore, ce n'est pas le constat des difficultés qui interroge mais le problème de la réponse à apporter à ces difficultés. Et, lorsque le Conseil d'État propose, en guise de réponse, de « définir un socle de règles applicables à tous les acteurs quel que soit leur lieu d'établissement » (*ibid.*, p. 240), peut-être la concrétisation de cette intention est-elle fortement chimérique.

[6] B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

milliards d'internautes qui se situent partout sur le globe terrestre. Le Conseil économique, social et environnemental ne manque pas de relever, pessimiste quant à la possibilité d'améliorer le sort des sources internationales, qu'aujourd'hui dominent encore la « revendication à l'échelon national du pouvoir souverain de l'État sur le contrôle de l'internet » et l' « affirmation, sur l'échiquier international, de la prééminence des États sur les autres acteurs »[1].

Un problème supplémentaire est que la mondialisation du droit à l'initiative des sources internationales se limite le plus souvent à une définition externe de la norme applicable et, en règle générale, sa mise en œuvre n'est, elle, pas externalisée mais assurée par chaque État dans le cadre de son territoire, donc avec plus ou moins de bonne volonté[2]. Un droit international de la communication par internet devrait aller de pair avec des forces de police et des juridictions internationales[3] ; mais « le droit international n'a pas, faute de sanction sûre liée à des moyens de coercition absolus, la plénitude des autres ordres juridiques »[4]. On peut décrire un droit instable et incohérent qu'aucun juge international ne saurait redresser[5]. Et d'autres pierres d'achoppement limitant

[1] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 34.

[2] *Cf.*, notamment, S. CHAUVIER, *Justice et droits à l'échelle globale*, *op. cit.*

[3] P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDI publ.* 1982, p. 1.

[4] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 172. À tout le moins le droit international public connaît-il une sanction et une exécution « mal assurées, faute de pouvoir contraindre un État » (P. WEIL, *loc. cit.*, p. 5).

[5] Le risque, dès lors que n'ont pas été institués de mécanismes centralisant l'interprétation des règles d'origine internationale, est que toute application, toute interprétation d'une règle soit susceptible d'être elle-même interprétée comme une « violation » par un autre État, ce qui multiplie les hypothèses de conflits d'interprétations entre États (D. ALLAND, « Droit international public », *op. cit.*, p. 501). En outre, la situation est alors insoluble puisque, du fait de la souveraineté et de l'égalité des États, les allégations contradictoires relatives à l'illégalité et à la légalité d'un comportement ont la même valeur juridique. Ensuite, il n'est guère surprenant de voir l'arbitrage et les autres modes alternatifs de résolution des conflits prospérer en matière de litiges nés dans l'espace internetique, l'emportant sur la « justice sans hiérarchie qui se cherche à tâtons » qu'est la justice internationale (M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951). Et un auteur d'écrire que « l'incoordination de l'offre de justice au plan international conduit les particuliers à préférer la justice privée [car] les intéressés sauront à quel juge s'adresser et selon quel droit leur affaire sera tranchée et

l'action normative des sources internationales pourraient être citées. Par exemple, des « gains de productivité juridique » paraissent indispensables tant un autre problème de taille serait celui de la rapidité d'édiction des normes, donc celui du pan temporel de l' « impasse des échelles », « tout accord international [étant] tout de suite dépassé alors qu'il [a] pris des années à être élaboré »[1].

Les obstacles à un droit commun sont donc nombreux[2]. En particulier, les intérêts et les valeurs s'avèrent par trop dissemblables d'un État à un autre pour imaginer possible que tous les États ou, du moins, tous les principaux États du monde s'accordent sur des normes communes. « Le doit international nécessite une adhésion permanente et réitérée »[3] que l'internet et le web ne suffisent pas à faire advenir, loin de là[4]. Dans le cyberespace aussi existent des rivalités géopolitiques[5]. Ainsi le renouvellement des sources internationales du droit apparaît-il très difficilement envisageable, cela pour des raisons consubstantielles

---

ceci, protégeant l'intérêt privé des plaideurs, paraît plus important que l'intérêt de la souveraineté » (B. ANCEL, *op. cit.*, p. 495-496). E. JOUANNET, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international – Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, affaire des plates-formes pétrolières », *RGDI publ.* 1994, p. 917 s. ; également, H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in H. ASCENSIO et *alii*, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, p. 163 s.

[1] B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

[2] Par exemple, N. WISMER, « Les obstacles à un droit commun de la coopération transfrontalière », *op. cit.*, p. 27 s. ; O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre *juriglobisme* incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *op. cit.*, p. 87.

[3] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 295.

[4] L'explication des réalistes classiques est la suivante : « Sur la scène internationale, l'État a affaire à d'autres États qui comme lui sont guidés par leur intérêt national égoïste défini en termes de sécurité et de puissance. Confronté à l'état de guerre qu'est la scène internationale, l'État pratique alors une politique de l'équilibre des puissances qui lui permet d'assurer sa survie en empêchant tout autre État de devenir plus puissant que lui. Cette politique de l'équilibre s'impose donc du fait de la nature humaine dans laquelle la politique internationale, comme toute politique, plonge ses racines » (D. BATTISTELLA, « Le bel avenir de la théorie de l'État en Relations internationales », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 7).

[5] S. GODELUCK, *La géopolitique d'Internet*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2002.

aux relations internationales[1]. L'établissement d'un droit tel que le droit de la communication par internet à l'échelle universelle semble devoir demeurer encore longtemps une utopie.

B. La diversité inéluctable des intérêts à l'échelle internationale

L'internet ne paraît pas en mesure de permettre le développement ni le renouvellement des sources internationales tant le cyberespace ne favorise pas plus la paix que la guerre entre les États et tant, à l'échelle planétaire, il n'est semble-t-il pas un vecteur d'unification des cultures (I). Le constat est simple : de nombreux États sont *incompatibles axiologiquement* (II), ainsi qu'en témoignent les exemples des régimes dictatoriaux, en particulier celui de la Chine (III), qui aspirent à obtenir une *« souveraineté numérique »* qui pourrait bien être à l'origine d'une prochaine — si ce n'est d'une déjà actuelle — « balkanisation » de l'internet. En outre, la contestation croissante de la domination des États-Unis sur le réseau mondial renforce l'impossibilité de s'accorder sur un véritable droit interétatique de la communication par internet (IV), ce qu'a dernièrement illustré l'échec de l' « Accord commercial anti-contrefaçon ». À l'aune de ce paysage géopolitique peu enthousiasmant, il est difficile d'imaginer comment de nouveaux foyers internationaux de normes pourraient émerger puis prospérer.

I. ***Le cyberespace, lieu de guerre autant que de paix entre les nations.*** **–** Le cyberespace est devenu le lieu dans lequel se déroulent les guerres, où se

[1] En 1974, la Cour internationale de justice de La Haye retenait que « l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à l'époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable » (CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires*). Seulement le contexte des relations internationales empêche-t-il d'imaginer possible l'affirmation pleine et entière d'une telle confiance réciproque et d'une telle bonne foi.

développent les conflits entre États au XXI[e] s.[1]. Les virus informatiques et autres logiciels espions sont en passe de remplacer les mitraillettes et les chars d'assaut ou, du moins, ils en deviennent les compléments indispensables, à tel point que de plus en plus de guerres se gagneraient dans le cyberespace plus que dans l'espace physique[2]. Les États, notamment la France, allouent des moyens croissants au développement de capacités informatiques défensives mais aussi offensives. Ces enjeux rendent d'autant plus irréaliste l'intention de disposer d'un droit dont le champ d'application serait mondial.

Néanmoins, les conflits ouverts entre États ne sont que les cas les plus extrêmes. Ordinairement, sont en cause des tensions latentes entre États que la diversité inéluctable des intérêts défendus dans le champ des relations internationales engendre. Malgré le web, les sociétés et les régimes politiques sont loin de converger ; ils demeurent très variés et, parfois, inconciliables. L'internet serait même sans influence sur l' « obsession des frontières »[3] qui est

[1] A. BIAD, « Cyberguerre et *lex specialis* : évolution ou révolution ? », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 253 s. ; A. DESFORGES, « Le cyberespace : un nouveau théâtre de conflits géopolitiques », *Questions internationales* 2011, n° 47, p. 46.

[2] La « cyberguerre » consiste à mener une offensive contre une cible en paralysant son système économique, son réseau de communications et ses systèmes de défense en utilisant des moyens informatiques. Ces moyens de déstabilisation comprennent une palette d'outils qui vont du déni de service de sites (empêchant tout fonctionnement normal), à la saturation des messageries par les spams et à l'intrusion dans des sites web sensibles afin de les dénaturer, en passant par la propagande, arme classique revisitée grâce à l'internet, ou encore la télémanipulation d'installations. Les États-Unis ont ainsi envisagé de lancer une cyberattaque contre la Lybie en 2011 (en agissant sur les réseaux de communication entre les radars libyens et les batteries anti aériennes), cela avant de finalement recourir à une attaque classique puisque l'armée adverse se révélait très faible. Autre exemple, l'Estonie a subi une cyberguerre en avril 2007. Le Gouvernement estonien avait décidé d'enlever la statue d'un soldat soviétique qui trônait au cœur de Tallinn, la capitale. Durant quelques semaines, au printemps 2007, les sites des journaux, des principales banques et des institutions gouvernementales ont subi des bombardements massifs de spams et ont été victimes de « défacement » (changement de la page de garde) et de déni de service. Pour les estoniens, il ne fait aucun doute que ces attaques étaient le fait de la Russie. Selon les principes de l'OTAN, une attaque armée contre un pays de l'organisation est une attaque contre tous les pays membres. Mais peut-on légitimement considérer une cyberattaque comme une attaque armée ?

[3] Réf. à M. FOUCHER, *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007.

historiquement la marque des États[1]. Surtout, se déroule une véritable guerre juridique dans laquelle chacun des modèles européen, américain et asiatique, notamment, cherche à triompher des autres[2], ce qui, selon un auteur, pourrait aller jusqu'à engendrer la prochaine disparition de l'internet et son remplacement par des formes d'intranets régionaux[3].

En outre, la construction internationale du droit de la communication par internet semble contrariée par le fait que le réseau mondial favorise au moins autant la diversification que l'unification des cultures, donc au moins autant la diversification que l'unification des intérêts et des valeurs. Dans la société internationale contemporaine, la diversité l'emporte sur l'unité[4]. Nombre des observateurs du monde d'aujourd'hui conviennent que, loin de progresser vers un modèle unique, le monde serait plus que jamais fragmenté par la guerre des cultures et par le « choc des civilisations »[5], que la « névrose nationale » décrite par Nietzsche serait plus vive que jamais[6]. Loin de pousser à l'homogénéisation des formes d'organisation politique, le processus de mondialisation en cours tendrait tout au contraire à exacerber les particularismes et à renforcer les singularités[7]. Comme le Professeur Mireille Delmas-Marty l'affirme, « bâtir de

---

[1] Et ne dit-on pas que « la diplomatie n'est que la continuation de la guerre par d'autres moyens » (C. VON CLAUSEWITZ (cité par A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 109)) ?

[2] En ce sens, I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *op. cit.*, p. 5 (qui note, par exemple, que « les pays asiatiques sont en train de se doter d'un système de protection de la vie privée qu'ils veulent progressivement imposer au reste du monde. […] L'Europe doit défendre son modèle »).

[3] B. BEAUDE, *Les fins d'Internet, op. cit.*

[4] *Cf.* J.-D. MOUTON, « L'État selon le droit international : diversité et unité », in J.-D. MOUTON et *alii*, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Pedone, 1994, p. 79 s.

[5] Par exemple, S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations* (1996), Odile Jacob, 2000 ; S. P. HUNTINGTON, *Qui sommes-nous ? Identité nationale et choc des cultures*, Odile Jacob, 2004.

[6] F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 362.

[7] « Les efforts déployés par l'Occident pour diffuser ses conceptions, note le Professeur Jacques Chevallier, entraînent un choc en retour et la réaffirmation des valeurs propres aux sociétés locales » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 10). Et d'ajouter qu' « il est évident que les trajectoires politiques restent placées sous le sceau de la diversité » (*ibid.*), la mondialisation de la culture à laquelle participent les

nouvelles institutions n'a de sens que si le sentiment d'appartenance à une même communauté se développe simultanément. À cet égard, les liens culturels, scientifiques et économiques importent peut-être autant, sinon plus, que les liens juridiques »[1]. Certainement l'internet permet-il de renforcer ces liens, mais cela ne saurait effacer les désaccords entre les multiples gouvernements du monde, ceux-ci étant par trop dissemblables à de nombreux points de vue.

L'internet sert aussi à défendre et à développer les particularismes socio-culturels. Le sentiment de faire partie d'une même communauté mondiale, de la communauté humaine unique, n'existe pas, y compris dans le cyberespace, et, par conséquent, cela ne saurait justifier l'avènement de nouvelles institutions internationales. La réalité du monde d'aujourd'hui, bien qu'on parle abondamment de « globalisation » et de « mondialisation », est que « la diversité des cultures, le poids de l'histoire, et même peut-être un renouveau de la volonté de reconnaissance des individualités et des communautés, s'opposent fortement à toute unification »[2]. Les incompatibilités de sociétés, de cultures et, par suite, d'intérêts défendus paraissent donc interdire l'essor des sources publiques mondiales du droit.

Et l'internet ne saurait changer la donne, tout au contraire, si bien que les sources internationales ne semblent pas en mesure de s'émanciper de la confrontation entre États au profit d'une véritable coopération entre États.

II. ***Le cyberespace, ferment d'un affrontement autant que d'un rapprochement des valeurs étatiques.*** **–** Il est peut-être difficile de trouver quelque accord dans le sens d'un droit unique de la communication par internet dès lors que cette dernière est aujourd'hui le cœur de l'économie, constituant une méta-branche économique en tant que telle et servant d'outil décisif à l'intérieur des autres

---

services du web n'exerçant qu'une influence limitée sur les formes et sur l'exercice du pouvoir (A. MATTELART, « Vers la mondialisation de la culture ? », in S. PROULX, A. VITALIS, dir., *Vers une citoyenneté simulée – Médias, réseaux et mondialisation*, Apogée (Rennes), coll. Médias et nouvelles technologies, 1998, p. 17 s.).

[1] M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I*, *op. cit.*, p. 21-22.

[2] M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Pluralisme et unité », in L. FONTAINE, dir., *op. cit.*, p. 111.

branches[1]. La compétition économique, néanmoins, ne saurait être retenue comme principale explication à la difficulté d'établir un droit international puisque c'est justement le développement économique qui, depuis toujours, conduit les États à créer des organisations communes, de l'Union européenne à l'OMC.

C'est déjà quant à la forme du droit d'origine internationale que les États ne peuvent s'entendre. Concernant la « gouvernance de l'internet » telle que conçue dans l'antre des SMSI, des critiques proviennent en premier lieu d'États (notamment la Chine et la Russie) qui ne reconnaissent pas la légitimité d'un modèle dans lequel la société civile et les entreprises siègent à côté des représentants des gouvernements. Cette opposition frontale au modèle multiacteurs les conduit à promouvoir un système exclusivement intergouvernemental[2]. Avant de chercher à s'accorder sur le contenu du droit, il faudrait s'accorder sur les modalités de production du droit. Or déjà à ce niveau les blocages sont nombreux et parfois rédhibitoires.

Sur le fond, ensuite, quant au contenu du droit d'origine internationale, il est encore plus improbable que, dans un futur proche et même dans un futur lointain, États-Unis, Chine, Russie, Japon, Union européenne, Brésil, Inde et autres Afrique du Sud envisagent d'établir un cadre juridique commun applicable au cyberespace. S'il est vrai que « la trilogie "droits de l'homme-démocratie pluraliste-État de droit" » constitue le sésame pour participer à de nombreuses

[1] Les États situent dans le numérique les enjeux essentiels en termes de compétitivité au XXI^e^ s. Or la dynamique de « destruction créatrice » des emplois, selon la formule bien connue de Joseph Schumpeter, ne se réalise pas dans les mêmes proportions selon les États : les emplois créés dans un pays peuvent être détruits dans un autre, d'autant plus que l'internet permet la diffusion de services numériques partout dans le monde à un coût négligeable.

[2] En 2011, l'Organisation de coopération de Shanghai (Chine, Russie, Kazakhstan, Kirghizistan, Ouzbékistan, Tadjikistan) a ainsi déposé à l'ONU une proposition de « code de conduite intergouvernemental ». Aucune de ces propositions n'a abouti, pas plus que la proposition émise fin 2012 par ces mêmes États de confier la gestion technique de l'infrastructure internetique à l'UIT. Ce sujet était à l'ordre du jour du sommet de l'UIT de Dubaï, en décembre 2012, et a entraîné une forte polarisation des positions entre les pays émergents, d'une part, et les États-Unis et l'Union européenne, d'autre part.

organisations internationales[1], il est évident que de nombreux États ne peuvent qu'être exclus[2] et que l'élaboration d'un droit à vocation réellement mondiale est impossible[3]. Même entre l'Europe occidentale et l'Amérique du nord, les cultures juridiques sont différentes en matière de liberté d'expression, de propriété intellectuelle, de protection des données personnelles ou encore de contrôle des contenus, rendant très périlleuse l'intention d'établir quelques régimes normatifs communs, y compris par la simple harmonisation[4]. Ainsi note-t-on l'inconciliabilité « entre la vision marchande des normes promue par les États-Unis et la vision "républicaine" défendue par l'Europe »[5]. Les différentes cultures juridiques sont les fruits de traditions historiques et philosophiques contrastées, reflètent des conceptions parfois contradictoires de la nature humaine, des logiques sociales ou de l'activité économique que l'objet des communications par internet ne saurait faire disparaître pour autoriser l'affirmation d'un droit mondial grâce à un renouvellement des sources internationales du droit.

---

[1] J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 39.

[2] Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter la liste des « ennemis d'internet » — *i.e.* les États qui organisent une censure dans le cyberespace — que réactualise chaque année l'ONG Reporters Sans Frontières et qui comporte, notamment, l'Arabie Saoudite, le Bahreïn, le Belarus, la Birmanie, la Chine, la Corée du nord, Cuba, l'Éthiopie, l'Iran, l'Ouzbékistan, la Syrie, le Turkménistan et le Vietnam.

[3] Un exemple, parmi une foultitude, du fait qu'édicter des normes convenables aux yeux de tous est improbable se trouve dans l'accord sur les ADPIC, lequel a donné l'occasion de souligner combien « uniformiser au niveau mondial la protection de la propriété intellectuelle, c'est nier la diversité des situations » et à quel point « il est indispensable de défendre la possibilité pour les pays ayant un accès difficile à l'innovation de jouir d'un droit au copiage légal » (B. REMICHE, « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 320-321 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 335)).

[4] Isabelle Falque-Pierrotin cite l'exemple d'une application pour téléphone mobile permettant d'identifier les personnes d'origine juive et qui est complètement illégale en France et complètement légale aux États-Unis (I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *op. cit.*, p. 5).

[5] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 356.

Le droit chinois de la communication par internet se présente peut-être tel le principal témoignage du caractère utopique de l'aspiration à un État mondial capable d'établir un droit mondial.

III. ***Le cyberespace, milieu éloquemment encadré par la Chine.*** **–** La Chine étant désormais la première puissance économique du monde, il faut s'enquérir du statut de l'internet dans ce pays. Cela ne semble pouvoir qu'être très révélateur. Or ce statut ne partage pratiquement rien avec ses équivalents d'Amérique du nord ou d'Europe de l'ouest. La Chine a fait le choix de s'ouvrir à l'internet, mais avec l'intention d'en conserver une maîtrise pleine et entière. Aussi est-elle en la matière très réactive, notamment concernant l'infrastructure. Elle surveille les communications par internet avec le Département central de la communication du parti communiste, le Bureau national du cryptage et, surtout, le ministère de l'industrie et de l'information — qui joue à la fois le rôle de législateur et de régulateur[1]. De plus, en calquant, tout en ajoutant sa griffe très personnelle, les schémas de gestion de l'internet américains, la Chine n'est pas loin de créer un réseau dans le réseau, un intranet monumental[2]. Selon Tim Wu, « il ne s'agit plus de savoir si l'Internet aura un impact sur le régime chinois mais bien de savoir si la Chine aura un impact sur l'Internet mondial »[3].

Dernièrement, les autorités chinoises ont mis en place, à l'intérieur de leurs frontières et par un circuit de navigation qui leur est propre et ouvert sur l'internet global par des passerelles bien surveillées — c'est la « grande muraille informatique » —, des procédures de contrôle et de censure très élaborées dont l'objectif, selon les dirigeants, est d'assurer la « souveraineté numérique » du pays. Ce régime repose, en particulier, sur des autorisations pour les ouvertures

[1] Et le Centre chinois d'information sur le réseau internet enregistre les noms de domaine (par l'entremise de fournisseurs de service d'enregistrement locaux accrédités) et distribue les adresses IP.

[2] Cet État a, à plusieurs reprises, tenté de s'isoler avec des technologies particulières et non interopérables comme l'IPV9.

[3] J. GOLDSMITH, T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, 2008 (cité par B. BENHAMOU, « Les nouveaux enjeux de la gouvernance de l'Internet », *Regards sur l'actualité* janv. 2007).

de sites, des exigences d'authentification des internautes et le filtrage massif des contenus[1]. Également, la Chine cherche à mettre en place sa propre structure d'adressage et à s'affranchir de la tutelle de l'ICANN qu'elle considère comme étant aussi celle du Gouvernement américain[2]. L'objectif, bien que non affiché explicitement, est évidemment de rendre inaccessibles aux internautes chinois les sites étrangers qui pourraient publier des informations subversives ou autrement incompatibles avec l'idéologie d'État[3].

Dans ces conditions, le mouvement tend davantage vers plus de division du droit que vers plus d'unification du droit ; d'ailleurs, cela serait en train de provoquer un « grand schisme », une « balkanisation » ou une « fragmentation » de l'internet. La « fusion entre le droit chinois et le droit occidental » devant

[1] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 35.

[2] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 21.

[3] Comme cela est décrit, « la Chine est désormais munie d'un DNS à deux étages. Un premier accepte les noms de domaine en idéogrammes mais les tronque pour ne donner accès qu'aux sites installés sur le territoire chinois. Ainsi, pour les noms en <.com.cn> et <.net.cn>, le suffixe <.cn> n'apparaît plus à la fin dans la fenêtre du navigateur. Le résultat est que tout internaute chinois utilisant les idéogrammes est cantonné sur ce sous-réseau, déconnecté de la Toile, et directement contrôlé par Pékin. En tapant son adresse, l'internaute chinois arrive donc en réalité sur une version chinoise du site en question, préalablement aspiré, vérifié et remis en ligne par les autorités. Quant à la navigation sur les sites étrangers justiciables du DNS en caractères latins, elle est réservée aux personnels autorisés ou accrédités… et surveillés. Ce système de censure fonctionne aussi en sens inverse : un site chinois qui veut être atteignable de l'étranger doit en obtenir l'autorisation, afin que son nom soit publié dans le DNS visible de l'extérieur. L'ensemble du dispositif répond au beau nom de "Bouclier doré" » (H. GUILLAUD, « Chine : vers un grand schisme de l'internet », [en ligne] <lemonde.fr>, 19 févr. 2010). Autre exemple, les autorités chinoises, soucieuses de mieux contrôler les connexions sans fil sur leur territoire, ont demandé à des industriels américains de modifier les technologies Wi-Fi afin qu'en temps réel le ministère de l'intérieur chinois soit informé de l'identité des personnes connectées. Mais les industriels américains n'ont pas accédé à la demande des autorités chinoises (B. BENHAMOU, « Qui contrôlera demain Internet ? », *Le Monde* 31 mars 2007). Un journaliste fait remarquer que « ces évènements, passés pourtant inaperçus, sont considérables ; ils sont comparables, dans l'espace virtuel, aux guerres commerciales et coloniales des XVII^{e} et XVIII^{e} s. Nul doute que la technologie chinoise, qui aux parfums enivrants de l'indépendance associe les avantages pratiques de la censure et de la surveillance, connaîtra des succès auprès de la Russie, de l'Iran et d'autres pays » (H. GUILLAUD, « Chine : vers un grand schisme de l'internet », [en ligne] <lemonde.fr>, 19 févr. 2010).

aboutir à la « grande unité juridique du monde » espérée par le Professeur Mireille Delmas-Marty[1] ne semble guère en passe de se réaliser.

Bien sûr, la Chine est le premier pays à interroger du fait de sa puissance humaine et économique et parce que la situation y est particulièrement sensible en raison de l'ambition de modernisation rapide qui passe nécessairement par un usage dynamique de l'internet et des services du web, mais il y a bien d'autres États que les libertés que la communication par internet permet d'exercer effraient, notamment eu égard aux risques de déstabilisation qui en découlent. L'Iran, la Birmanie et la Corée du Nord, plus encore que la Chine, cherchent à mettre en place leurs « internets nationaux »[2]. L'ouverture et l'unicité du réseau sont de la sorte menacées par certains États qui ont entrepris de créer des racines alternatives au DNS ou, plus radicalement, de se doter de leurs propres réseaux. S'ils prennent le risque de l'isolement, ils menacent également l'internet, qui pourrait se retrouver compartimenté en de multiples espaces virtuels partiellement communicants. Et, puisqu'en sens inverse le web peut être utilisé comme un formidable outil de propagande, toutes les raisons sont bonnes pour exercer sur lui un entier contrôle[3].

---

[1] M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 10.

[2] « L'Iran finalise son Internet national », [en ligne] <lemonde.fr>, 24 sept. 2012. Après la Birmanie en 2010, l'Iran a annoncé, en septembre 2012, le lancement de son propre réseau national, permettant de « protéger sa population des influences étrangères » et de proposer une gamme de services localement adaptés. Cette mesure radicale et très coûteuse est à la hauteur de l'inquiétude d'un régime politique qui se sait menacé par l'internet. La Corée du Nord avait déjà initié ce processus de « balkanisation » en 2002, se dotant d'un réseau intérieur ouvert seulement à une élite et ne permettant qu'un accès limité et surveillé aux sites autorisés diffusant la propagande officielle (sites du régime ou d'agences gouvernementales).

[3] B. BENHAMOU, « Les nouveaux enjeux de la gouvernance de l'Internet », *op. cit.* Les formes de contrôle sur les pratiques internetiques citoyennes, au nom de la défense de la sécurité d'État ou d'un certain ordre public, sont multiples. Elles intègrent la surveillance des blogs, la pénétration des forums, la mise sous contrôle des cybercafés, le blocage de services précisément identifiés, le contrôle des moteurs de recherche qui rendent l'accès à certaines sources impossible. Des blogueurs sont poursuivis et emprisonnés en Syrie, en Birmanie, en Iran etc. Et de nombreuses sociétés se plient aux demandes « technologiques » des autorités des pays non démocratiques comme la Chine. Ce fut le cas pour Yahoo!

Les chefs d'États et de gouvernements du G8, réunis à Deauville les 26 et 27 mai 2011, se sont solennellement engagés, au sein de la déclaration finale du sommet, à « encourager l'utilisation d'Internet comme instrument de promotion des droits de l'homme et de la participation démocratique dans le monde entier ». Pareille intention ne saurait susciter l'adhésion des nombreux États peu ouverts aux droits de l'homme, à la démocratie et aux principes de l'État de droit. Et c'est en premier lieu la volonté de reprise en main par certains États de leur « souveraineté numérique » qui a causé l'échec du sommet international de l'UIT de Dubaï, en décembre 2012[1]. Enfin, il est significatif que le « Traité sur la gouvernance d'Internet » du 14 décembre 2012 a été principalement signé par des États prompts à exercer la censure, alors que, parmi les 55 États qui ont refusé de s'engager, se trouvent la France, le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada ou encore l'Australie[2].

---

lorsqu'il a été question de poursuivre des internautes « dissidents » et ce fut aussi le cas pour Google lorsqu'il a fallu censurer des contenus « politiquement sensibles ».

[1] En effet, lors de cette « Conférence mondiale des télécommunications internationales », les négociations entre 193 États et 800 entités du secteur privé portèrent, une nouvelle fois mais sans succès, sur l'installation d'un contrôle international des communications par internet confié à l'UIT, mais aussi sur la reconnaissance du « droit souverain et égal de chaque État à réguler ses télécommunications », suivant les termes d'une proposition commune de la Russie, de la Chine et des Émirats Arabes Unis visant à permettre aux 193 États membres de l'UIT d'obtenir le droit de gérer le nommage, le numérotage, l'adressage et les ressources d'identification nécessaires aux télécommunications internationales sur leurs territoires respectifs.

[2] Un autre exemple remarquable est l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA). Conscients des lacunes du cadre international de la mise en œuvre des droits destinés à assurer une protection globale de la propriété intellectuelle, quelques États ont amorcé, en 2007, la négociation de cet accord, finalement signé le 1er octobre 2011. Tels qu'annoncés en 2008, les objectifs fondamentaux de l'ACTA étaient de parvenir à un renforcement de la coopération internationale dans la lutte contre la contrefaçon, d'harmoniser les procédures de garantie des droits et d'établir un cadre juridique matériel commun (*cf.* P. ARHEL, « L'accord commercial anti-contrefaçon », *Propr. industr.* 2009, étude 17). Seulement, alors que seuls quelques États y étaient parties (l'Union européenne (à l'exception notable de l'Allemagne et de quelques autres États membres), l'Australie, le Canada, le Japon, le Mexique, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, la Corée du Sud, Singapour, la Suisse et les États-Unis, tandis que Le Brésil, la Chine, l'Inde et la Russie n'ont pas même été associés aux négociations), le texte a été bloqué, pour ce qui est de l'Europe, par le Parlement européen. Le 4 juillet 2012, il a rejeté le texte en séance plénière par 478 voix

C'est donc peut-être définitivement qu'il faudrait renoncer à l'espoir d'un renouvellement des sources internationales du droit permettant le déploiement du droit supranational et l'effacement des droits nationaux. Par ailleurs, les difficultés qui marquent la construction internationale du droit de la communication par internet s'expliquent par la domination, tant politique qu'économique et technologique, des États-Unis par rapport aux autres États.

IV. ***Le cyberespace, monde contestablement dominé par les États-Unis.*** **–** Le progrès technique, en renforçant l'interdépendance entre les États, a été l'un des moteurs du développement de la coopération internationale. Mais l'internet n'a pas suivi cette voie, il n'existe pas d'organisation intergouvernementale de l'internet, et cela s'explique notamment par le fait qu'un État en particulier, les États-Unis, a joué dans la conception du réseau mondial un rôle qui, s'il n'a pas été exclusif, a été sans conteste déterminant. Une telle configuration n'avait jamais existé à l'occasion des précédentes innovations technologiques. Aussi de nombreux États contestent-ils la domination américaine sur la « gouvernance de l'internet »[1]. La maîtrise des technologies a toujours été l'un des terrains où se joue la puissance économique, militaire et politique. Le contrôle des technologies de l'information, la suprématie informationnelle, est, au XXI[e] s., un enjeu fort pour la puissance[2]. Par exemple, la majorité des serveurs racines et surtout le

contre et 39 pour (165 abstentions). Depuis ce rejet par le Parlement européen, l'entrée en vigueur du traité a été repoussée *sine die*. La phase de ratification nécessite l'approbation parlementaire des États signataires ; or elle a été suspendue dans de nombreux pays suite à de vives polémiques. Ces polémiques sont nées notamment en raison du fait que les négociations ont été menées loin des cercles habituels que sont l'ONU ou l'OMC. En outre, elles se sont déroulées en secret, manquant grandement de transparence. Il n'y a finalement que le Japon qui a à la fois signé et ratifié le traité.

[1] Ils sont parvenus à inscrire, en décembre 2012, dans le projet de révision du Règlement des télécommunications internationales de l'UIT faisant suite à la Conférence mondiale des télécommunications de Dubaï, que « tous les gouvernements devraient avoir égalité de rôle et de responsabilité dans la gouvernance internationale de l'Internet ».

[2] Le lieu commun étant de comparer l'avantage stratégique conféré par la « suprématie informationnelle » et la science de l' « *information warfare* » à celui qui est assuré à ses détenteurs par l'arme atomique.

serveur racine A sont sous le contrôle et la responsabilité des États-Unis[1]. C'est pourquoi le réseau mondial pourrait contribuer au renouveau de la guerre froide sous la forme d'une « guerre froide numérique »[2].

Les États-Unis ont une responsabilité historique et technique dans le fonctionnement et le développement de l'internet[3], bien qu'une loi fédérale du 8 février 1996 ait proclamé très tôt le caractère « international » du réseau[4].

---

[1] Depuis sa création, le serveur racine A, qui contrôle la répartition des différents domaines en fonction de leurs zones géographiques, reste contrôlée directement par le Département du commerce des États-Unis. Ce pouvoir de contrôle du DNS est crucial puisqu'en théorie il permettrait à son détenteur d'effacer de la carte de l'internet les ressources de pays entiers. En effet, dans l'hypothèse du retrait de l'un des suffixes du serveur racine A, tous les sites ayant ce suffixe (comme le <.fr> pour la France) pourraient devenir progressivement inaccessibles. Pour les États-Unis, le contrôle de cette « ressource rare » reste un enjeu crucial tant en termes de souveraineté qu'en termes de développement des industries américaines des technologies.

[2] Ph. ACHILLEAS, « Guerre froide numérique – Autour de la révision du règlement des télécommunications internationales », *RGDI publ.* 2013, p. 300 s.

[3] Par exemple, Y. EUDES, « Internet, un réseau global sous domination américaine », *Le Monde* 17 nov. 2005. L'internet se présente tel un réseau de réseaux dont l'infrastructure physique s'est construite à partir du réseau historique nord-américain, par l'interconnexion de nouveaux réseaux ; et son développement a été initié et financé par les pouvoirs publics américains, si bien que, sur le plan historique, le Gouvernement américain a toujours joué un rôle central et incontournable. Notamment, les concepteurs du réseau l'ont longtemps fait dépendre de treize « serveurs-racines » alimentant les milliers de serveurs-relais à travers le monde, dont dix situés sur le territoire des États-Unis. Toute modification d'un de ces serveurs racines des noms de domaine nécessite l'accord du Gouvernement américain. Les États-Unis apparaissent comme le noyau de l'internet, concentrant les dorsales (*backbones*), les nœuds d'interconnexion, les flux, les contenus, les usagers et les opérateurs principaux. La carte du réseau ressemble à une toile d'araignée géante dont le cœur est l'Amérique du nord. Une très grande majorité des échanges électroniques mondiaux passent par les États-Unis où sont situées toutes les infrastructures clés. En 2009, sur les quelques 1 000 sociétés ayant le statut de *registrar* ICANN (intermédiaires de l'ICANN), près de 85 % étaient basées sur le continent nord-américain. Et puis les normes utiles au web, aux navigateurs, aux messageries instantanées, à la téléphonie par IP, aux services de commerce électronique ou à la publicité immatérielle naissent dans leur grande majorité au sein d'organisations à visée lucrative ou non lucrative situées aux États-Unis. On en vient à dire que « l'internet appartient au monde anglo-saxon » (I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet, enjeux juridiques*, *op. cit.*, p. 93) ou qu'il est une « extension virtuelle des États-Unis » (*ibid.*).

[4] Cité par I. FALQUE-PIERROTIN, *loc. cit.*, p. 104.

Celui-ci a longtemps été directement géré par des entités de l'administration américaine et, si, en raison de l'essor du web et des autres services de l'internet, le Gouvernement américain a abandonné cette gestion directe, il a souhaité jusqu'à ce jour maintenir une forme de tutelle[1]. Aussi le fait pour des États souverains de constater que les États-Unis détiennent une autorité importante sur le fonctionnement du réseau, cela à l'intérieur même de leurs propres frontières, constitue-t-il un point de friction lors des rencontres internationales[2].

Évidemment, les États-Unis voient dans le réseau de réseaux un avantage, une force, mais aussi une source essentielle de « *soft power* », c'est-à-dire un moyen d'imposer ses décisions non pas par la force mais par la persuasion — tout

[1] Cette tutelle s'est longtemps manifestée notamment dans le fonctionnement de l'ICANN. Cette « anomalie historique » (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, *op. cit.*) de l'architecture de l'internet — en ce qu'il s'agit d'un élément de forte centralisation et de forte hiérarchisation — qu'est le système de gestion des noms de domaine (DNS) concentre nombre des problématiques. Il faut dire que, en attribuant aux noms de domaine une valeur sémantique, on a donné au nommage une valeur économique considérable, et on en a fait un enjeu juridique et, plus encore, politique. Le DNS s'appuie sur un format, une configuration, des appellations et un mode de gestion nécessairement imprégnés de la culture anglo-saxonne, jusqu'à imposer l'alphabet latin pour la rédaction des noms de domaine ou à éliminer les accents, mal gérés par des serveurs largement anglophones (cette exclusivité a cependant été levée par une décision de l'ICANN d'octobre 2009 permettant théoriquement l'enregistrement d'adresses rédigées en caractères chinois, japonais, arabes ou cyrilliques).

[2] Ce thème fut d'ailleurs considéré par les États membres des Nations Unies comme l'une des problématiques essentielles à mettre en débat lors des SMSI. À ces occasions, les États-Unis réclamaient le *statu quo* (en particulier concernant les fonctions dévolues à l'ICANN), tandis que, tout à l'opposé, la Chine, l'Iran et Cuba souhaitaient la mise en place d'un contrôle étatique strict de l'internet sous contrôle onusien et que l'Union européenne demandait que la supervision des fonctions critiques de l'ICANN soit confiée à une structure multilatérale collégiale, sans que cette structure prenne nécessairement la forme d'une agence traditionnelle des Nations unies (B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 7). La « gouvernance » de l'internet (et en particulier la « gouvernance » des noms de domaine) était donc au centre des débats du premier SMSI et a donné lieu à des tensions autour du contrôle qu'exercent les États-Unis sur les infrastructures critiques du DNS. Les pays de l'Union européenne ont en particulier souhaité que, pour l'Europe, les infrastructures de gestion de l'internet des objets européen soient localisées sur le territoire de l'Union. Il s'agit à la fois d'assurer à l'Europe une souveraineté sur ses ressources critiques et de protéger les données sensibles des entreprises et des citoyens.

l'enjeu étant de faire en sorte que la puissance soit perçue comme légitime[1] —, tandis que les États du Moyen-Orient, d'Asie ou même d'Europe entendent limiter au maximum la mainmise américaine sur les réseaux et les technologies, mais aussi sur les contenus. Il n'est dès lors guère surprenant que les États-Unis se soient toujours opposés au renforcement des attributions de l'UIT en matière d'internet[2] quand beaucoup d'États ont, à l'inverse, souhaité que la « gouvernance de l'internet » connaisse une profonde refonte[3].

Toutefois, les pressions exercées sur les États-Unis par ses partenaires sont en passe de porter leurs fruits : après des premiers efforts concédés en 2006[4] et en 2009[5], le Gouvernement américain a, le 14 mars 2014, annoncé qu'il renonçait à sa tutelle sur l'ICANN et lui a demandé de rechercher un nouveau cadre de

[1] R. KAGAN, *Le revers de la puissance : les États-Unis en quête de légitimité*, Plon, 2004.

[2] Lors des discussions dans le cadre du second SMSI, un représentant du ministère du commerce américain synthétisait les intentions de son pays en ces mots : « Il serait dangereux d'avoir plus de cent conducteurs pour un seul bus. À l'heure actuelle, nous avons un seul conducteur et, jusqu'ici, il a fait du bon boulot » (cité par V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 277).

[3] Il faut rappeler que les États sont représentés auprès de l'ICANN dans un Governmental Advisory Committee (GAC), mais, comme l'indique son nom, le rôle de ce comité n'est que consultatif. Ainsi le Conseil d'État, en 2014, pouvait-il formuler la recommandation suivante : « Il conviendrait de promouvoir la démocratisation de l'ICANN, notamment en créant une assemblée générale rassemblant l'ensemble des parties prenantes et pouvant mettre en cause la responsabilité du conseil d'administration. Le rôle des États devrait être renforcé, en permettant au comité représentant les gouvernements (GAC) d'adopter des résolutions contraignantes » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 31). Également, le Conseil estime que, « pour l'ensemble des instances, il conviendrait de diversifier la composition des organes de gouvernance d'internet, par des critères de sélection imposant une réelle diversité linguistique et géographique et la mise en place de stratégies d'influence de la France et de l'Union européenne » (*ibid.*).

[4] Un accord conclu entre l'ICANN et le Secrétaire d'État américain au commerce en 2006 donna plus d'autonomie à l'organisme sur deux points précis : tout d'abord, il peut décider lui-même de ses priorités (« c'est à l'ICANN et à sa communauté de décider de ce sur quoi il doit travailler et comment ») ; ensuite, l'ICANN n'est plus obligée de rendre compte de ses activités au département du commerce tous les six mois et il doit seulement fournir un rapport annuel « à l'attention de l'ensemble de la communauté internet ».

[5] Fin 2009, au moment où l'accord liant l'ICANN au Gouvernement américain a été renouvelé, l'Union européenne a obtenu un droit de regard et de suggestion plus important dans les instances de l'association.

« gouvernance » fondé sur le consensus entre toutes les parties prenantes ; en conséquence, le contrat avec l'ICANN n'a plus été renouvelé à son échéance. Dans le même temps, la conférence mondiale multipartite sur l'avenir de la « gouvernance de l'internet », dite « NetMundial », qui s'est tenue à Sao Paulo les 23 et 24 avril 2014, a conclu à la nécessité de mettre en œuvre un nouveau cadre de supervision des fonctions assurées par l'ICANN.

Durant les années 2010, les révélations de l'informaticien Edward Snowden quant à la méga-surveillance exercée par l'administration américaine ont cependant contribué à toujours plus renforcer le clivage entre les États-Unis et le reste du monde. Ces informations ont permis ce comprendre que le réseau est instrumentalisé par les agences de renseignement américaines dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la criminalité, mais également à des fins de stratégie diplomatique et de guerre économique[1]. En réaction aux révélations sur ces pratiques de surveillance de masse, les dirigeants de plusieurs entités impliquées dans la « gouvernance », dont l'ICANN, l'IETF, l'Internet Society et le W3C, ont adopté, le 7 octobre 2013, la « déclaration de Montevideo » dans laquelle ils « exprim[ent] leur vive préoccupation face à l'érosion de la confiance des internautes au niveau mondial » et « appel[ent] à l'accélération de la mondialisation des fonctions […] de l'ICANN vers un environnement dans lequel toutes les parties prenantes, y compris tous les gouvernements, participent sur un pied d'égalité ».

Si le droit international et l'ordre juridique international naissent au terme d'un contrat social liant les États à l'identique des ordres juridiques nationaux qui sont le fruit de contrats sociaux liant les citoyens, il y a fort à parier que ce contrat social international n'est jamais advenu et qu'il n'adviendra jamais[2]. La

[1] Plus précisément, a été révélée l'existence de programmes classés secret-défense dont le programme PRISM, créé en 2007, qui permet la surveillance par le FBI et la NSA des internautes hors territoire étatsunien grâce à l'accès aux bases de données clients de Google, Facebook, Microsoft, Skype, Youtube, Yahoo! et Apple, notamment.

[2] « La belle idée messianique propagée par la première génération de l'Internet à la fin des années quatre-vingt-dix, celle d'un monde sans frontières et sans crise grâce à la connaissance librement diffusée par Internet, est évidemment à ranger au magasin des utopies » (J.-P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 6), tout comme la

« communauté internationale » demeure très largement une fiction, une vue de l'esprit[1]. Il ne serait donc que possible de demeurer sceptique face à la vision progressiste d'une société internationale qui évoluerait vers un système aussi perfectionné que le modèle étatique, s'accompagnant d'un profond renouvellement des sources internationales du droit. Comme l'enseigne un professeur, « en droit international public, ce n'est pas la connaissance ni les modèles qui manquent mais le degré de solidarité ou de volonté sociale requis pour passer à une structure plus perfectionnée de gestion juridique »[2].

Si les sources internationales souffrent de trop de maux pour pouvoir concourir plus et mieux à la production du droit de la communication par internet, peut-être les sources européennes peuvent-elles s'imposer tel un pis-aller. Un droit régional serait à privilégier dès lors qu'il n'est pas possible de se reposer sur un droit mondial. Le glissement du pouvoir politique vers le haut du fait de l'intégration doit forcément reposer sur des valeurs et des intérêts communs[3] ; cela est peut-être concevable à l'échelle d'un continent mais pas à l'échelle de la planète.

---

vision d'une « citoyenneté transnationale » (W. KYMLICKA, « Le mythe de la citoyenneté transnationale », *Critique internationale* 2004, n° 23, p. 97 s.) que les communications par internet permettraient de réaliser.

[1] En ce sens, R.-J. DUPUY, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, 1986 ; P.-M. DUPUY, « La communauté internationale – Une fiction ? », in *Mélanges Jean Salmon*, Bruylant (Bruxelles), 2007, p. 373 s.

[2] G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, p. 125 (cité par Ph. BLACHER, *op. cit.*, p. 83).

[3] P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 49 (cité par L. BAL, *op. cit.*, p. 349).

Chapitre 2

LE DÉVELOPPEMENT DES SOURCES EUROPÉENNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Si le droit international est un espace *a priori* plus légitime que le droit de l'Union européenne pour élaborer le droit de la communication par internet, le second pèse nettement plus lourd que le premier dans cette branche du droit en termes quantitatifs[1] — mais aussi en termes qualitatifs[2]. Il existe des affinités

[1] Il faut rappeler qu'environ 14 % du droit de la communication par internet possède une origine européenne contre environ 8 % de ce droit qui a une origine internationale (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190). La différence est moins flagrante en matière de droit du contenant de la communication par internet (11 % de normes européennes contre 8 % de normes internationales (*ibid.*, p. 191)) que dans le domaine du droit du contenu de la communication par internet (17 % de normes européennes contre 9 % de normes internationales (*ibid.*, p. 206)).

[2] Il importe de signaler *l'importance des sources européennes en tant que sources matérielles* et en tant que sources formelles de normes primaires et secondaires dont les destinataires sont les institutions étatiques. Lorsqu'un même contenu normatif, un même devoir-être, est consacré au sein d'une directive européenne puis au sein d'une loi étatique, deux normes doivent être comptabilisées : l'une originaire de l'Union, l'autre comprise dans un acte législatif ; mais, qualitativement, la première semble ô combien supérieure à la seconde dès lors que « les Parlements transposent les directives comme des machines » (F. GRANET, « Perturbation dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 41 (cité par P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 760)). Cela même si, quand le législateur national transpose au sein du droit national une directive de l'Union, il ne fait que répondre à une exigence du droit européen qui s'impose à lui en vertu d'une règle

certaines entre l'Union européenne et le droit de la communication par internet[1]. On va même parfois jusqu'à considérer que ce serait « de manière quasi-exclusive » que les directives européennes saisiraient l'internet[2]. Et l'Union européenne se démarque en ce qu'elle n'hésite pas à procéder à d'importantes *évolutions légistiques*, participant ainsi d'un renouvellement plus ou moins substantiel des sources du droit[3]. L'Union européenne, malgré les crises politiques qu'elle doit et devra encore affronter, pourrait donc se situer bien plus au cœur du « droit de demain » que les organisations internationales — quoiqu'à l'égard seulement des populations de ses États membres.

Seulement une grande difficulté sur laquelle semble achopper l'Union européenne est-elle qu'elle ne souffrirait qu'un peu moins que les États du problème des échelles spatiales des activités immatérielles et de l'applicabilité du droit[4]. L'européanisation du droit serait ainsi plus proche d'une étatisation du droit que d'une mondialisation du droit[5] et il s'agirait, au mieux, d'un pis-aller[6] tant les dimensions du territoire et de la population de cette Europe politique restent inférieures à celles d'États comme la Chine ou les États-Unis[7].

---

constitutionnelle. *Cf.* B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.* 2004, p. 1739 s.

[1] *Cf.*, notamment, A. BLANDIN-OBERNESSER, dir., *L'Union européenne et internet*, Apogée, 2001.

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 346-347.

[3] En ce sens, R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet*, *op. cit.*

[4] Par exemple, H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », *Arch. phil. droit* 1999, p. 187 s. ; E. GUICHARD, « L'Internet et le territoire », *Études de communication* 2007, n° 30, p. 83 s.

[5] Pour une analyse contraire, *cf.* A. EPINEY, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in Ch-A. MORAND, dir., *op. cit.*, p. 147 s.

[6] En ce sens, R. HIGGOTT, « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Politique étrangère* 1997, p. 277 s.

[7] Il faudrait donc strictement *séparer la régionalisation et la mondialisation.* Un « intérêt général européen » (réf. à P. BAUBY, « La construction originale d'un intérêt général européen », in Ch. DEBLOCK, O. DELAS, dir., *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2003, p. 45 s.), concernant *7 % de la population mondiale*, est tout autre chose par rapport à un intérêt général mondial impliquant la totalité de l'humanité ; le « droit commun européen » (réf. à J.-P. GRIDEL, *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, Dalloz,

Pour autant, l'Union européenne s'avère incontournable au sein de cette étude en ce qu'elle est peut-être la meilleure illustration du développement d'un droit spécifique, visant l'harmonisation ou même l'uniformisation, à une échelle continentale[1]. Il existe, à travers le monde, diverses autres organisations de dimensions régionales, mais leur potentiel d'intégration juridique est très différent[2]. Aucune d'entre elles n'égale ni n'approche le niveau de développement institutionnel de l'Union européenne et ne parvient à réaliser autant qu'elle l'idée de droit commun[3]. Toutes sont des ententes régionales à vocation uniquement économique, construites à l'aune de motifs exclusivement économiques : libéraliser les mouvements de biens, de services et de capitaux. Seule l'Union européenne repose peut-être aujourd'hui sur une volonté politique au moins autant que sur une nécessité économique et possède réellement un *centre supranational*[4].

Les sources spécifiques à l'Union européenne[5] s'avèrent excessivement *perfectionnées et complexes*, en particulier structurellement[1]. En ces pages, il

---

1999) ne saurait être le « droit commun » (réf., notamment, à B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 s.). En ce sens, J. DE LA ROCHÈRE, « Mondialisation et régionalisation », in É. LOQUIN, dir., *op. cit.*, p. 149 s. ; A. EPINEY, *op. cit.*, p. 147 s.

[1] M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. BERGEL, dir., *op. cit.*, p. 356.

[2] *Cf.* J. TÉNIER, *Intégrations régionales et mondialisation – Complémentarité ou contradiction*, La documentation française, 2003.

[3] *Cf.* F. SNYDER, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Dr. et société* 2003, p. 435 s.

[4] « Ce qu'il y a de moins simple, de moins naturel, de plus artificiel dans le monde, écrivait Jules Michelet, c'est l'Europe » (J. MICHELET, *Introduction à l'histoire universelle*, 1834 (cité par M. PIERSON, *Aides d'État et politiques de l'Union européenne – Contrôle communautaire des interventions étatique ou interventionnisme communautaire*, th., Université Bordeaux IV, 2012, p. 2)). Mais, depuis que l'illustre historien s'est ainsi prononcé, les temps ont changé et, désormais, l'Europe politique se présente tel quelque-chose de relativement naturel, bien que, peut-être, « l'Union européenne reste un tout inférieur à la somme de ses parties » (R. DEBRAY, *L'édit de Caracalla*, Fayard, 2002, p. 81).

[5] Il est important de préciser que le Conseil de l'Europe ne sera pas associé à l'Union européenne au sein de ce chapitre relatif aux sources européennes du droit de la communication par internet. Dès lors qu'a été décidé de distinguer l'Union européenne et les organisations internationales, le droit produit dans le cadre

s'agira surtout de rechercher les éléments qui font que, comparativement aux difficultés que rencontrent les sources internationales, il serait permis de parler de « succès normatif » des sources européennes, un « succès normatif » qui ne saurait aller sans renouvellement des sources tant l'objet à saisir présente des particularités qui obligent le droit à s'adapter. Les institutions de l'Union feraient ainsi œuvre beaucoup plus utile que les autres sources publiques externes en matière de production du droit de la communication par internet (section 1), cela spécialement parce qu'elles s'appuient sur une *légistique souvent novatrice et adaptée* (section 2), loin du fonctionnement relativement archaïque des relations internationales. Le renouvellement des sources du droit semble donc empreindre bien davantage les institutions européennes que les organisations internationales.

---

du Conseil de l'Europe a été classé à l'intérieur du droit d'origine internationale, considérant que ledit Conseil, quoiqu'il ne revête pas une vocation mondiale, serait une organisation internationale semblable aux autres et à ne surtout pas rattacher à l'Union européenne, laquelle mériterait d'être interrogée en soi et pour soi. Dans tous les cas, les actes normatifs issus du Conseil de l'Europe et ayant vocation à encadrer les activités de l'internet sont rares. Il faut surtout mentionner la Convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la cybercriminalité du 8 novembre 2001 (cette convention a été ouverte à la signature de pays tiers et a été signée notamment par les États-Unis, le Canada, le Japon et l'Afrique du Sud, ce qui conforte le choix d'inscrire le Conseil de l'Europe parmi les sources internationales du droit de la communication par internet). Tant quantitativement que qualitativement, l'Union européenne apparaît beaucoup plus importante pour le droit de la communication par internet que le Conseil de l'Europe.

[1] Si la sortie à venir du Royaume-Uni du nombre des États membres est peut-être un point négatif dans l'histoire de l'Union européenne et si cette dernière semble demeurer « une assemblée d'États dont aucun n'a réussi à se départir de son égoïsme traditionnel » (F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique, op. cit.*, p. 363), ces États n'en sont pas moins profondément intégrés au sein de l'Union, ce qui est tout à fait remarquable et est décisif pour le fonctionnement et la production normative des sources du droit qui en dépendent. L'Union européenne est une configuration politique originale, privant les États d'une partie de leurs prérogatives de souveraineté, ce qui la démarque assez radicalement des organisations internationales. D'aucuns posent ainsi la question de savoir si l'Union ne serait pas devenue un « super-État » (S. SAURUGGER, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 13) — ou affirment qu'elle le serait devenue (G. MAJONE, *La Communauté européenne, un État régulateur*, Montchrestien, 1996). Sur ce point, *cf.* notamment O. BEAUD, « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », in F. ESPOSITO, N. LEVRAT, dir., *Europe : de l'intégration à la fédération*, Bruylant (Bruxelles), 2010, p. 71 s. ; M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s.

Par suite, le « droit de demain » pourrait s'appuyer fortement sur les premières mais toujours très peu sur les secondes.

Section 1

L'utilité de l'Union européenne face à l'exigence d'un droit supranational

L'ordre juridique de l'Union européenne est *un ordre juridique* sui generis *et complexe*, si bien qu'il dispose mieux que l'ordre juridique international des moyens nécessaires à l'élaboration d'une branche du droit révélatrice du droit « postmoderne » telle que le droit de la communication par internet. Ainsi que le conçoit la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne elle-même, le droit originaire de l'Union européenne constitue un ordre juridique nouveau[1] et intégré[2]. À la différence des autres organisations régionales, l'idée directrice qui a présidé à la construction européenne est *l'intégration*, si bien que le droit de l'Union européenne ne s'analyse pas (ou plus) comme un simple droit interétatique et qu'il présente peut-être *un caractère législatif bien plus qu'un caractère conventionnel*[3].

---

[1] CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/92, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*.

[2] CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ ENEL*.

[3] P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 65. L'Union européenne est un ordre créé par le droit et créant du droit (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9e éd., Montchrestien, 2010, p. 7) : il y a le droit qui la fonde et qui lui octroie ses compétences (le droit primaire, élaboré par les États membres sous la forme de traités institutionnels et qu'un auteur qualifie d' « ordre répartiteur » (X. MAGNON, *op. cit.*, p. 106)) et le droit qu'elle crée en vertu de ses compétences et au moyen de ses organes (le *droit dérivé*, consistant en des règlements, directives — qui ne fixent pas simplement des objectifs mais sont de véritables « législations-cadres » (J. ZILLER, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RF adm. publ.* 2004, n° 109, p. 21) —, décisions et arrêts et sur lequel les États n'ont pas le contrôle). C'est cette dernière forme de droit, *qui s'adresse plus aux individus qu'aux États*, qui fait

Dans le domaine de la production du droit de la communication par internet, cet ordre juridique original qu'est l'Union européenne joue un rôle quantitativement et, surtout, qualitativement déterminant (A), bien que le processus d'européanisation du droit de la communication par internet demeure en différents points inabouti (B). De nouveaux progrès seraient donc à attendre.

A. L'approfondissement du processus d'européanisation du droit de la communication par internet

L'Union européenne a toujours affiché sa volonté d'être un interlocuteur engagé dans les négociations internationales sur la gestion de l'internet. Elle a ainsi joué un rôle significatif dans la création du comité des gouvernements placé auprès de l'ICANN. Dans le cadre onusien du Sommet mondial sur la société de l'information, elle a défendu un certain nombre de principes : ouverture et interopérabilité de l'internet, promotion d'une « gouvernance » multi-acteurs, responsabilité des États dans la préservation de l'intérêt général, ou encore rôle central du secteur privé dans la gestion quotidienne de l'internet[1]. Mais c'est aussi et surtout en tant que source directe et formelle de normes, non en tant qu'artisan des négociations internationales, que l'Union européenne joue un rôle cardinal. Il suffit d'observer le volontarisme avec lequel la Cour de Justice de l'Union européenne a cherché à consacrer la *« souveraineté numérique européenne »* à l'occasion de ses arrêts « Costeja »[2], « Schrems »[3] ou « Amazon »[4] pour comprendre à quel point elle entend saisir par son droit les technologies et, surtout, les activités de l'internet, à quel point elle souhaite

---

toute la différence entre les sources européennes et les sources internationales envisagées à l'intérieur du précédent chapitre.

[1] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 35.

[2] CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*.

[3] CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-362/14, *Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner*.

[4] CJUE, 28 juil. 2016, aff. C-191/15, *VKI c/ Amazon EU*.

positionner ses normes au cœur du droit de la communication par internet[1]. Aussi faut-il strictement la séparer des autres sources publiques externes du droit de la communication par internet qui, bien davantage qu'elle, semblent mériter les critiques que Jean Carbonnier adressait au « droit venu d'ailleurs, intrus par excellence »[2].

Autant l'internationalisation du droit de la communication par internet demeure largement ineffective en même temps qu'utopique, autant l'européanisation de ce droit est, elle, un phénomène qu'il importe de relever — cela valant, il faut insister sur ce point, sous l'angle quantitatif et sous l'angle qualitatif dès lors que les institutions de l'Union jouent à la fois le rôle de sources matérielles et celui de sources formelles ; la rédaction de nombreux livres verts afin d'encourager les réflexions communes en témoigne[3]. Le renouvellement des sources du droit devrait donc être recherché au niveau de l'Union européenne bien plus qu'au niveau des organisations internationales. Comme le rappelle le préambule de la directive de 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 soulignait déjà la « nécessité de créer un cadre juridique général et souple au niveau de la Communauté pour favoriser le développement de la société de l'information en

[1] À travers ces arrêts — qui ont mis en scène les fameux GAFA, qui proposent leurs services sur les territoires des États européens tout en prétendant ne pas être soumis à leurs droits —, la Cour a voulu affirmer que le cyberespace n'interdirait pas l'application de lois locales, les textes européens constituant une forme de lois locales.

[2] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, 2006, p. 48.

[3] *Cf.*, plus généralement, F. SNYDER, « Europeanisation and Globalization as Friends and Rivals: European Union Law in Global Economic Networks », in F. SNYDER, dir., *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing (Oxford), 2000, p. 293 s.

Europe »[1]. Le droit de la communication par internet est donc un droit qui s'organise largement à partir et autour du « Léviathan communautaire »[2].

Après avoir pris en compte toutes les fins à poursuivre et tous les moyens à disposition, il devient logique de soutenir que, en matière d'encadrement des activités en ligne, « si un législateur doit intervenir, ce ne peut qu'être le législateur européen »[3]. Peut-être une même conclusion peut-elle s'appliquer à l'égard de l'intervention du juge[4]. Ce sont toutes les instances de l'Union qui paraissent les mieux à même de permettre l'harmonisation des notions et des régimes juridiques qui s'appliquent aux acteurs concernés[5]. Ainsi l'un des objectifs de la directive du 8 juin 2000 a-t-il été d' « assurer un niveau élevé

[1] PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, *Sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

[2] L. AZOULAY, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *Mélanges Antoine Pirovano*, *op. cit.*, p. 284 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 186). La directive du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur en est l'une des dernières et des plus remarquables illustrations : la Commission pousse à ce que les œuvres soient disponibles par-delà les frontières alors que, ordinairement, la protection des droits d'auteur et droits voisins est accordée dans le cadre de chaque législation nationale et les services du web qui proposent des œuvres culturelles doivent donc obtenir l'accord des organismes de gestion collective dans chaque pays (PE et Cons. UE, dir. n° 2014/26/UE, 26 févr. 2014, *Concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*). Avec la directive précitée, est poursuivi ce but d'encouragement de l'octroi de licences valables simultanément dans plusieurs pays.

[3] J. CATTAN, *op. cit.*, p. 397 ; également, C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, p. 4.

[4] J. PASSA, « Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur internet », *RLDI* 2010, n° 63.

[5] Par exemple, G. SANSOM, « Stratégies de déplacement et autres violations de la territorialité : cybercriminalité, World Wide Web et portée du droit criminel », in A. BRETON, A. DES ORMEAUX, K. PISTOR, P. SALMON, dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 209.

d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information »[1].

À la suite des orientations opérées par les livres verts des années 1990, l'Union européenne a fait des enjeux normatifs de la société de l'information des enjeux relevant essentiellement de son intervention. Les « autoroutes de l'information »[2] ont encouragé une adaptation permanente du cadre réglementaire des télécommunications pour répondre aux exigences nouvelles posées par l'internet, notamment en termes de propriété intellectuelle[3]. Plus fortement, les

[1] PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*. Dans les années 1980, l'établissement d'un marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble ou le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications ont été entrepris au niveau européen — la politique européenne des télécommunications fournit peut-être l'un des meilleurs exemples de politique sectorielle accomplie — ; le droit de la communication par internet n'a pu qu'à plus forte raison suivre ce mouvement. Dès 1993, l'Union européenne prit conscience de l'importance de développer une « infrastructure paneuropéenne de l'information » (K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL et *alii*, *op. cit.*, p. 45) et la Commission publia un livre blanc intitulé « Croissance compétitivité, emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI[e] siècle » où les nouvelles technologies de l'information et de la communication étaient au premier plan. En effet, la Commission décelait dans une utilisation optimale de ces technologies la possibilité de créer de nombreux marchés de services.

[2] Cette expression a été consacrée dans le « Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information » de 1995.

[3] En octobre 1994, dans la première partie du « Livre vert sur la libéralisation des infrastructures des télécommunications et des réseaux de télévision par câble », l'Union recommandait ainsi, « notamment en raison de l'amélioration attendue de la compétitivité de l'industrie européenne », d'éliminer les restrictions pesant sur les télécommunications (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 346). En janvier 1994, la Commission européenne avait en effet confié à un groupe de 19 personnalités représentatives de toutes les industries concernées par le développement des nouvelles technologies de la communication le soin d'établir un rapport sur le développement des autoroutes de l'information en Europe. Élaboré sous la direction de Martin Bangeman, vice-président de la Commission, ce rapport dit « Bangeman » définissait un plan d'action pour atteindre l'objectif lui servant de titre : « L'Europe et la société de l'information globale – Recommandations au Conseil européen ». Précisant donc les modalités et les moyens d'action, il mettait en garde contre les risques de disparité, proposait d'accélérer le processus de déréglementation et invitait à établir un cadre règlementaire uniforme sur la protection des droits de propriété intellectuelle et de la vie privée. Ce rapport, déposé peu avant le sommet de Corfou des

textes à portée normative des années 2000, spécialement les importantes directives qui constellent le droit des communications électroniques[1], achèvent de

24 et 25 juin 1994, témoigne parfaitement du fait que, dès les origines, les instances de l'Union européenne ont vu dans la communication par internet nombre des enjeux contemporains les plus décisifs, spécialement en matière économique. Illustrent ce même fait l'importante communication de la Commission au Conseil et au Parlement basée sur le « rapport Bangeman » et datée du 19 juillet 1994, le plan d'action proposé par la Commission, le 17 novembre 1996, sur le thème « l'Europe à l'avant-garde de la société de l'information globale », le plan d'action « e-Europe » préparé par la Commission en 2000, le livre vert adopté par la Commission au mois de décembre 1997 et relatif à la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information (qui témoigne de l'extension du champ des préoccupations de la Commission du secteur des télécommunications au sens strict à ceux des nouvelles technologies de l'information et de la communication), la transformation de la « Direction générale XIII », créée en 1986, en une « Direction pour la société de l'information » (aujourd'hui « Direction générale société de l'information et médias »), l'érection d'un Centre européen de lutte contre la cybercriminalité, l'institutionnalisation de groupements européens des régulateurs ou encore les initiatives prises dans le cadre de la « Révision 1999 », notamment après le Sommet de Lisbonne de cette année.

[1] Notamment, PE et Cons. CE, dir. n° 95/46/CE, 24 oct. 1995, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* ; PE et Cons. CE, dir. n° 97/66/CE, 15 déc. 1997, *Concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications* ; PE et Cons. CE, dir. n° 1999/93/CE, 13 déc. 1999, *Portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, *Sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/21/CE, 7 mars 2002, *Relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/19/CE, 7 mars 2002, *Relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/20/CE, 7 mars 2002, *Relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/22/CE, 7 mars 2002, *Concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/58/CE, 12 juill. 2002, *Concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* ; PE et Cons. CE, dir. n° 2002/77/CE, 16 sept. 2002, *Relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques* ; PE et Cons. UE, dir. n° 2002/65/CE, 23 sept. 2002, *Concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE* ; PE et Cons. UE, dir.

convaincre du fait que, si l'Union européenne a un rôle relativement naturel à jouer en matière d'édiction du droit de la communication par internet, elle joue effectivement ce rôle. L'Union a ainsi été à l'initiative de nombreux régimes juridiques touchant à l'internet[1]. Et, si son domaine de prédilection est le droit économique, ce sont jusqu'à certains droits et libertés fondamentaux que l'Union européenne a cherché à forger[2] — quelques-uns pouvant d'ailleurs interférer dans la régulation économique.

Ainsi que l'indique le Conseil d'État, « les internautes européens doivent se voir appliquer en priorité des règles européennes. L'Union européenne constitue, en opportunité, le niveau pertinent d'action »[3]. Autant les sources internationales semblent très peu impliquées dans le renouvellement des sources du droit, autant les sources européennes paraissent jouer un rôle important dans ce processus. Toutefois, l'européanisation du droit de la communication par internet est peut-être loin d'être achevée ; elle est en cours, même si de nombreuses étapes importantes ont déjà été franchies.

---

n° 2014/26/UE, 26 févr. 2014, *Concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*.

[1] Quant aux régimes juridiques provenant de directives communautaires, peuvent notamment être cités la signature électronique, le chiffrement, la protection des données personnelles et de la propriété intellectuelle, la lutte contre la fracture numérique, la sécurité des réseaux, le dégroupage de la boucle locale ou encore le développement de l'utilisation des technologies de l'information par les collectivités publiques, c'est-à-dire l' « e-gouvernement ».

[2] Ainsi le Parlement européen a-t-il pu reconnaître un droit fondamental inédit à l'époque : la liberté d'accéder à l'internet. Le 26 mars 2009, le Parlement a publié un « Rapport sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur internet » dans lequel il affiche que « garantir l'accès de tous les citoyens à Internet équivaut à garantir l'accès [de] tous les citoyens à l'éducation ». Le texte précise également qu' « un tel accès ne devrait pas être refusé comme sanction par des gouvernements ou des sociétés privées », pied de nez patent aux autorités françaises et à la « loi HADOPI » alors en discussion.

[3] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 334.

B. L'inaboutissement du processus d'européanisation du droit de la communication par internet

Il ne faut pas assimiler ce qui est un renouvellement avec ce qui serait un aboutissement. Le droit façonné par l'Union européenne, s'il paraît relever au moins autant du droit « postmoderne » que du droit moderne et donc être significatif du renouvellement des sources du droit, ne saurait être parfaitement pertinent et efficace. Les institutions européennes sont contraintes de faire face à diverses pierres d'achoppement, au nombre desquelles figure, en particulier, l'existence inévitable de tensions entre États membres. Un défi qui se pose avec acuité à l'Union européenne est que le fort degré d'intégration qui la caractérise n'éteint en aucune façon les aspirations de chacun des États membres à imposer ses vues contre celles de ses « partenaires ». La France, par exemple, entend mettre à profit au maximum son influence, les marges d'action qui lui restent et les modes d'intervention à sa disposition pour ne pas se laisser dicter sa conduite sans avoir au préalable tenté d'imposer ses propres vues[1]. En matière de règlementation des activités du cyberespace autant que de manière générale, l'élargissement de l'Union à 28 pays rend le travail de ses institutions toujours plus difficile, l'équilibre à trouver entre intérêts antagonistes étant parfois illusoire, conduisant à la consécration d'un plus petit dénominateur commun très insuffisant.

Cependant, la communication par internet s'inscrit plutôt parmi les problématiques que l'on accepte aisément de voir encadrées par des normes établies par les instances de l'Union européenne que parmi les problématiques

[1] Le Gouvernement français est ainsi parvenu à faire reprendre dans la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (PE et Cons. CE, dir. n° 95/46/CE, 24 oct. 1995, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*) l'essentiel des dispositions consacrées par la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, *Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*).

que les États rechignent à abandonner à des institutions supérieures[1]. Cela est important du point de vue de l'efficacité de l'action de l'Union puisque les gouvernements nationaux disposent d'un droit de veto dans bien des circonstances et de diverses autres possibilités d'intervention et de blocage qu'ils peuvent exercer afin de défendre quelques intérêts ou valeurs nationaux[2].

Une autre limite à l'élaboration du droit au niveau de l'Union européenne, qui cette fois frappe de plein fouet le droit de la communication par internet, est que les instances de l'Union doivent s'en remettre aux États membres pour transposer les directives qu'elles ont élaborées, directives qui sont le principal instrument de production de ce droit au niveau européen. Ce problème est loin d'être anecdotique eu égard à l'importance des directives comme source du droit. Il se matérialise en particulier avec la France qui, dans un classement récent relatif à la rapidité de transposition des directives par les États membres, apparaît au 21e rang[3], situation dont la responsabilité n'incombe toutefois pas uniquement

[1] Certains domaines politiques sont beaucoup plus difficiles à intégrer que d'autres en raison des différences entre les intérêts et les aspirations nationaux, différences qui amènent généralement au retour de l'invocation de la souveraineté nationale. On estime que les domaines les moins susceptibles de faire l'unanimité au niveau européen sont l'harmonisation fiscale, les choix budgétaires et certains secteurs de la politique sociale (F. SCHARPF, « La diversité légitime : nouveau défi de l'intégration européenne », *RF sc. pol.* 2002, p. 615). En ces matières, toute réglementation se heurte à des coalitions d'intérêts nationaux divergentes, rendant impossible tout accord sur des règles européennes communes (F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 363).

[2] S. SAURUGGER, *op. cit.*, p. 14.

[3] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 382. Certaines explications à la lenteur du travail des institutions françaises sont à rechercher au sein du « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et règlementaires » élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement. Ce texte — qui ne revêt qu'une valeur indicative — précise que, avant toute transposition, il convient de procéder à une « revue de l'état du droit en vigueur », c'est-à-dire d' « examiner, sur la base des réflexions conduites à ce propos dès le stade de la négociation, dans quelle mesure la prise en compte des objectifs fixés par la directive peut être conciliée avec l'économie générale du dispositif de droit national en vigueur » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et règlementaires », 2e éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 5). Et de préciser encore qu' « un tableau de concordance doit être établi entre les dispositions de la directive et les dispositions en vigueur en droit interne afin d'identifier les contradictions qu'il conviendra de lever et les ajouts qui s'imposeront dans tous les cas » (*ibid.*). Est, en outre, précisé que « l'élaboration du droit communautaire requiert une discipline comparable de la part de

au législateur, certaines directives devant être transposées en droit français au moyen d'actes réglementaires[1]. Dans le domaine de la communication par internet, la France tarda d'abord à transposer la directive du 8 juin 2000[2] et celle du 12 juillet 2002[3], ce qui lui valut d'être menacée par la Commission européenne de l'introduction d'une procédure en manquement[4]. Par ailleurs, la France mit si longtemps à transposer complètement la directive du 22 mai 2001[5] que, lorsqu'elle y fut irrémédiablement contrainte suite à sa condamnation par la

---

l'administration nationale, parallèlement aux travaux d'étude d'impact conduits par les institutions européennes pour leur propre compte. La circulaire du Premier ministre du 27 septembre 2004 prévoit ainsi l'élaboration, dès le stade de la négociation du texte communautaire, d'une fiche d'impact puis d'étude d'impact plus détaillée : "L'impact de l'acte en préparation doit être apprécié le plus en amont possible pour permettre à la fois d'arrêter les positions de négociation de la France en connaissance de cause et de préparer la transposition" » (*ibid.*, p. 9). Ailleurs, est rappelé, ce qui n'est pas sans importance, que « l'activité normative de l'Union doit être gouvernée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il convient d'examiner chaque proposition de directive ou de décision-cadre à la lumière de ces principes qui conduisent à écarter de leur champ les questions qui peuvent être réglées au niveau national par chaque État membre » (*ibid.*, p. 316). En outre, si une circulaire du 27 septembre 2004 a prévu un ensemble de mesures visant à améliorer la procédure de transposition des directives, on souligne que, fréquemment, les pouvoirs publics français freinent volontairement le processus de transposition, y compris en matière de textes relatifs aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (L. RAPP, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *AJDA* 2004, p. 2047). L'auteur explique notamment que « la difficulté des autorités françaises à peser en amont, dans le processus d'adoption d'un nouveau cadre juridique des activités de communications, justifie ensuite leur devoir de résistance en aval, lorsqu'il s'agit de transposer les mesures européennes ».

[1] Cela est d'autant plus vrai depuis qu'une loi du 18 mars 2004 a autorisé le Gouvernement à transposer par voie d'ordonnances un ensemble de directives communautaires (L. n° 2004-237, 18 mars 2004, *Portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire*).

[2] PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*.

[3] PE et Cons. CE, dir. n° 2002/58/CE, 12 juill. 2002, *Concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*.

[4] Ces transpositions furent finalement opérées à l'occasion de la loi du 21 juin 2004 (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*).

[5] PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, *Sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

Cour de justice des communautés européennes[1], l'évolution des technologies avait conduit au développement de nouvelles pratiques et exigeait ainsi d'aller à la fois au-delà et ailleurs par rapport à ce que prévoyait cette directive[2]. Néanmoins, les directives visant à saisir les activités de l'internet sont souvent adoptées dans des temps record et s'accompagnent, au-delà du cas français, de délais de transposition particulièrement brefs (pour des directives, soit dix-huit mois en moyenne au lieu de trente-six habituellement).

Par ailleurs, il n'y a pas, au niveau européen, de véritables autorités de régulation sectorielles ; aussi les régulateurs nationaux disposent-ils d'une forte marge d'auto-détermination. Plus largement, la difficulté est que, si l'Union dispose de la compétence et des institutions pour assurer la fonction de création du droit, elle ne peut en revanche appliquer elle-même ce droit que de manière très partielle[3]. Dès lors que ce sont les autorités nationales qui mettent en œuvre les normes, tous types de résultats sont à attendre, y compris l'ineffectivité et les contradictions. En outre, l'action européenne spécifique à la communication par internet est entravée, en dépit d'un poste de Commissaire au numérique, par l'absence de vision partagée entre le Conseil européen, le Parlement européen et la Commission et par l'éparpillement du suivi des dossiers entre plusieurs autres commissaires et directions générales[4]. Ainsi, « l'Union européenne est handicapée par un manque de stratégie politique »[5]. Il est également devenu courant de critiquer la trop grande place laissée, au sein des instances européennes, au lobbying, aux pressions en tous genres[6]. Mais la principale

[1] CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-59/04, *Commission c/ République française*.

[2] L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. *Cf.* A. BENSAMOUN, « La loi du 1er août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.* 2007, p. 328 s.

[3] J. ZILLER, *op. cit.*, p. 21.

[4] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 36.

[5] *Ibid.*, p. 6.

[6] *Cf.*, notamment, H. MICHEL, dir., *Lobbyistes et lobbying de l'Union européenne – Trajectoires, formations et pratiques des représentants d'intérêts*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.

pierre d'achoppement sur le chemin du droit de l'Union européenne semble demeurer son caractère régional et territorialisé[1].

La Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen a pu souligner combien les compétences de l'Union ont été révolutionnées par le « fruit d'un demi-siècle d'existence durant lequel des institutions prévues pour une petite communauté dotée d'objectifs essentiellement économiques ont dû s'adapter [...] à l'attribution à l'Union de fonctions de plus en plus politiques »[2]. Peut-être en raison de ce besoin d'adaptation, le succès du droit originaire de l'Union européenne est notamment à imputer aux efforts entrepris par les institutions afin d'accompagner l'établissement des normes d'une légistique efficace et légitime. Aussi en vient-on à relever l'existence d'une véritable « doctrine de l'Union européenne en matière de gouvernance »[3] et à souligner combien, au-delà du problème de la territorialité du droit qui implique de préférer un droit continental à un droit étatique, « l'Union européenne devient plus qu'un système de droit subsidiaire, et s'impose comme le système normatif du réseau, [car il] propos[e] une dimension plus adaptée pour réglementer le développement

[1] Ce sentiment est renforcé par le fait que l'Union européenne participe activement à toutes les négociations internationales et cherche à y être la plus influente possible. En 2011, la commission d'enquête du Bundestag allemand « Internet et la société numérique » et la mission d'information de l'Assemblée nationale relative aux « droits de l'individu dans la révolution numérique » ont pu estimer, au sein d'une déclaration commune, que l'avenir résiderait dans l'élaboration d'instruments internationaux, allant au-delà du cadre européen qui, en définitive, ne serait qu'un peu moins inadapté que le cadre étatique aux caractéristiques des activités internetiques et aux besoins des normes censées les régir. Et les rapporteurs de la mission d'information française d'observer un peu plus tard que « les réglementations européennes, comme les législations nationales, ne peuvent à elles seules réussir à écarter les risques » (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 310).

[2] PE, résolution n° 2001/2024, 16 mai 2002, *Sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres*.

[3] Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *op. cit.*, p. 247 s. En ce sens, également, M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *op. cit.*, p. 421 s.

numérique, une normativité plus réactive et plus souple que celle de l'État et une efficacité technique avérée »[1].

Des chercheurs montrent que l'Union européenne est un « laboratoire du droit global » où de nouvelles formes de « gouvernance » et de nouveaux dispositifs normatifs sont testés[2]. Ils observent notamment que « les outils de la gouvernance européenne utilisent le même langage que les outils de la globalisation : externalisation, contrôle diffus, fragmentation. Ces nouveaux traits annoncent une désagrégation de la conception classique du droit et de la démocratie, et un déplacement des rapports de force dans l'organisation sociale »[3]. Cela semble se vérifier de manière tout à fait remarquable dans la branche du droit originale et neuve qu'est le droit de la communication par internet. Si les institutions européennes sont le foyer d'un renouvellement des sources du droit sous l'angle quantitatif en ce qu'elles sont à l'origine d'une part importante du droit de la communication par internet, elles sont peut-être plus encore le foyer d'un renouvellement des sources du droit sous l'angle qualitatif tant les modalités de production du droit dans le cadre de l'Union européenne tranchent avec les modalités de production du droit dans le cadre des États modernes.

[1] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 342.

[2] D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *op. cit.*, p. 251 s.

[3] *Ibid.*, p. 273.

Section 2

L'affinité entre l'Union européenne et l'édiction d'un droit supranational

La grande attention portée par les institutions de l'Union européenne aux problématiques relevant de la légistique (A) aboutit en particulier à une participation de la société civile et des experts semble-t-il opportune concernant l'élaboration du droit de la communication par internet (B). C'est essentiellement en cela que l'Union européenne est porteuse d'un renouvellement des sources du droit. Ses organes ne sont pas nécessairement nouveaux en eux-mêmes, mais ils font souvent preuve d'une remarquable faculté d'adaptation, donc de renouvellement. Or ce renouvellement paraît indispensable pour espérer jouer un rôle dans le « droit de demain ».

A. L'attention de l'Union européenne à la légistique

L'Union européenne doit la prospérité des normes qu'elle produit à *une savante approche qualitative* qui implique une constante remise en cause et, par suite, un constant renouvellement[1]. Le droit de l'Union est particulier déjà en

[1] *Cf.*, par exemple, G. LAUTISSIER, « L'élaboration de la législation communautaire par la Commission européenne : maintenir et améliorer la qualité formelle des actes », *Courrier juridique des finances et de l'industrie* juin 2008, p. 55 s. L'Union peut aussi avoir une approche quantitative de la production du droit. Ainsi, suivant les termes d'une communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement du 11 avril 2000, relative à l'organisation et à la gestion de l'internet, ce dernier appellerait une « intervention réglementaire légère ».

raison du fait que, plus que tout autre ordonnancement juridique, il octroie une place très importante aux normes secondaires au sens d'Herbert Hart, c'est-à-dire aux règles qui ne sont pas des prescriptions de comportement dont les destinataires seraient les individus mais des prescriptions de comportement dont les destinataires sont les institutions publiques sources de normes primaires. Le droit provenant de l'Union s'articule moins autour des problèmes et des réponses à y apporter qu'autour *des modalités devant permettre de chercher et trouver ces réponses*[1]. Et l'Union impose aussi et surtout d'importantes règles secondaires à elle-même, ce qui en fait, d'autant plus en comparaison de la situation des organisations internationales, le pôle de sources du droit qui confère la position la plus cardinale à la légistique.

Le Professeur Jacques Chevallier peut ainsi relever que « le droit européen constitue le lieu privilégié d'émergence et d'expérimentation des nouvelles figures de la post-modernité juridique »[2]. Cette attention de l'Union européenne envers la légistique se matérialise en premier lieu par la construction d'un droit « en réseau » plus que « pyramidal »[3] (I). Elle se traduit également par d'importants efforts fournis afin de mettre en mouvement une *« gouvernance » européenne* efficiente, laquelle se concrétise à travers de hautes exigences relativement à la qualité des normes (II), à travers la quête d'un droit flexible et souple (III), ainsi qu'à travers quelques autres éléments légistiques remarquables (IV).

[1] Ainsi note-t-on que, « plutôt que d'imposer un modèle législatif, [le droit européen] préfère suggérer une sorte de manuel d'utilisation, de boîte à outils » (A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199).

[2] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 107. En ce sens, également, M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *op. cit.*, p. 421 s. ; D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 251 s.

[3] On fait du droit provenant de l'Union européenne le mieux adapté au besoin d'abandonner la figure de la « pyramide » au profit de celle du « réseau », car « sa structure profonde est déjà adaptée aux exigences du réseau » (R. BERTHOU, « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *Lex Electronica* 2006, n° 11, p. 24).

I. ***Un droit et une fabrique du droit « en réseau ».*** **–** Recherchant « la conjugaison des stratégies d'intégration et de coopération »[1], l'Union européenne utilise des outils à tendance « réseautique »[2] et pluraliste[3] qui conduisent la doctrine à évoquer un étonnant « jeu des compétences exclusives / partagées / concurrentes / retenues / réservées / impliquées »[4]. Et un commentateur de noter que la directive — instrument privilégié du droit européen — repose sur une association coopérative de première importance[5]. Tout cela joue en faveur des sources européennes au moment d'élaborer un droit tel que le droit de la communication par internet. A déjà été mise en exergue l'intimité problématique entre « droit du réseau » et « droit en réseau »[6]. Dès lors, l'Union européenne serait capable de réguler les communications par internet mieux que toute autre organisation politique et juridique — tout en conservant son identité peu ou prou intacte — car elle s'intègre sans grand dommage dans le cadre d'un droit pluraliste et global tel qu'aspire à l'être le droit de la communication par internet.

Sur ce plan, le livre blanc que la Commission européenne a consacré en juillet 2001 à la « Gouvernance européenne »[7] — qui a fait entrer le terme

---

[1] J.-L. QUERMONNE, *Le système politique européen – Des communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1993, p. 14 (cité par R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet*, *op. cit.*, p. 443).

[2] Il y a en particulier le principe de « répartition des compétences » (qui enchevêtre inexorablement compétences communautaires et nationales), celui de la « distribution horizontale » et de la « répartition verticale » des compétences (qui associe les institutions des différents niveaux) ou encore celui de la « séparation organique » et de la « coopération fonctionnelle » des pouvoirs (D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Puf, 2001, p. 127 (cité par R. BERTHOU, *loc. cit.*, p. 443)).

[3] L' « identité organisationnelle » de l'Union apparaît fondée de plus en plus sur l'acceptation et même l'encouragement du pluralisme, tant matériellement que formellement, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs parfaitement sa devise : « l'union dans la diversité ».

[4] D. SIMON, *loc. cit.*, p. 131 (cité par R. BERTHOU, *loc. cit.*, p. 443)).

[5] R. BERTHOU, « Le droit au gré d'Internet », *op. cit.*, p. 26.

[6] Ce paradigme semble d'ailleurs devoir être rapproché de l'idée de « gouvernance ». *Cf.*, en particulier, N. SCANDAMIS, *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruylant (Bruxelles), 2009 ; Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, *op. cit.*, p. 247 s.

[7] La nécessité de disposer d'une meilleure réglementation au niveau européen est fréquemment mise en avant par la Commission européenne qui, depuis 1995, rend compte des progrès réalisés pour améliorer

« gouvernance » dans le vocabulaire politique[1] — est particulièrement instructif. Il s'agit d'une « excellente illustration de la combinaison du paradigme du "réseau" (associé aux thèmes de la régulation et de la gouvernance) et du modèle pyramidal […], avec cependant une nette prédominance du premier, comme si c'était la conscience nette des limites, des échecs, et parfois même des effets pervers du second qui conduisait la Commission à explorer de nouvelles pistes d'action »[2]. Chaque page de ce livre blanc semble pétrie d'une philosophie savamment organisée autour des idées de « consultation, partenariat et réseau »[3]. Entre autres, la Commission propose d'appliquer une « approche qui parte davantage de la base que du sommet »[4], cela avant d'effectuer le constat selon lequel « le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux, et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre »[5]. Et le texte de préciser, en outre, que l'outil réglementaire devrait évoluer fortement et que, à côté des classiques directives, devraient apparaître les recommandations et l' « autorégulation dans un cadre convenu en commun »[6] ; tandis qu'est aussi évoquée la « corégulation [qui] associe mesures contraignantes et mesures prises par les acteurs »[7]. Quant à la fonction juridictionnelle, elle n'échappe guère à la logique interactive du réseau et la Commission évoque la création d'un « médiateur » et d'un « réseau de [médiateurs] qui puissent statuer sur les litiges faisant intervenir des citoyens et des questions d'ordre communautaire »[8].

---

l'activité législatrice dans des rapports annuels intitulés « Mieux légiférer » ou « Smart Regulation » (« régulation/règlementation intelligente »).

[1] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 338.

[2] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?, op. cit.*, p. 32.

[3] *Ibid.*, p. 33.

[4] Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 4.

[5] *Ibid.*, p. 13

[6] *Ibid.*, p. 24.

[7] *Ibid.*, p. 25.

[8] *Ibid.*, p. 30-31.

La Commission a notamment pu confirmer ces orientations légistiques au sein de son accord interinstitutionnel de 2003 intitulé « Mieux légiférer ». Surtout, c'est un fait que les organes de l'Union pratiquent cette légistique originale, « postmoderne » peut-être[1], dont les mots d'ordre sont « ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence »[2]. Cela a vocation à améliorer la qualité formelle et substantielle des normes.

II. ***Une « gouvernance » au profit d'une haute qualité des normes.*** **–** La Commission fait de la « gouvernance européenne » la notion qui désigne « les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs au niveau européen, particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence »[3] ; et d'ajouter que « l'application de ces cinq principes renforce ceux de proportionnalité et de subsidiarité »[4].

L'attention portée aux procédures de création des normes, donc aux sources du droit, aboutit à la consécration de la « gouvernance multi-acteurs »[5] déjà souvent évoquée, ensemble de modalités souples et ouvertes de confection des normes dont les buts poursuivis sont la légitimité et l'efficacité et qui ne ressemblent que peu aux procédures étatiques[6]. Comme le note un commentateur,

---

[1] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 49.

[2] Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 12.

[3] *Ibid.*, p. 9. *Cf.* J. CANDELA CASTILLO, « La bonne gouvernance comprise comme intégration des principes de légitimité, efficacité et justice », *RDIE* 2005, p. 239 s.

[4] Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 9.

[5] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 35.

[6] L'extrait suivant d'une communication de la Commission sur le thème « gouvernance et développement », datée d'octobre 2003, est très éloquent : « La gouvernance concerne les règles, les processus et les comportements par lesquels les intérêts sont organisés, les ressources générées et le pouvoir exercé dans la société. […] La valeur réelle de la notion de "gouvernance" est qu'elle propose une terminologie plus pragmatique que démocratie, droits de l'homme etc. En dépit de son caractère large et ouvert, la gouvernance est un concept pratique et éloquent qui touche les aspects de base du fonctionnement de toute société et de tout système politique et social. On peut la décrire comme une mesure de base de la stabilité et des acquis d'une société. Quand les notions de droits de l'homme, de démocratisation, de démocratie, d'État de droit, de société civile, de décentralisation et de saine gestion

« il s'agit pour [l'Union européenne] d'utiliser au maximum des instruments qualifiés de nouveaux modes de régulation ou de nouveaux modes de gouvernance ou encore d'instruments de *soft law* »[1]. Peut-être influencée par l'objet initialement et aujourd'hui encore principalement économique de l'Union[2], cette « gouvernance » est le résultat d'un haut niveau d'exigence quant à la qualité des normes, niveau qui ne connaîtrait guère d'équivalent parmi les États[3]. Les instances de l'Union comblent les carences intrinsèques des règles qu'elles produisent, du fait de leur éloignement et des réserves qui imprègnent la psyché collective, en fixant des objectifs très élevés en termes de cadre formel du processus d'élaboration des textes à portée normative — ce qui passe en particulier par le recours à d'innombrables documents à portée non normative. Ensuite, la qualité substantielle des normes doit logiquement découler de la qualité formelle entourant leur processus d'élaboration.

---

des affaires publiques gagnent en importance et en pertinence, cette société prend la forme d'un système politique plus complexe et la gouvernance se transforme en bonne gouvernance. Cette interprétation plus simple de la gouvernance s'est toutefois progressivement étoffée et, aujourd'hui, la gouvernance est généralement utilisée comme une mesure fondamentale de la qualité et de la performance de tout système politique ou administratif ». « Mesure fondamentale de la qualité et de la performance » d'un système de gouvernement (au sens matériel), « mesure de base de la stabilité et des acquis de toute société » : la « gouvernance » est entendue essentiellement comme une jauge renvoyant à une échelle de moyens qui sont en même temps des valeurs (stabilité, acquis) ou qui renvoient à des valeurs plus (droits de l'homme, démocratie) ou moins (saine gestion des affaires publiques) précisées. L'acception descriptive de la « gouvernance » se trouve ainsi diluée dans un univers normatif-prescriptif caractéristique des discours produits par les acteurs du développement à des fins pratiques d'édification et de diffusion de modes de gouvernement relevant de la démocratie libérale, pour les désigner par leur étiquette la plus courante (O. PAYE, « Pour la gouvernance comme problématique générale de science politique », in G. DEMUIJNCK, P. VERCAUTEREN, dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 135).

[1] J. ZILLER, *op. cit.*, p. 22. L'auteur poursuit en notant qu' « il s'agit d'instruments dépourvus de force juridique contraignante et qui semblent pouvoir être adoptés en l'absence d'une compétence clairement fondée sur les traités communautaires ou de l'Union européenne » (*ibid.*).

[2] B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 53.

[3] *Cf.* R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 177 s.

Le droit de l'Union européenne, au contraire du droit international, s'est éloigné des rives de l'interétatisme classique pour accueillir des processus normatifs nouveaux et originaux, dans lesquels d'autres acteurs, d'autres types de normes, d'autres schémas de production d'effets juridiques ont progressivement acquis droit de cité. Cela est tout particulièrement remarquable dans le domaine du droit de la communication par internet, dont l'objet semble exiger qu'il soit recouru à pareille « gouvernance postmoderne » et à pareille « procéduralisation »[1]. De nombreux éléments pourraient, en la matière, être relevés[2]. Notamment, le recours aux plans d'action (« e-Europe », « e-Europe + », « e-Europe 2002 », « e-Europe 2005 », « e-Content + ») est une manière tout à fait innovante de proposer le droit[3].

Ensuite, cette « gouvernance » se singularise en particulier par la dose élevée de flexibilité et de souplesse dans la production des normes qu'elle implique.

---

[1] Par exemple, R. DEHOUSSE, « La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles », in O. SCHUTTER, N. LEBESSIS, J. PETERSON, dir., *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes (Bruxelles), 2001, p. 199 s.

[2] Par exemple, sont remarquables les efforts opérés par l'Union européenne en termes d'accessibilité matérielle des actes normatifs qu'elle produit, d'autant plus que ceux-ci doivent être traduits dans toutes les langues des États membres. De plus, des auteurs saluent la clarté et la simplicité rédactionnelle de ces textes. Pour cela, le Conseil, la Commission et le Parlement sont allés jusqu'à conclure un « Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire », le 22 décembre 1998, complété par un guide pratique commun lui-même destiné à être utilisé en combinaison avec d'autres guides spécifiques. Ce corpus énonce les principales règles de légistique communautaire et les normes d'origine européenne doivent ainsi être : « claires, faciles à comprendre, sans ambiguïté » ; « simples, concises, dépourvues d'éléments superflus » ; « précises », c'est-à-dire ne laissant pas d' « indécision dans l'esprit du lecteur ». Et la Cour de Justice de l'Union européenne de participer à l'effort d'édification d'une légistique efficace en obligeant les législateurs nationaux à transposer les directives dans des conditions répondant aux « exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives dans l'intérêt des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres » (CJCE, 23 nov. 1977, aff. 38/77, *ENKA*). *Cf.* R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », *op. cit.*, p. 192.

[3] *Cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide, op. cit.*, n° 4700-4703.

III. ***Une recherche de flexibilité et de souplesse des normes.*** **–** Avec l'internet, le « temps du droit »[1] est appelé à connaître une profonde mutation, si ce n'est une révolution, que l'internet soit considéré comme objet à régir ou comme moyen pour régir d'autres objets[2]. Le cyberespace requière des « modes de production du droit fondés sur les caractéristiques de l'internet qui impliquent une norme quasi instantanée et largement harmonisée »[3]. Le problème de l'harmonisation renvoie à l'aspect spatial de l' « impasse des échelles », auquel l'Union européenne ne peut, par nature, que répondre un peu mieux que les États[4], quand le problème de l'instantanéité renvoie à son aspect temporel. Pour ce qui est de ce dernier, les efforts des institutions de l'Union sont significatifs et, parfois, suffisants. La lenteur du processus législatif européen a souvent été dénoncée, *a fortiori* dans les cas où une transposition par les États membres est exigée. L'Union européenne s'efforce à améliorer cette situation en instituant diverses procédure souples et accélérées, spécialement dès lors que les textes en cause ont vocation à saisir les communications par internet. Un exemple est le recours à la recommandation accompagnée d'une menace de directive en cas de non suivi de ses dispositions[5]. Si « une législation doit demeurer pertinente dans le temps »[1],

[1] Réf. à F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

[2] *Cf.*, tout spécialement, P. FLEURY-LE GROS, dir., *Le temps et le droit*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010.

[3] S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 143.

[4] Sur ce point, par exemple, R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », *op. cit.*, p. 131.

[5] V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 88. Par exemple, une recommandation du 30 juillet 1997 relative aux transactions concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique (Comm. UE, recommandation n° 97/489/CE, 30 juill. 1997, *Concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire*) fixait, ainsi que le soulignait le communiqué du 9 juillet 1997 de la commissaire en charge de la politique des consommateurs, « des exigences minimales à respecter concernant les instruments de paiement électronique, que [la Commission souhaitait] voir appliquées d'ici la fin de

cela ne peut qu'être permis par une adaptation constante, par des révisions multiples[2].

La « flexibilité » est ainsi au cœur des procédés européens d'élaboration du droit de la communication par internet. Pour fondées que soient les critiques adressées à cette « flexibilité » dans le domaine juridique[3], elle a le mérite de répondre aux nécessités actuelles de souplesse et d'adaptation du système juridique face aux multiples évolutions technologiques, sociales et économiques, en premier lieu concernant la communication par internet. Il s'agit donc bien ici de « flexibilité d'adaptation », non de « flexibilité de protection » ou de « flexibilité de dérégulation ». Il y a déjà longtemps que Jean Carbonnier a écrit que, « sa rigueur, [le droit] ne l'avait que par affection ou par imposture »[4] ; cependant, le regard posé sur le droit de la communication par internet originaire de l'Union européenne amène à relever une tendance à la flexibilisation, à l'abandon du droit par trop rigide qui met longtemps à naître et dont l'espérance de vie est élevée[5].

L'Union européenne abandonne de plus en plus les modes de prise de décision jugés lourds et inadaptés et les remplace par des procédés simplifiés[6]. Privilégiant la technique de la recommandation tout en prévoyant des mécanismes de révision à court terme lui permettant de faire planer la menace

---

1998 », et précisait que, si le secteur financier n'appliquait pas volontairement les exigences, « la Commission serait amenée à proposer une directive ».

[1] T. R. FENOUHLET, *op. cit.*, p. 12.

[2] Mais cela, par ailleurs, interroge fortement la sécurité juridique Et d'aucuns relèvent le « risque d'aller trop vite et de ne point toujours peser les impacts des décisions prises et l'évolution pourtant parfois prévisible des contextes technologiques » (Y. POULLET, « Vers la confiance – Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace », in G. CHATILLON, dir., *op. cit.*, p. 133).

[3] Par exemple, G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social* 1985, p. 810 s.

[4] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 19.

[5] En ce sens, on souligne que « la régulation étatique est plus adaptée à une "guerre de positions" qu'à une moderne "guerre de mouvement" » (A. CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Dr. et société* 1989, p. 425).

[6] D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 253.

d'une évolution vers la décision, l'Union a pu ainsi intervenir très rapidement sur de nombreuses questions relatives au développement de l'internet, faisant en sorte d'augmenter ses chances d'orienter les comportements des acteurs publics et privés concernés[1].

Ainsi s'opère un renouvellement qualitatif des sources du droit tout à fait considérable ; cela d'autant plus que la souplesse s'accompagne d'un développement important de l'évaluation *a priori* et *a posteriori* des normes, étant entendu que, dès lors qu'est pris le pari de faire évoluer le droit régulièrement afin de suivre les mouvements de son objet, mieux vaut disposer d'instruments pertinents afin d'établir régulièrement de nouvelles normes plus légitimes et efficaces[2]. Au-delà du secteur de la communication par internet, le recours aux indicateurs et aux méthodes du « *benchmarking* » est courant[3] ; il l'est à plus forte raison dans ce secteur. Le « *benchmarking* » s'est diffusé à partir des années 1990 dans le monde *jus*-communautaire au travers notamment de la méthode ouverte de coordination (« MOC ») qui en a fait un élément central de la régulation. La MOC est définie comme une « régulation par objectifs avec critères d'évaluation servant à identifier les meilleures pratiques »[4] ; elle propose d' « établir des indicateurs qualitatifs et quantitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales […] de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques »[5]. Se produit de la sorte un déplacement des critères de la délibération et du jugement politiques vers le terrain chiffré de la gestion, évolution qui, quant à la production du droit de la communication par

[1] Y. POULLET, *op. cit.*, p. 133.

[2] En ce sens, R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », *op. cit.*, p. 177 s.

[3] J. PITSEYS, « La méthode ouverte de coordination au cœur de la gouvernance européenne », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2005, p. 13 s.

[4] D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 261.

[5] *Ibid.*

internet, apparaît nécessaire ; or elle touche les sources européennes bien plus profondément que les sources étatiques et que les sources internationales[1].

Enfin, quelques autres spécificités de la légistique européenne, confortant l'originalité des sources européennes dans le paysage des sources du droit, peuvent être soulignées.

IV. ***Une variété d'éléments remarquables dans la légistique européenne.*** **–** Le droit issu de l'Union européenne se caractérise encore par des mécanismes innovants de contrôle et de sanction[2], ainsi que de juridiction à travers la

[1] Pour ne prendre que quelques exemples, les directives « commerce électronique » de 2000 (PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, art. 21) et « DADVSI » de 2001 (PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, *Sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, art. 12) confiaient à la Commission européenne le soin d'établir régulièrement des rapports relatifs à leurs applications. Selon l'article 21 de la directive du 8 juin 2000, la Commission européenne devait rendre un rapport « accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de la société de l'information, notamment en ce qui concerne la prévention de la criminalité, la protection des mineurs, la protection des consommateurs et le bon fonctionnement du marché intérieur », cela de manière régulière (tous les deux ans). La directive de 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle disposait, pour sa part, qu'un rapport établi par la Commission trois ans après l'arrivée à expiration du délai de transposition pourrait être « accompagné, le cas échéant, et à la lumière de l'évolution de l'ordre juridique communautaire, de propositions de modifications de [cette] directive » (PE et Cons. CE, dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, *Relative au respect des droits de la propriété intellectuelle*, art. 18). Peut-être le fait qu'un instrument juridique prévoie *ab initio* une échéance pour le déclenchement ou l'aboutissement du processus conduisant à sa propre révision est-il un gage d'influence et de persuasion relativement aux autres législateurs concernés.

[2] Notamment, la Commission européenne délègue ses prérogatives de contrôle à d'autres instances, cela parce qu'elle ne dispose pas des moyens techniques, financiers et humains pour assurer ce rôle dans des domaines de plus en plus étendus et techniques tels que la communication par internet (D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 272 (les auteurs parlent d' « éclatement et externalisation du contrôle [qui] modifient le paradigme du contrôle politique et juridictionnel du droit »)). La Commission s'appuie ainsi sur des entités privées, des agences qu'elle crée pour cette mission, des comités d'experts. Ces structures se substituent aux dispositifs étatiques de surveillance et de sanction des comportements. En outre, le contrôle est de plus en plus souvent un « contrôle par transparence » : sont rédigés des rapports, sont mises à disposition des informations, des évaluations et des classements. Le contrôle et la sanction sont ainsi moins axés sur l'interdiction, la discipline et la contrainte, et davantage sur l'incitation,

méthode de la Cour de Justice de l'Union européenne[1]. Ils témoignent eux aussi de l'aspiration de l'Union à consacrer sa propre « doctrine de la gouvernance »[2].

En outre, l'existence d'une Agence européenne pour la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) montre comment les agences européennes peuvent permettre de coordonner l'action des structures nationales et jouer ainsi un rôle central en même temps qu'original. Le règlement instituant l'agence prévoyait d'emblée qu'elle « devrait s'appuyer sur les initiatives prises aux niveaux national et communautaire et par conséquent exécuter ses tâches en totale coopération avec les États membres et être ouverte à tout contact avec les entreprises et les autres parties concernées »[3]. Cela aussi est le signe d'une légistique très spécifique et inhabituelle.

Et la publication d'un nombre toujours croissant de normes techniques — qu'il est tentant d'opposer aux « normes politiques » — en est une illustration supplémentaire[4]. Il est vrai que la régulation de l'internet exige par nature de

---

l'influence et la négociation. Quant aux sanctions, elles reposent régulièrement sur la figure du « mauvais élève de la classe » véhiculée par les publications de classements : *naming*, *blaming*, *shaming*. On observe que « les mécanismes de contrôle ont évolué de la figure du policier au contrôle social », qu'est désormais en cause une « surveillance par les pairs à partir des codes de conduite, des classements et des standards » et que « chacun s'autocontrôle pour éviter le risque d'exclusion du groupe, communauté ou marché », cela avant de conclure à une « substitution de la confiance à l'obéissance » (*ibid.*, p. 270). *Cf.*, également, S. DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant (Bruxelles), 2007.

[1] Ainsi faut-il observer combien « la méthode de raisonnement des juges européens, qui intègre les conséquences économiques et sociales des enjeux juridiques, et leur méthode de rédaction, narrative et pédagogique, permettent un affichage naturel de données de droit souple » (P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 119). Les livres verts sont utilisés par la Cour de justice de l'Union européenne pratiquement comme s'il s'agissait de « droit dur » à la portée normative pleine et entière.

[2] Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, *op. cit.*, p. 247.

[3] PE et Cons. CE, règl. (CE) n° 460/2004, 10 mars 2004, *Instituant l'Agence européenne pour la sécurité des réseaux et de l'information*. Ce texte confie également à l'agence la tâche de « faciliter la coopération entre la Commission et les États membres dans l'élaboration de méthodologies communes destinées à prévenir les problèmes de sécurité des réseaux et de l'information, à les gérer et à y faire face ».

[4] A. PENNEAU, « Règles de l'art et normes techniques », *op. cit.*, p. 1330.

telles normes, mais celles-ci se retrouvent tout particulièrement au sein du droit originaire de l'Union européenne. Cette dernière est constellée d'organismes déconcentrés, décentralisés ou indépendants qui répondent aux noms d'agences, d'offices, de comités ou de fondations et qui sont investis de fonctions variées touchant à l'administration, à la gestion, à l'exécution ou à la régulation en vue de porter main forte à l'exécutif communautaire, spécialement dès que les questions deviennent techniques[1].

Encore et surtout, l'originalité des modalités de production du droit de la communication par internet dans le cadre de l'Union européenne s'exprime dans l'importance accordée à l'ouverture et à la participation de la société civile — comprise au sens large, c'est-à-dire en y incluant des acteurs marchands autant que des acteurs non marchands.

[1] *Cf.* J.-Y. CHÉROT, « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires – L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes », in M.-A. FRISON-ROCHE, dir., *Droit et économie de la régulation*, t. II, Presses de science po, 2004, p. 143 s. Les exigences essentielles contenues dans les directives-cadres sont complétées par des spécifications techniques non obligatoires, qui prennent la forme de normes européennes harmonisées. Ces normes sont élaborées, sur mandat de la Commission, par des organismes européens de normalisation qui n'ont pas nécessairement de lien institutionnel avec l'Union (Comité européen de normalisation (compétent pour la plupart des secteurs), Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) ou Institut européen des normes de télécommunications (ETSI)). Ensuite, les entreprises sont incitées à respecter ces normes et à labelliser leurs produits, car cela crée une présomption de conformité aux exigences essentielles. *Cf.* F. GAMBELLI, *op. cit.* ; F. PÉRALDI-LENEUF, *La politique communautaire d'harmonisation technique et de normalisation – Étude d'une nouvelle modalité de régulation*, th., Université de Strasbourg, 1996 ; F. PÉRALDI-LENEUF, « L'évolution des lois techniciennes en droit communautaire : rapport entre technicité, simplification et amélioration du droit », *LPA* 5 juill. 2007, p. 19 s. ; L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », *op. cit.*, p. 57 s.

B. L'ouverture de l'Union européenne à la société civile

Dans l'Union européenne, la volonté de soutenir l'action collective et de *promouvoir la démocratie participative* est prégnante[1]. Cela influence nécessairement l'état des sources du droit : les lieux de pouvoir, de décision et d'exécution se multiplient spécialement afin de pouvoir impliquer les toujours plus nombreux acteurs en présence. Se laisse ainsi observer l'avènement de formes éclatées et complexes de participation des parties prenantes ; et des commentateurs peuvent expliquer que « la Commission européenne évolue de la figure d'arbitre à celle de chef d'orchestre »[2]. Aussi, si la « gouvernance » — comprise comme recours à l'ouverture, à la participation, à la négociation et à la consultation — serait un phénomène qui toucherait l'ensemble des sources publiques[3] et qui irait de pair avec un renouvellement de beaucoup de sources du droit[4], est-ce au niveau de l'Union européenne que cela s'exprimerait de la manière la plus significative[5].

Les sources européennes sont peut-être plus que toutes autres favorables à l'autorégulation et à la corégulation (I) ; mais ce sont alors des sources privées qui sont formellement à l'origine des normes. En tant que sources formelles, les

---

[1] Il est significatif que la démocratie participative ait fait l'objet de sa première consécration « constitutionnelle » au niveau européen puisque l'article 46 du « Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », en date du 18 juillet 2003, consacrait le « Principe de la démocratie participative », article qui suivait directement les dispositions relatives à la notion plus classique de démocratie représentative et qui parlait de « dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile ».

[2] D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 265.

[3] Le Conseil d'État a consacré son rapport public pour l'année 2011 à la problématique « Consulter autrement, participer effectivement » (EDCE 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*) et la loi semble évoluer en ce sens (notamment, L. n° 2011-525, 17 mai 2011, *De simplification et d'amélioration de la qualité du droit*).

[4] J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », *op. cit.*, p. 659. *Cf.*, notamment, D. BOY, D. BOURG, *Conférence de citoyens, mode d'emploi – Les enjeux de la démocratie participative*, Mayer-Descartes & Cie, coll. TechnoCité, 2005.

[5] En ce sens, R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet*, *op. cit.*, p. 276.

sources européennes se montrent à l'écoute des acteurs intéressés (II), spécialement en recourant aux livres verts et livres blancs de la Commission (III). Enfin, au-delà de *la participation des destinataires des normes*, les instances de l'Union usent et même abusent du recours à *la participation d'experts* (IV), ce qui est peut-être un autre argument de poids en faveur du droit originaire de l'Union européenne tant, dans l'espace étatique, est souvent dénoncé le fait que les parlementaires rédigeraient et voteraient des lois portant sur des objets dont ils saisiraient très approximativement les possibilités et les enjeux technologiques. Le « droit de demain » pourrait être un droit très « technocratique », ce que les sources européennes ont semble-t-il compris avant les autres.

I. ***L'encouragement de la corégulation et de l'autorégulation.*** – Comme l'explique l'économiste Élie Cohen, l'Union européenne comprend les sources du droit qui recourent le plus à la démarche comitologique : « Lorsque des sujets paraissent trop techniques, trop mobiles, et qu'ils requièrent une réactivité contraire aux pratiques des bureaucraties européennes, les pouvoirs publics délèguent à une organisation professionnelle le soin de penser une régulation que le pouvoir politique consacrera par la suite »[1]. L'Union est ainsi friande de la corégulation, définie dans son cadre tel un « mécanisme par lequel un acte législatif confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans un domaine donné »[2], et de l'autorégulation, alors conçue en tant qu' « ouverture aux opérateurs économiques, partenaires sociaux, ONG ou associations, de la possibilité d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen »[3].

Les institutions de l'Union ne sont pas hostiles, tout au contraire, à l'idée de limiter le rôle des pouvoirs constitués par un endiguement de la fonction législative, au profit d'opérateurs privés supposés mieux à même de prendre des

[1] É. COHEN, *Le nouvel âge du capitalisme*, Fayard, 2005, p. 364 (cité par M. GERMAIN, *op. cit.*, p. 242). Également, H. KORTENBERG, « Comitologie : le retour », *RTD eur.* 1998, p. 317 s.

[2] R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », *op. cit.*, p. 191.

[3] *Ibid.*

décisions pertinentes, cela tout particulièrement dans le domaine de la communication par internet[1]. En adoptant pareille approche, elles contribuent à renouveler les sources du droit qualitativement et, surtout, quantitativement, en favorisant la prospérité des sources privées. Aussi les directives visant le cyberespace insistent-elles sur la nécessité de l'élaboration de codes de conduite par les acteurs concernés[2]. Et une illustration parmi d'autres peut être trouvée dans l'accord européen ayant pour objectif de favoriser un usage protégé du web

[1] Le Conseil économique, social et environnemental souligne combien « l'Union européenne a toujours promu le rôle central du secteur privé dans la gestion de l'internet » (N. CHICHE, *op. cit.*, p. 35) ; et les ouvrages spécialisés observent eux-aussi que « la plupart des domaines abordés par les textes européens font l'objet de dispositions promouvant clairement l'autorégulation » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, *op. cit.*, n° 4708). En ce sens, également, C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 28.

[2] L'exemple de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 qui, dans son chapitre III sur la mise en œuvre de la directive, incite à l'élaboration par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau européen, destinés à contribuer à la bonne application de la directive, peut être cité (PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*), tout comme celui de la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de la propriété intellectuelle, qui encourage l'élaboration de codes privés destinés à contribuer au respect des droits de la propriété intellectuelle (PE et Cons. CE, dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, *Relative au respect des droits de la propriété intellectuelle*), et celui de la directive « vie privée », qui énonce à son article 27 toute sa sympathie pour les « codes de conduite destinés à contribuer […] à la bonne application des dispositions nationales prises par les États membres en application de la directive » (PE et Cons. CE, dir. n° 2002/58/CE, 12 juill. 2002, *Concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*). Et la directive « SMA » de 2010 de se dire favorable à la « corégulation » et à l' « autorégulation » et d'indiquer que « l'expérience a montré que les instruments tant de corégulation que d'autorégulation ont fait leurs preuves » (PE et Cons. CE, dir. n° 2010/13/UE, 10 mars 2010, *Visant à la coordination de certaines dispositions législatives et réglementaires des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels*). Peut-être l'expérience à laquelle il est fait référence est-elle déjà celle du droit de la communication par internet. Quant à la directive sur le traitement des données personnelles de 1995, elle précise elle-aussi que « les États membres et la Commission encouragent l'élaboration de codes de conduite destinés à contribuer, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales prises par les États membres en application de la directive » (PE et Cons. CE, dir. n° 95/46/CE, 24 oct. 1995, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*).

2.0, qui a été signé en février 2009 dans le cadre de la « Journée pour un Internet plus sûr » organisée par la Commission européenne. Cet accord a en effet été rendu possible grâce aux travaux d'un groupe, le Social Networking Task Force, créé quelques mois plus tôt par la Commission et réunissant des services du web, des ONG et des chercheurs[1].

Dans ces différents cas, les sources européennes ne produisent pas de normes ; ce sont les sources privées qui le font, ce qui n'engendre pas moins un profond renouvellement des sources du droit par l'abandon partiel du soin de produire les règles juridiques à des puissances privées. Mais il arrive également, et régulièrement, que la société civile concourt à la fabrication du droit de la communication par internet parce qu'elle est consultée par quelques organes de l'Union européenne[2].

II. ***La participation des acteurs privés intéressés à l'élaboration des normes.*** **–** Dans de nombreuses situations, des organisations privées sont les sources matérielles des normes dont les instances de l'Union sont les sources formelles ; car, fréquemment, les procédures européennes d'élaboration des normes

[1] À la demande de la Commission, dix-sept sites de socialisation, recouvrant des pratiques très diverses, allant du site communautaire comme Facebook au site de partage de vidéos comme YouTube ou encore à la plate-forme de blogs comme Skyblog, ont signé cet accord portant sur la protection des jeunes internautes.

[2] Si les Nations Unies se sont engagées dans une politique partenariale vis-à-vis des organisations non gouvernementales, de telle sorte que certaines contribuent à la production des normes sur le plan international, si, dès 1997, le Secrétaire général de l'ONU manifestait sa volonté d'établir des relations de partenariat avec le secteur privé, à tel point qu'en juillet 2000 l'organisation a lancé le programme « Entente Globale » (« *Global Compact* ») visant à associer à ses actions des firmes multinationales, des syndicats et aussi des ONG, et si, dans le « Rapport du Millénaire du Secrétaire générale des Nations Unies », il a été affirmé que « la gouvernance au niveau international suppose une démocratisation des structures de décision par lesquelles elle s'exerce » (cité par L. BAL, *op. cit.*, p. 475), cela reste incomparable à l'état de la participation dans l'Union européenne. Et cela vaut en premier lieu concernant la régulation des communications par internet, si bien que des observateurs relèvent que « l'action de l'Union européenne en matière de gouvernance de l'Internet doit contribuer en premier lieu au renforcement du lien avec les citoyens ainsi qu'au fonctionnement démocratique de nos sociétés » (B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 15).

comprennent des consultations et autres avis censés permettre d'améliorer leur qualité substantielle[1]. Une abondante doctrine souligne la densité et l'originalité de cette « eurocratie »[2] — s'il est vrai que « le peuple est encore largement absent du droit de l'Union européenne »[3], ce droit semble cependant être celui qui permet le plus aux destinataires des normes de participer à leur conception[4]. Ainsi note-t-on qu' « il s'agit, contre toute logique strictement intergouvernementale, de favoriser le multipartenariat avec le secteur privé »[5] ; et on relève la multiplication des consultations et autres procédures d'échange, dans lesquelles intervient tout spécialement la Commission[6]. André-Jean Arnaud pouvait voir dans les institutions européennes le meilleur exemple du « dialogue social » et de l' « échange d'expériences et d'informations »[7]. Le phénomène

---

[1] En ce sens, la directive « SMA », par exemple, prévoit que « les mesures visant à atteindre les objectifs d'intérêt public dans le secteur des nouveaux services de médias audiovisuels sont plus efficaces si elles sont prises avec le soutien des fournisseurs de services eux-mêmes » (PE et Cons. CE, dir. n° 2010/13/UE, 10 mars 2010, *Visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels*).

[2] Réf. à B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, p. 73 s. Cette ouverture à la société civile constitue un défi d'autant plus remarquable que l' « identité postnationale » décrite par certains est encore loin d'être devenue une réalité, y compris à l'échelle européenne. J.-M. FERRY, *Europe, la voie kantienne – Essai sur l'identité postnationale*, Les éditions de Cerf, 2006 ; également, R. SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007 ; J.-C. BOUAL, « Une société civile européenne est possible », in J.-C. BOUAL, dir., *Vers une société civile européenne*, L'aube éditions, 1999, p. 13 s. ; V. DASTOLI, « L'Europe : entre démocratie virtuelle et citoyenneté participative – L'expérience du Forum permanent de la société civile », in J.-C. BOUAL, dir., *loc. cit.*, p. 145 s.

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 322.

[4] *Cf.*, par exemple, G. MONEDIAIRE, « Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union Européenne – Partie 1 », *RED eur.* 1999, p. 129 s. ; G. MONEDIAIRE, « Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union Européenne – Partie 2 », *RED eur.* 1999, p. 253 s.

[5] P. TÜRK, *op. cit.*, p. 1489 ; également, D. GADBIN, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *RTD eur.* 2000, p. 11 s.

[6] A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 1773.

[7] A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation », *op. cit.*, p. 33. Également, S. ROBIN-OLIVIER, « Consultations, négociations, accords… : recherche sur les voies de développement

s'est à ce point développé qu'il en devient parfois difficile de savoir qui joue le rôle de source formelle et qui joue le rôle de source matérielle[1].

Comme le précise le livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001[2], « les avis des personnes concernées ne sont pas une entrave à l'efficacité de la décision mais en sont un ingrédient indispensable »[3]. Il serait donc important d' « ouvrir davantage le processus d'élaboration des politiques de l'Union européenne, afin d'assurer une participation plus large des citoyens et des organisations à leur conception et à leur application »[4]. La Commission européenne propose de « renforcer la culture de la consultation et du dialogue »[5] et d'appliquer une « approche qui parte davantage de la base que du sommet »[6], cela avant d'effectuer le constat selon lequel « le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux, et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre »[7]. Autant de considérations qui impliquent un profond renouvellement qualitatif des sources du droit.

Profitant du déploiement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la Commission entend offrir à la société civile un « canal

---

du droit dans l'Union européenne », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 63 s.

[1] Tel est le cas lorsque « la législation européenne prévoit avant tout une série de règles procédurales qui ne définissent pas directement le comportement à adopter mais prévoient les différentes étapes menant idéalement à la réalisation de l'objectif fixé en faisant intervenir de nombreux acteurs, jugés légitimes et qui dépassent le triangle institutionnel, pour qu'ils puissent faire valoir leur point de vue et coordonner leurs actions » (D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 257).

[2] Ce livre blanc part du postulat, qui pourrait être discuté, selon lequel « la démocratie dépend de la capacité des citoyens de prendre part au débat public » (Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 14). *Cf.* L. PECH, « Le remède au "déficit démocratique" : Une nouvelle gouvernance pour l'Union européenne ? », *Journal of European Integration* 2003, n° 25, p. 131 s.

[3] Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 5.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*, p. 20.

[6] *Ibid.*, p. 4.

[7] *Ibid.*, p. 13.

structuré pour ses réactions, ses critiques et ses protestations »[1]. Elle a ainsi accompagné la rédaction de son livre blanc de l'ouverture d'un site web intitulé <gouvernance.org> chargé d'enregistrer et de permettre les réactions du public[2]. Devant la conjoncture postmoderne qui lui est proposée, elle semble avoir saisi l'enjeu, à l'égard de l'efficience du droit, de mieux relayer les aspirations, préoccupations et opinions des associations et des citoyens[3]. L'institution bruxelloise a décidé d'inclure dans le processus de réflexion normative, autant que possible et le plus en amont possible, ceux qu'elle désigne par l'expression « parties intéressées ». Sa volonté est de promouvoir un espace de décision ouvert, en rupture avec l'ancien modèle hiérarchisé ; et « la bonne mesure est celle dont les destinataires ont la conviction qu'elle a été prise en pleine considération de leur singularité »[4].

Le droit issu de l'Union européenne est ainsi quasiment par principe établi après une concertation avec la société civile, avec les parties prenantes, notamment via les nombreuses consultations organisées par la Commission lors de la phase préparatoire à l'enclenchement ou à la réforme d'une politique[5]. La

[1] *Ibid.*, p. 18.

[2] Elle espère par là « créer un espace de débat transnational » (*ibid.*, p. 14).

[3] Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 20.

[4] R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », *op. cit.*, p. 183.

[5] Soucieuse de favoriser la prise en compte des aspirations citoyennes et des causes sociétales dans le processus de fabrication du droit, tout en veillant à ne pas déconnecter celui-ci des territoires et des intérêts concrets, la Commission s'appuie sur un système de consultations sectorielles décentralisées. Pour prendre un exemple précis, elle a, en matière de lutte contre la piraterie par internet, rédigé une communication relative aux « contenus créatifs en ligne », en janvier 2008. Y sont identifiés les principaux axes qui légitiment une action des institutions européennes, tandis qu'est indiqué qu'il serait opportun d' « encourager la mise en place de procédures de coopération (codes de bonne conduite) entre fournisseurs d'accès et de services, titulaires des droits et consommateurs afin de garantir […] une protection adéquate des œuvres soumises à des droits d'auteurs » (cité par M. BRISSE, « Retransmission sportive et piratage en ligne : la nécessaire évolution du droit », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2008, p. 65 ; l'auteur remarque que, « par sa portée et ses objectifs, cette communication est […] susceptible de constituer un élément majeur afin de protéger les détenteurs de droits intellectuels »). Aussi une plate-forme de discussion a-t-elle été mise sur pieds, offrant un cadre de discussion et de négociation au niveau européen.

société civile est perçue telle une « source de légitimité à exploiter »[1] et un « principe de proximité », qui n'est paradoxal qu'à première vue[2], s'applique. Partant, il n'est peut-être pas excessif de parler de véritable « culte du compromis »[3]. Et illustrent tout à la fois la prégnance du principe de flexibilité et celle du principe de participation les « méthodes ouvertes de coordination [qui] poussent à un haut degré de perfection la volonté de dégager des objectifs politiques concertés, soumis à évaluation permanente »[4]. Ces divers éléments ne peuvent qu'accompagner un véritable renouvellement parmi les modes de régulation juridique.

Une large gamme d'instruments permet les consultations[5] : les livres verts[6] et blancs, les communications, les comités consultatifs, les observatoires, les

---

En fonction de l'ordre du jour, peuvent être conviés des fournisseurs de contenus, des titulaires de droits, des sociétés, ainsi que des représentants des consommateurs.

[1] R. SANCHEZ-SALGADO, *op. cit.*, p. 300 (cité par L. BAL, *op. cit.*, p. 477).

[2] V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », *op. cit.*, p. 86.

[3] *Ibid.*, p. 87.

[4] Sur ce point, *cf.* tout spécialement J.-C. BOUAL, P. BRACHET, dir., *Évaluation et démocratie participative : acteurs ? méthodes ? buts ?*, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2004. Un bon exemple peut être trouvé dans les réflexions menées autour d'une potentielle réforme de la directive « commerce électronique » de 2000 (PE et Cons. CE, dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, *Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*). En 2007, une étude a ainsi été conduite par un avocat qui a rendu compte à l'échelle de l'ensemble de l'Union des différentes déclinaisons de la directive dans les États membres (Th. VERBIEST et *alii*, « Study on the Liability of Internet Intermediaries », [en ligne] <ec.europa.eu>, novembre 2007 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 397)). Sur la base de ces travaux, une large consultation publique a été lancée en 2010 et, au terme du document de consultation, qui se présente sous la forme de dizaines de questions successives, appelant des réponses très précises, la Commission dresse le constat des difficultés d'application du régime de responsabilité des intermédiaires techniques.

[5] N. RUBIO, « Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires : vecteur d'une meilleure articulation entre la politique de la concurrence et la politique de cohésion économique et sociale », *RTD eur.* 2007, p. 608.

[6] *Cf.* C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 s.

groupes spécialisés, les ateliers, les forums, les échanges d'expériences et d'informations, les réunions d'étude et, de façon désormais courante, les consultations par internet[1]. La Commission européenne a notamment créé une plateforme internationale en ligne (le Global Internet Policy Observatory) qui associe États et ONG et qui entend être une « boite à outils » aidant à identifier, évaluer et communiquer sur les développements technologiques et politiques de l'internet dans un cadre international et multi-acteurs.

Il convient d'insister sur les livres verts et livres blancs tant ce sont là des outils auxquels il est fréquemment recouru, outils bien connus des spécialistes du droit de l'Union mais qui n'en sont pas moins très atypiques, surtout en comparaison des canons du droit moderne.

III. ***L'usage des livres verts et des livres blancs de la Commission européenne.*** – « Instrument de démocratisation et d'impulsion »[2], un livre vert est un document de réflexion publié par la Commission sur une question précise et destiné aux parties concernées qui sont incitées à participer à un processus de consultation et à un débat sur le sujet en cours[3] ; tandis qu'un livre blanc expose des orientations pour l'action communautaire, afin de susciter le débat[4]. « L'esprit des livres de la

---

[1] *Cf.*, notamment, P. MAGNETTE, *Le régime politique de l'Union européenne*, 3e éd., Presses de Sciences Po, 2009.

[2] D. DERO-BUGNY, « Le "livre vert" de la Commission européenne », *RTD eur.* 2005, p. 87. Les livres verts de la Commission du 19 juillet 1995 et du 20 novembre 1996, tous deux intitulés « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », sont un bon exemple en ce qu'ils ont largement influencé l'édiction des normes subséquentes.

[3] V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », *op. cit.*, p. 75. *Cf.*, également, D. DERO-BUGNY, *loc. cit.*, p. 71 s. ; C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne », *op. cit.*, p. 13 s.

[4] V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », *op. cit.*, p. 76. L'auteur cite le livre blanc sur les services d'intérêt général de 2004 : « En présentant ce livre blanc, la Commission n'a pas l'intention de clore le débat qui se déroule au niveau européen. Son objectif est de contribuer à la discussion en cours et de la faire avancer en définissant le rôle de l'Union et en fixant un cadre permettant le bon fonctionnement des services en question. Le Livre blanc expose l'approche adoptée par la Commission pour faire jouer à l'Union européenne un rôle positif afin de favoriser le développement de services d'intérêt général de qualité ». Il cite également le livre blanc sur

Commission européenne, explique-t-on, est clair. S'agissant des livres verts, qui déterminent les enjeux d'une question tout en sollicitant des avis multiples, ils sont un aveu du pluralisme des intérêts et du pluralisme juridique. Le législateur se soumet aux citoyens, aux faits, aux lobbies, à l'expérience, à la multitude des points de vue et des vœux. Les communications forment les matières premières de la production législative. L'expression des divergences est sollicitée ; collationnés, ses résultats constitueront la matière vivante de la législation à venir »[1].

Ces documents sont bien de purs actes de préparation assurant la plus grande ouverture possible envers les destinataires des normes. Ils n'ont pas de portée normative. Même s'ils sont — ce qui est fort significatif — publiés au Journal officiel de l'Union européenne, nul ne peut les invoquer devant les juridictions de l'Union ou devant les juridictions nationales. Ils sont éminemment caractéristiques du « *soft law* » ou « droit souple » ; mais les objectifs qu'ils poursuivent sont « l'harmonisation consensuelle, la démocratisation des institutions et la construction dynamique »[2] et, en cela, ils jouent un rôle remarquable du point de vue du renouvellement qualitatif des sources du droit. On peut en conclure que « les livres verts et blancs contribuent à l'autorité de l'Europe par leur fonction légitimatrice et consensuelle et assurent un renouvellement du système juridique de l'Union »[3].

---

une politique de communication européenne de 2006, lequel explique que « le principal objectif du présent livre blanc est de proposer des orientations et d'inviter l'ensemble des acteurs à émettre des suggestions quant à la meilleure manière de combler le fossé. Il en résultera un programme ambitieux visant à améliorer la communication pour relancer le débat public en Europe » (*ibid.*).

[1] *Ibid.* Pour ce qui est des livres blancs, ils sont utilisés plus en aval : « La Commission établit un ensemble officiel de propositions et constitue l'instrument de leur mise au point. Après la sollicitation des opinions, la description des choix. Les études sociologiques d'abord, la politique des orientations ensuite » (*ibid.*).

[2] *Ibid.*, p. 79.

[3] *Ibid.*, p. 81. Et de noter que « la critique d'un droit technique éloigné de ses peuples est démentie par une pratique dont le principe démocratique non seulement s'illustre par la transparence des débats, mais aussi se concrétise dans le processus de légitimation que garantissent l'argumentation publique et les principes de subsidiarité et de proportionnalité » (*ibid.*, p. 79).

Toutefois, cette ouverture à la société civile ne saurait être pertinente qu'à condition que les consultations soient menées en suivant des procédures permettant d'éviter le lobbying ou, du moins, permettant d'empêcher un lobbying excessif, préjudiciable à la qualité du droit produit[1]. Il ne faudrait pas que le renouvellement des sources du droit vire au déracinement des sources du droit, que la participation de la société civile aux processus d'édiction des normes soit favorable à des intérêts privés plutôt qu'à l'intérêt général[2]. C'est pourquoi les modalités du recours à la consultation et à la négociation sont précisément arrêtées[3]. Le Parlement européen et, plus récemment, la Commission européenne

[1] On dénombre 15 000 lobbyistes à Bruxelles, tandis que 2 600 groupes d'intérêts spéciaux auraient un bureau permanent dans la capitale de l'Europe (R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », *op. cit.*, p. 184). Ainsi peut-on lire, sur le site web de l'AFA (Association des fournisseurs d'accès et de services internet) que l'association « est membre fondateur de l'EuroISPA, la Fédération européenne des associations de fournisseurs de services Internet, créée en 1997. En représentant indirectement 800 fournisseurs de services Internet, l'EuroISPA est la plus grande association mondiale d'ISP. Interlocutrice appréciée des institutions de l'Union Européenne et des organisations internationales, l'EuroISPA permet aux organisations qui en sont membres de bénéficier à Bruxelles d'un relais indispensable pour leurs actions » ([en ligne] <afa-France.com>).

[2] L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 31 décembre 2003 prévoit en ce sens que « la Commission doit s'assurer que l'intervention des opérateurs non institutionnels constitue une modalité satisfaisante de réalisation de l'intérêt général ». Et cet accord prend soin de rappeler que les mécanismes en cause conservent une nature adventice puisqu'ils ne sauraient être mis en œuvre si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu, ou bien encore lorsqu'une situation impose que des règles uniformément applicables dans tous les États membres soient édictées. En outre, plus tard, la Commission a entrepris de réglementer, sur la base de principes visant à concilier la nécessité de rapports ouverts et les impératifs de transparence, l'action des lobbies, ce qui s'est traduit tout spécialement dans le livre vert « Initiative européenne en matière de transparence » du 3 mai 2006. *Cf.* M. CLAMEN, J. NONON, *L'Europe et ses couloirs : lobbying et lobbyistes*, Dunod, 1991.

[3] C'est ainsi que le « Livre vert de la Commission européenne relatif aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission et les parties intéressées » du 11 novembre 2002 affirme que les normes minimales en la matière doivent concerner la clarté de l'objet de la consultation, la publication, le délai de participation, le retour d'information, ainsi que le fait que les résultats de la consultation publique doivent être diffusés par internet. Ces normes, intégrées au plan d'action « Mieux légiférer », obligent la Commission à définir clairement la nature de la consultation ; à garantir que toutes les parties concernées peuvent effectivement exprimer leurs avis ; à diffuser le plus largement possible les résultats des consultations afin d'atteindre tous les groupes cibles ; à s'assurer que

ont ainsi mis en place des codes de conduite obligatoires que doivent accepter les entités demandant à être accréditées[1].

Par ailleurs, la production européenne du droit de la communication par internet se distingue encore en raison de la place importante que les institutions de l'Union confèrent aux avis des « autorités qualifiées », c'est-à-dire aux avis des experts.

IV. ***Le concours abondant et important des avis d'experts.*** **–** Les organes de l'Union européenne s'appuient sur des réseaux de correspondants nationaux experts dans la plupart des domaines pouvant faire l'objet de politiques publiques et en particulier dans le domaine des activités et des technologies de l'internet. De nombreux exemples pourraient être cités, de la branche du Comité européen de normalisation (CEN) spécialisée dans les technologies de l'information et de

---

les participants disposent de suffisamment de temps pour répondre (8 semaines pour les consultations les plus larges) ; à proposer un suivi aux personnes qui ont répondu. *Cf.*, notamment, L. DUTOIT, *Parlement européen et société civile – Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Publications de l'Université de Genève, 2009.

[1] G. LEGRIS, B. LEHMANN, « L'initiative européenne de transparence et l'encadrement des activités de lobbyisme par la Commission européenne », *RDUE* 2008, p. 807. Le code de conduite proposé par la Commission énonce sept règles claires et contrôlables dont le respect pourra être assuré dans le cadre d'un mécanisme de suivi et d'application. En cas de manquement à ces exigences, l'exécutif communautaire pourra prendre des mesures correctives susceptibles d'aller jusqu'à l'exclusion du registre. Par ailleurs, le Comité économique européen avait proposé, dans un avis du 25 avril 2001, de retenir les critères de représentativité des organisations de la société civile consultées par les institutions de l'Union européenne suivants : « L'organisation doit être dotée d'une structure durable au niveau européen ; garantir un accès direct à l'expertise de ses membres et partant des consultations rapides et constructives ; représenter des intérêts généraux, conformes aux intérêts de la société européenne ; être composée d'organisations qui, au niveau de leurs États membres respectifs, sont considérées comme représentatives des intérêts qu'elles défendent ; disposer d'un mandat de représentation et d'action au niveau européen ; être indépendante et ne pas être soumise à des directives provenant de l'extérieur » (Conseil économique et social européen, « La société organisée au niveau européen – Actes de la première Convention, 15-16 octobre 1999 », brochure CES, 2000, p. 36-37). S'il n'est pas certain que ces critères puissent être aisément mis en œuvre, peut-être la réflexion en la matière mériterait-elle d'être poursuivie et approfondie.

la communication[1] au Réseau européen d'évaluation parlementaire de la technologie (EPTA)[2], en passant par l'original « G29 »[3]. De plus, la Commission européenne a renforcé progressivement sa spécialisation institutionnelle autour des problématiques liées aux technologies de l'information et de la communication et elle comprend aujourd'hui une direction générale « Stratégie numérique »[4].

---

[1] Créée en 1997, elle publie des recommandations dont l'influence est importante.

[2] Celui-ci a été formellement mis en place en 1990 sous le patronage du Parlement européen. Son objectif principal est de renforcer les liens qui existent entre les structures chargées par des États européens ou des organisations internationales de remplir une mission d'expertise dans le domaine technologique tournée vers la prise de décision politique. Outre qu'il a établi une base de données regroupant les études de tous ses membres, l'EPTA a déjà mené plusieurs projets ayant conduit ses membres à échanger leurs informations et leurs points de vue sur les incidences sociales, économiques et environnementales du développement scientifique et technologique et sur la meilleure manière de les prendre en charge. Ont été, par exemple, envisagés « les technologies de l'information et de la communication et le droit au respect de la vie privée », en 2006 (*cf.*, pour plus d'explications, [en ligne] <eptanetwork.org>).

[3] Le « Groupe 29 » ou « G29 » (*i.e.* le groupe relevant de l'article 29 de la directive) a été créé par la directive de 1995 sur la protection des données personnelles. Il est composé de représentants des autorités de contrôle désignées par chacun des États membres et de représentants des institutions européennes (PE et Cons. CE, dir. n° 95/46/CE, 24 oct. 1995, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*). Le G29 a pour mission de donner à la Commission un avis sur le niveau de protection dans l'Union et dans les pays tiers, de la conseiller sur tout projet de modification de la directive 95/46/CE, sur tout projet de mesures additionnelles ou spécifiques à prendre pour sauvegarder les droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ainsi que de donner un avis sur les codes de conduite élaborés au niveau européen. Et Isabelle Falque-Pierrotin de préciser que le G29 collabore régulièrement et intensément avec les grands acteurs privés du secteur, venant par là illustrer encore un peu plus l'importance de l'ouverture et de la participation, qu'elle ait une portée normative ou seulement informative, pour le droit de la communication par internet issu de l'Union européenne (I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *op. cit.*, p. 5).

[4] Quant à l'Unité d'évaluation des options scientifiques et technologiques, créée par le Bureau du Parlement européen par une décision du 26 mai 1992, elle publie régulièrement des études, des notes de synthèse, des notes d'information, des résumés analytiques et autres exposés techniques. Et, en octobre 2005, le Groupe européen d'évaluation technologique a été mis en place par le Parlement européen en réponse à la place de plus en plus importante que prenaient les politiques scientifiques et technologiques en Europe et afin de soutenir les activités de l'Unité d'évaluation des options scientifiques et technologiques.

Un expert est le détenteur d'un savoir dans un secteur particulier qui met ses connaissances et compétences au profit d'une autorité chargée de prendre une décision. Son rôle consiste donc en une explication et un positionnement purement techniques et normalement extérieurs à la prise de décision politique[1]. Or l'expertise est de plus en plus présente dans le système normatif européen, principalement au sein des agences et comités et *a fortiori* lorsque les problématiques touchent à la « gouvernance de l'internet ». *De facto*, l'expert tend à se substituer au décideur car un rôle grandissant lui est attribué, qui cache en réalité des responsabilités politiques[2]. Partant, le droit originaire de l'Union européenne participe de la « technicisation » ou « technocratisation » du droit, laquelle ne va pas sans « technicisation » ou « technocratisation » des sources du droit. Il s'agit alors d'une participation d'un type particulier de population qui remet en question le système politique fondé sur la représentation mais aussi sur la participation des citoyens. La légitimité de l'expert repose sur la place accordée à la rationalité scientifique, ainsi que sur une autonomie des connaissances scientifiques par rapport au domaine politique. Il semble décisif de s'assurer de cette rationalité et de cette autonomie.

Reste que l'ordre juridique de l'Union se dirige progressivement vers la corégulation, notamment sous l'impulsion d'une forte volonté politique de la Commission[3]. De par sa nature, il « assure l'interaction avec d'autres ordres

---

[1] *Cf.* R. CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 177 s. ; L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, C. ROBERT, P. WARIN, dir., *Le recours aux experts – Raisons et usages politiques*, Presses universitaires de Grenoble, coll. Symposium, 2005 ; P. LASCOUMES, dir., *Expertise et action publique*, La documentation française, 2005.

[2] R. COLSON, « L'observance des traités sur le changement climatique – Une gouvernance des experts par le droit », in R. ENCINAS DE MUNAGORRI, dir., *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, p. 159. L'auteur écrit que cela « confère aux experts un véritable pouvoir décisionnel et oblige à reconnaître à l'expertise une valeur normative et une portée politique » (cité par D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 265).

[3] M. BASLÉ, « Le programme eEurope : nécessité et effets d'un choc de politique publique à l'échelle de l'Union », in M. BASLÉ, Th. PENARD, dir., *eEurope, la société de l'information en 2010*, Economica, 2002, p. 409.

juridiques, tant nationaux et internationaux que transnationaux, et facilite, en ce sens, un pluralisme juridique ordonné »[1]. En effet, au-delà de l'ouverture aux experts et aux personnes privées destinataires des futures normes, il est possible de déceler une ouverture de l'ordre européen à des États non membres de l'Union, notamment les États-Unis avec lesquels les dialogues s'avèrent de plus en plus nombreux, ainsi qu'à d'autres organisations interétatiques. Consciente qu'une norme censée régir les activités du cyberespace connaît une efficacité peu ou prou proportionnelle à sa validité spatiale, l'Union européenne cherche à se rapprocher de l'UIT, de l'OMPI ou encore de l'OCDE, cela afin d'y faire valoir son modèle de société de l'information.

Ces divers éléments témoigneraient de l'entrée de la régulation juridique dans une nouvelle ère, celle des « démocraties dialogiques [qui], par le dialogue constant avec la société civile, les associations, les groupements de citoyens, cherchent à se donner une autre légitimité que selon les modes traditionnels de la représentation et de la participation »[2]. Seulement cette démocratie d'un nouveau type, bien palpable parmi les sources européennes du droit de la communication par internet, se laisse-t-elle beaucoup moins aisément identifier à l'intérieur des sources étatiques du droit. Peut-être ces dernières peinent-elles à se renouveler, malgré les nouveaux besoins normatifs induits par des objets tels que les technologies et les activités de l'internet. Pour autant, il faut s'attendre à ce que les sources étatiques présentent quelques aspects spéciaux dès lors qu'elles s'impliquent dans l'édiction du droit de la communication par internet.

[1] V. PETEV, *op. cit.*, p. 16.

[2] G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21. Également, S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 63 s.

Conclusion du premier titre

Le constat dressé dès 1998 par le Conseil d'État, dans son étude « Internet et les réseaux numériques », demeure peut-être valable aujourd'hui : « Aucune solution nationale n'étant pleinement efficace, le dispositif de protection des internautes appelle une coopération internationale »[1]. Cette coopération internationale s'avère cependant très imparfaite ; on la décrit sous les traits d'un « étrange ballet sans chorégraphe »[2]. Aussi ne semble-t-il que possible d'établir le constat d'un renouvellement des sources internationales du droit très limité. Le « droit de demain », dont le droit de la communication par internet serait révélateur, ne paraît guère pouvoir être l'œuvre des sources internationales. Dans un texte écrit en 1963, Jean Carbonnier assimilait le droit international à un « grand vide juridique »[3]. Si la conjoncture *jus*-internationale a nécessairement évolué depuis que l'illustre professeur a écrit, la situation de ce droit est toujours, tant quantitativement que qualitativement, loin d'atteindre le niveau de développement espéré.

Kelsen imaginait qu'allait « s'estomper puis s'effacer la ligne-frontière qui sépare le droit international et le droit étatique, en sorte que la fin ultime de l'évolution réelle du droit, qui va vers une centralisation croissante, apparaît être l'unité organique d'une communauté universelle ou mondiale, fondée sur un ordre juridique ou, en d'autres termes, la formation d'un État mondial »[4]. Toutefois, à l'aune de l'état du droit international de son époque, le théoricien

---

[1] EDCE 1998, *op. cit.* (cité par P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 348).

[2] J.-M. SOREL, « Internet et le droit international : un étrange ballet sans chorégraphe », in Société française pour le droit international, *op. cit.*, p. 477 s.

[3] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 37.

[4] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 362).

autrichien s'empressait de préciser que, « à l'heure actuelle, on ne saurait prétendre qu'une telle unité et une telle communauté existent »[1]. Or la situation du XXI^e^ s. ne paraît qu'un peu plus favorable à l'émancipation des sources internationales du droit que la situation du XX^e^ s. ; le droit d'origine internationale serait toujours un « droit en devenir »[2] et il faut gager qu'il le demeurera encore longtemps. En définitive, *il n'existe guère de véritable « droit international du cyberespace »*[3] *parce qu'il n'existe guère de véritables sources d'un tel droit*.

En raison de *la diversité des intérêts et des conceptions de l'office du droit défendus par les États*, il semble difficile d'envisager que, dans un avenir proche et même dans un avenir lointain, un droit d'origine publique à dimensions mondiales davantage complet et contraignant pourrait être construit. En 2014, un rapport du Conseil économique, social et environnemental pouvait convenir que « le cadre de la gouvernance internationale de l'internet reste à construire »[4] ; et d'aucuns en viennent à évoquer la « défaillance » du système juridique international[5]. Il faut craindre que l'appel lancé, de manière symptomatique, par la Cour d'appel de Paris à l'occasion de l'affaire « Yahoo! », « considérant qu'il est constant que l'Internet connaît une dimension internationale et qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de règles de droit internationales ni même d'harmonisation entre les règles nationales »[6], soit resté lettre morte et doive le rester à l'avenir.

Ensuite, la situation des sources publiques externes du droit de la communication par internet est actuellement pour le moins contrastée : tandis que

---

[1] *Ibid.*

[2] Réf. à M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Puf, 1990.

[3] Ph. LAGRANGE, *op. cit.*, p. 65 s.

[4] N. CHICHE, *op. cit.*, p. 5.

[5] B. ANCEL, *op. cit.*, p. 492.

[6] CA Paris, 17 mars 2004, n° 03/1520, *Yahoo! Inc. c/ Association amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie et MRAP*.

les sources internationales peinent à se renouveler[1], les sources européennes, elles, jouent un rôle décisif, en tant que sources formelles mais aussi en tant que sources matérielles à l'origine de nombreuses normes formellement d'origine étatique. Aussi avance-t-on que « l'ordre juridique n'a cessé de subir des métamorphoses dont la plus spectaculaire résulte peut-être de l'intégration du droit de l'Europe dans le droit national »[2].

Le « droit de demain » ne serait donc pas un droit pris en charge par quelques institutions publiques aux dimensions mondiales ; il serait davantage abandonné à des organisations privées intervenant à un niveau planétaire[3]. Les sources européennes y occuperaient une place de choix, mais uniquement à l'égard des ressortissants des États membres de l'Union européenne, soit 7 % de la population mondiale. Le « droit de demain » pourrait donc être un droit dans lequel les sources européennes interviendraient toujours plus abondamment, tandis que les sources internationales continueraient à ne peser que trop peu. Et la « juridiversité »[4] y serait développée avant tout sous l'action des sources privées.

Reste que la situation des sources publiques externes n'est guère satisfaisante tant il apparaît nécessaire que les normes applicables aux activités internetiques aient une portée mondiale et ne soient guère territorialisées[5] — bien sûr, de telles normes territorialisées existent en grand nombre, et de plus en plus, mais se posent les problèmes de leur effectivité et du « shopping juridique », qui ne vont pas sans course au moins-disant juridique. D'une part, l'étatisme prend le pas sur l'interétatisme et les aspirations à un droit mondial devront peut-être

[1] L'internet favorise au moins autant les « cyberguerres » que les « cyberpaix » (A. BIAD, *op. cit.*, p. 253 s.) ; il ne contribue pas moins au renouveau de la guerre froide qu'au réchauffement des relations diplomatiques à travers le monde (Ph. ACHILLEAS, « Guerre froide numérique », *op. cit.*, p. 300 s.).

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 1.

[3] F. LATTY, *op. cit.*, p. 50.

[4] Gh. OTIS, *op. cit.*, p. 18.

[5] Par exemple, A.-Th. NORODOM, *op. cit.*, p. 11 s.

encore longtemps demeurer déçues[1]. D'autre part, si l'idéal d'un État européen tend peut-être à se concrétiser, ledit État européen ne souffre qu'un peu moins que les États qui composent l'Union européenne de l'aspect spatial de l' « impasse des échelles »[2].

Il s'agit, désormais, de présenter les sources étatiques ou, dit autrement, les sources publiques internes du droit de la communication par internet. Si, en cette seconde partie, un titre complet a été consacré aux sources publiques externes et si un titre entier va être consacré aux sources publiques internes, il ne faut pas s'y méprendre : les secondes ont, quantitativement au moins — sous l'angle qualitatif les sources européennes peuvent rivaliser —, sensiblement plus d'importance que les premières[3]. Seulement les sources étatiques sont-elles déjà bien connues des juristes. Il est difficile de parler, les concernant, de « renouvellement » — ce qui n'en est pas moins riche d'enseignements à l'égard de la problématique du renouvellement des sources du droit. Seules les autorités spécialisées pourraient concrétiser un tel renouvellement ; or, en droit de la communication par internet, elles jouent un rôle marginal[4].

---

[1] Un avocat spécialiste du « droit de l'internet » va jusqu'à considérer que ce dernier témoignerait du fait que « le droit international n'existe pas » (O. ITÉANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015).

[2] Or il faut rappeler les menaces que le droit d'origine privée ferait peser sur les droits et libertés et sur la démocratie ; il faut relever combien le défi serait immense pour les sources publiques dès lors que des observateurs de plus en plus nombreux souhaitent « repolitiser le droit, le rattacher aux grands enjeux, y réinsuffler l'intérêt général, lutter contre un traitement du droit à l'emporte-pièce, comme un produit fabriqué par et pour des intérêts privés » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 22).

[3] Une étude a permis de montrer que les sources étatiques sont à l'origine d'environ 38 % des normes constitutives du droit de la communication par internet quand les sources publiques externes sont à l'origine d'environ 22 % de ces normes (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190).

[4] Elles sont à l'origine de seulement 3 % de ce droit (*ibid.*).

Titre 2

L'ORGANISATION CONTRARIÉE DES SOURCES PUBLIQUES INTERNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

On remarque que le pluralisme juridique a toujours pour objet de mettre en évidence la « dimension non étatique du droit »[1], si bien que, même parmi les tenants d'un pluralisme juridique « radical »[2], il reste au moins une dimension du droit qui est étatique. D'ailleurs, la plupart de ceux qui acceptent le pluralisme juridique font néanmoins de l'ordre étatique l'ordre juridique central autour duquel les autres ordres normatifs graviteraient et dont ils seraient, dans une large mesure, dépendants[3]. En envisageant ici les sources étatiques en dernier

[1] D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 76.

[2] Notamment, S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 61.

[3] Par exemple, B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit* 1982, p. 45. Tel était le cas y compris de Santi Romano, qui exprimait cela au moyen de son fameux concept de « relevance » (S. ROMANO, *op. cit.*). Dans sa typologie des ordres juridiques, Santi Romano définit l'importance de chacun d'eux par rapport à l'État. Et, selon lui, l'État jouirait, de par son universalisme et sa souveraineté, d'une supériorité indiscutable : quelles que soient les modalités de relevance d'un ordre juridique non étatique pour l'État, cet ordre serait de toute façon, directement ou

lieu, après s'être concentré sur les sources privées puis sur les sources publiques externes, l'intention est de ne pas donner à ces sources étatiques quelque primauté *a priori*. Mais leur étude n'en est pas moins apparue inévitable, même si le constat ne saurait être un autre que celui d'un renouvellement très limité des sources étatiques.

Peut-être ce manque de renouvellement explique-t-il, en partie, le relatif retrait des sources étatiques parmi l'ensemble des sources du droit de la communication par internet. Il faut rappeler que ce droit est composé d'une part plutôt faible de normes d'origine étatique[1], notamment comparativement à une branche du droit plus classique, moins représentative du droit transnational, telle que le droit des réseaux de communications électroniques ou telle que le droit de la communication audiovisuelle[2]. Les différences entre les structures normatives de ces branches du droit sont significatives et le droit de la communication par internet témoigne d'un recul partiel des sources étatiques concomitant à un développement limité des sources publiques externes et à une expansion importante des sources privées — ces dernières étant sans conteste les plus originales et symptomatiques du renouvellement des sources du droit. Ainsi, à l'aune du droit de la communication par internet, faut-il envisager que les États ne sauraient être autant au cœur du « droit de demain » qu'ils sont au cœur du droit d'aujourd'hui, notamment car *ils ne s'en donneraient guère les moyens*.

Ensuite, à l'intérieur des sources étatiques, les *sources dites « politiques »*[3] (Constitution, loi et règlement) dominent sensiblement les autres sources

---

indirectement, subordonné à l'État. Le droit de l'État serait toujours relevant pour les ordres juridiques non étatiques.

[1] Une étude a permis de montrer que les sources étatiques sont à l'origine de près de 38 % du droit de la communication par internet (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190).

[2] Les sources étatiques sont à l'origine de près de 65 % du droit des réseaux de communications électroniques et à l'origine d'environ 74 % du droit de la communication audiovisuelle (*ibid.*, p. 160 et 175).

[3] Il faut, en un mot, expliquer la séparation des sources étatiques à caractère politique et des sources étatiques à caractère non politique : les individus qui créent les normes au nom des sources étatiques « politiques » tirent leurs pouvoirs de processus politiques et démocratiques, à l'inverse de ceux qui

étatiques que sont les juridictions, à travers une jurisprudence qui joue néanmoins un rôle remarquable, et les autorités spécialisées — lesquelles sont très peu mobilisées[1]. Par conséquent, si, en 1976, Michel Foucault imaginait que la loi allait disparaître et laisser la place à de nouveaux instruments étatiques de création du droit, plus adéquats afin d'encadrer des objets devenant complexes et mouvants[2], le droit de la communication par internet ne confirme guère cette prophétie. Dans cette branche du droit, *la loi demeure la source étatique quantitativement première*, tandis que *la jurisprudence y joue un rôle plus important que dans nombre de matières* — ce qui est peut-être lourd de sens — et que *la faible implication des autorités spécialisées* peut surprendre concernant un droit appelé à prendre un tour « technocratique »[3]. Dans l'espace des sources étatiques, le renouvellement des sources du droit est donc limité à la portion congrue. Cela pose avec force la question de la capacité des institutions étatiques à s'adapter et à répondre aux exigences du droit « postmoderne ».

La réflexion autour des sources étatiques du droit de la communication par internet, si elle est peut-être inévitable en cette thèse, ne saurait donc présenter qu'un caractère novateur limité, spécialement en ce qui concerne les sources étatiques dites « politiques » que sont la Constitution, la loi et le règlement (ou, plus finement, le décret). Cela explique pourquoi les sources étatiques « non

---

créent les normes au nom des sources étatiques « non politiques », dont la légitimité ne pourrait dès lors découler que de leurs compétences et de leurs formations.

[1] Les sources étatiques « politiques » produisent près de 21 % des normes constitutives du droit de la communication par internet, alors que les sources étatiques spécialisées en fabriquent seulement 3 % et que les sources étatiques juridictionnelles en engendrent environ 14 % (*ibid.*, p. 190).

[2] M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité – t. I : La volonté de savoir*, Gallimard, 1976 (cité par P. PALERMINI, « La bio-éthique : enjeu éthique ou politique ? », in M.-L. DELFOSSE, dir., *Les comités de la recherche biomédicale – Exigences éthiques et réalités institutionnelles – Belgique, France, Canada et Québec*, Presses universitaires de Namur, 1997, p. 50).

[3] Le Professeur Jacques Chevallier relève un « mouvement d'agencification ». « La fragmentation de l'État, explique-t-il, prend des formes plus systématiques, à travers la prolifération d'agences spécialisées disposant d'une autonomie de gestion » (J. CHEVALLIER, *L'État*, *op. cit.*, p. 106). Le rôle très limité que joue le droit d'origine étatique spécialisée n'amène guère à retenir pareille conclusion en matière de droit de la communication par internet.

politiques » seront davantage au centre des attentions et seront donc traitées plus longuement. Au sein de deux chapitres successifs, seront examinées les sources constitutionnelles, les sources législatives et les sources règlementaires (chapitre 1), puis les sources juridictionnelles et les sources spécialisées (chapitre 2). *Les paradoxes ou contradictions qui marquent ces sources* seront mis en avant, étant entendu que, si les continuités s'avéraient plus nombreuses que les mouvements et que les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit, en cette donnée résiderait le premier de leurs paradoxes ou contradictions.

Chapitre 1

LES PARADOXES DES SOURCES CONSTITUTIONNELLES, LÉGISLATIVES ET RÈGLEMENTAIRES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Si « trois sources du droit sont généralement reconnues : le législateur, le juge et la société, qui produisent la loi, la jurisprudence et la coutume »[1], alors ce premier chapitre sera consacré au législateur et à la loi. Toutefois, il faut dans ce cas entendre « loi » dans un sens large et peut-être importe-t-il d'identifier plus précisément quelques catégories d'actes normatifs au départ de critères formels. La loi, la Constitution et le règlement (ou, plus précisément, le décret) devraient ainsi être distingués. Ce sont là, en quelque sorte, *les sources « officielles » du droit*, « officielles » aux yeux de l'État et aux yeux des « juristes d'État »[2], non aux yeux du « droit effectif ». Or la modernité a consacré non seulement l'association ontologique du droit et de l'État mais même celle du droit et de la loi[3]. L'esprit de légalité — la juridicité (fait d'être droit) est souvent réduite ou

[1] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 54.

[2] L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », *op. cit.*, p. 10.

[3] « À grands renforts de Raison et d'Expression de la Volonté Générale, explique-t-on, l'un des modes de création du droit a été consacré en tant que source privilégiée, au point de prétendre un temps à une sorte de monopole. La loi est devenue "la" source du droit, son élaboration étant rationalisée, son étude magnifiée et les autres sources dévalorisées » (P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1432). *Cf.*, par exemple, Th. HOBBES, « La loi, source unique du

assimilée à la légalité (fait d'être loi) — a largement empreint la pensée juridique collective du XIX^e^ et du XX^e^ s. S'il est aujourd'hui loin de peser sur la conscience de tous les *jus*-universitaires et, plus encore, sur celle de tous les juristes, cet esprit de légalité semble demeurer très influent. Les sources du droit en cause dans le chapitre qui débute seraient donc les sources du droit par excellence. Mais cela leur interdit-il nécessairement tout renouvellement, toute approche réflexive en vue d'un perfectionnement ? Et pourra-t-il en aller encore ainsi à mesure que le « droit de demain » prendra son essor ?

Les sources constitutionnelles, les sources législatives et les sources règlementaires ou décrétales produisent une faible proportion des normes constitutives du droit de la communication par internet[1]. Or, traditionnellement, on s'attend à ce que la loi (au sens large) soit la source première, si ce n'est unique, du droit. Il y aurait donc de riches enseignements à tirer de *ce retrait relatif mais réel de la loi parmi les sources du droit* dont témoigne le droit de la communication par internet. Sous l'angle quantitatif, le renouvellement des sources du droit est patent : la loi (au sens large), hier proche d'être juridiquement omnipotente, paraît de moins en moins pouvoir jouer le premier

---

droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *op. cit.*, p. 301 s. C'est ainsi que Duguit a pu relier, dans un ouvrage paru en 1901, État, droit objectif et loi positive (L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901).

[1] 21 % selon une étude menée récemment (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190). Plus précisément, le droit du contenant de la communication par internet comporte près de moitié moins de normes d'origine étatique « politique » que le droit du contenu de la communication par internet (15 % contre 27 % (*ibid.*, p. 191 et 206)). Cet écart entre droit du contenant et droit du contenu ne saurait surprendre ; il coïncide avec les observations déjà opérées quant à la place des règles d'origine privée nettement plus importante dans le droit du contenant que dans le droit du contenu de la communication par internet. Par ailleurs, à titre de comparaison, les sources constitutionnelles, législatives et décrétales occupent une position plus essentielle dans les branches classiques du droit des communications électroniques : elles sont à l'origine de près de la moitié du droit des réseaux de communications électroniques (45 % (*ibid.*, p. 160)) autant que du droit de la communication audiovisuelle (43 % (*ibid.*, p. 175)). Néanmoins, la différence entre ces matières n'est pas radicale et peut-être serait-ce le droit des communications électroniques dans son ensemble qui mettrait en doute la capacité de la loi, de la Constitution et du décret à dominer la production du droit, notamment en raison du caractère souvent technique de ses enjeux.

rôle. Et, sous l'angle qualitatif, se pose la question du « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la "qualité des normes" »[1], ainsi que, plus généralement, celle de la nécessité, de la possibilité et des moyens d'une (r)évolution légistique. Mais l'étude du droit de la communication par internet montre que peu de réponses sont apportées à ces interrogations, si bien que, qualitativement, il n'apparaît en revanche guère de renouvellement des sources du droit lorsqu'on se concentre sur les sources étatiques.

En ces lignes, il conviendra donc de présenter succinctement les sources constitutionnelles, législatives et règlementaires (décrétales en particulier) du droit de la communication par internet. Il semble exister un paradoxe dans le fait que ces sources étatiques « politiques » occupent souvent toute la place ou presque dans l'esprit des commentateurs du droit alors que, en réalité, elles sont concurrencées par les sources publiques externes et, plus encore, par les sources privées[2]. Cela se vérifie quant aux sources législatives principalement (section 1), mais aussi quant aux sources constitutionnelles et règlementaires (section 2). Peut-être les sources étatiques « politiques » n'auront-elles de cesse à l'avenir de rencontrer des difficultés et de ne guère parvenir à y répondre efficacement. C'est

[1] N. DOMPNIER, « Le renoncement à la légitimité démocratique au nom de la "qualité des normes" ? », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 77 s.

[2] En somme, il existerait aujourd'hui un décalage entre les faits normatifs et la psyché juridique collective : dans les faits, en tout cas pour ce qui concerne ce parangon de « nouveau droit » que serait le droit de la communication par internet, la loi ne serait qu'une forme de droit parmi d'autres ; mais, au niveau de la pensée juridique, s'appliquerait encore largement la description que Georges Bernanos donnait du légicentrisme sur lequel serait fondée la définition dominante du droit : « Sous prétexte de servir la justice, vous vous laissez mettre aux genoux de cette idole de toutes les sociétés conformistes : la légalité substituée au droit » (G. BERNANOS, *Lettre aux anglais* (1942), Gallimard, 1946, p. 185). *De facto*, le « désordre normatif » primerait sur le légicentrisme ; *de psycho*, le légicentrisme primerait sur le « désordre normatif », bien que de plus en plus de travaux contribuent à réduire cet *écart entre la réalité et la pensée*, notamment en étudiant la « crise de la loi moderne ». *Cf.* J. BOULAD-AYOUD, B. MELKEVIK, P. ROBERT, dir., *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan (Québec-Paris), 1996 ; *RDP* 2006, n° 122, « Le désordre normatif » ; V. NICOLAS, « Le désordre normatif », *Pouvoirs* 1994, n° 69, p. 35 s. ; N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *Arch. phil. droit* 1982, p. 161 s.

pourquoi quelques évolutions ou même révolutions légistiques pourraient être espérées.

Section 1

La législation, une source première mais fragile

Comprises désormais dans leur sens strict, les lois sont les actes à portée normative qui émanent du pouvoir législatif, du Parlement intervenant dans son domaine constitutionnel de compétence[1] et ayant vocation à représenter le peuple ou la nation, ce qui en fait la source étatique « politique » par excellence[2]. Ensuite, la présentation du droit s'appuie aujourd'hui encore largement sur le « triptyque règle de droit, loi, État »[3]. Néanmoins, au XXI^e^ s., le droit de la communication par internet, témoin du mouvement de « globalisation » du droit et révélateur du « droit de demain », paraît remettre en cause ce légicentrisme. Il illustrerait ainsi un certain *« déclin » de la loi*[4]. Cette dernière profite d'une force

[1] Peut être, sur ce point, citée la définition de la loi que proposait Alf Ross : « Une loi valide est édictée si un texte a été adopté et promulgué par les personnes compétentes, selon une procédure correcte et qu'elle traite de matières relevant constitutionnellement du pouvoir législatif » (A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 205).

[2] Une loi serait donc un acte normatif élaboré et voté par la ou les assemblée(s) démocratique(s) de dimension nationale. Partant, la loi devrait se comprendre sous un angle principalement *formel et organique*, c'est-à-dire en référence à l'auteur de l'acte et aux conditions de forme et de procédure suivant lesquelles il agit. « Loi » dérive du terme latin « *lex* » ou « *legis* » qui signifie « chose édictée ». Elle est la chose édictée par le législateur, par les organes étatiques disposant du pouvoir législatif. *Cf.*, en particulier, B. MATHIEU, *La loi*, 3^e^ éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010 ; A. HAQUET, *La loi et le règlement*, LGDJ, coll. Systèmes, 2007.

[3] P. CORNIOU, *op. cit.*, p. 8.

[4] Ce phénomène est d'ailleurs aujourd'hui observé très au-delà de cette seule branche du droit (par exemple, M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5^e^ éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 433).

symbolique historique — lui ayant permis de prétendre jusqu'à un monopole du droit[1] — qui résiste difficilement à l'observation de la réalité du pluralisme juridique en droit de la communication par internet. Le législateur est loin de dominer outrageusement la matière[2].

Le Professeur Pascale Deumier convient que « l'histoire française de la loi est l'histoire d'un déclin progressif, mais qui ne s'assimile jamais à une chute »[3]. C'est, semble-t-il, exactement ce constat que conduit à opérer l'étude du droit de la communication par internet. Ce droit tend à attester le « passage du culte de la loi à la culture des droits »[4]. Le législateur n'intervient pas moins en droit de la

---

[1] Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 123.

[2] On relève que, « dans le domaine d'internet […], le législateur s'est souvent montré lent parce qu'indécis, confus parce que laborieux et évasif parce qu'aveugle » (J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 387). Il s'ensuit qu'un droit de la communication par internet abandonné au législateur ne pourrait être qu'un pauvre droit de la communication par internet et que ce serait donc logiquement que d'autres sources du droit chercheraient à compenser les faiblesses du législateur ou même à le remplacer.

[3] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 173.

[4] F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIX^e^-XX^e^ siècles*, CNRS éditions, 2013, p. 95. En France, on retient fréquemment que l'absolutisme de la loi dans la pensée juridique aurait commencé à décliner grâce aux efforts de François Gény déployés en particulier dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, paru en 1899. S'est développée la « critique de l'exclusivisme de la loi » (Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *loc. cit.*, p. 131) et différentes théories ont, dès le XX^e^ s., commencé à fragiliser le légicentrisme juridique, aboutissant finalement à consacrer la « fin de l'omnipotence de la loi » (*ibid.*). Pour ne prendre que l'exemple le plus emblématique, dans le normativisme kelsénien, les normes d'origine législative ne sont plus qu'*un étage parmi d'autres dans la « pyramide »* et l'ordre juridique est loin de se résumer à l'œuvre normative des Parlements, bien qu'il se résume à l'œuvre normative des États. Que « seul du droit peut être source du droit » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 313) ne doit pas se comprendre comme signifiant que « seules des lois peuvent être source du droit ». Néanmoins, Kelsen demeurait plutôt attaché à la tradition positiviste du XIX^e^ s. dans laquelle la loi est la seule source du droit, si bien que les autres normes, en particulier les normes individuelles, n'étaient pour lui que des commandements implicites de la loi, sa concrétisation. La loi demeure au moins la clé de voûte du positivisme kelsénien. Et c'est surtout à l'aube du XXI^e^ s. et du III^e^ millénaire que prospèrent chaque jour un peu plus la pensée du droit « postmoderne » et la culture du droit « global », à travers des concepts tels que ceux de « droit en réseau », d' « internormativité », de « plurijuridicité », de « multijuridisme », de « polycentricité », de « mondialisation juridique », de « droit souple », de « gouvernance », de « complexité juridique » etc.

communication par internet que dans la plupart des branches du droit (A). La différence est que, même s'il cherche à conquérir une certaine légitimité par le recours à d'originaux organes parlementaires de prospective et d'évaluation, il est concurrencé par d'autres sources du droit, la force symbolique de la loi, sa majesté, *n'étant pas aux yeux de l'internaute ce qu'elle est (ou était) aux yeux du citoyen* (B). Ainsi, si elle n'est pas le lieu d'un renouvellement des sources du droit en soi, ses difficultés sont le ferment d'un tel renouvellement, notamment en ce que nombre d'organisations privées sont encouragées à se donner leurs propres droits.

A. Des interventions législatives nombreuses mais à l'effectivité précaire

Les observations telles que celle selon laquelle le prestige du Parlement « se délite »[1] ou celle selon laquelle les lois actuelles « attestent la décadence de la pensée juridique » — en ce qu'elles seraient mal rédigées, équivoques, sans objet etc. —[2] semblent valoir à plus forte raison en matière de droit de la communication par internet, donc dans le cadre du « droit en devenir ». Ce droit est marqué par différents facteurs qui rendent l'intervention législative périlleuse et même parfois vaine.

Étudiant l'évolution de l'effectivité des lois dans l'histoire des sociétés, Jean Carbonnier relevait qu'elle a cru sans cesse[3]. Le droit de la communication par internet compte parmi ces branches du droit transnationales dans lesquelles l'effectivité des lois est ô combien malmenée, témoignant de la fin du progrès de

[1] S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*, p. 111.

[2] *Ibid.* L'auteur parle encore de « figure de la loi brouillée » (*ibid.*, p. 109) et de « démenti de la souveraineté de la loi » (*ibid.*).

[3] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 147. Et l'illustre professeur pouvait expliquer cette tendance par le perfectionnement de l'appareil étatique, de l'appareil administratif, judiciaire, policier, ainsi que par l'urbanisation à l'âge industriel et par des causes psychologiques liées à la diffusion de l'instruction qui a développé le civisme.

la loi. Or peut-être le droit comportera-t-il à l'avenir de plus en plus de telles branches transnationales et de moins en moins de branches nationales. Quand la loi interdit aux libraires électroniques de ne faire payer aucuns frais de port à leurs clients[1] et que ces libraires contournent cette disposition très aisément, soit en faisant payer des frais de port à hauteur d'un centime d'euro, il pourrait s'agir d'une forme d'ineffectivité de la loi et d'une forme de contestation et de dénigrement de la loi[2]. De plus en plus d'actes législatifs semblent connaître de graves « crises d'effectivité ». Qu'on pense au dispositif HADOPI ou aux dispositions censées garantir le respect de la vie privée, la loyauté des plateformes ou la bonne information des consommateurs de la récente « Loi pour une République numérique »[3]. Parmi les lois *ad hoc* établies afin d'encadrer les activités de l'internet, l' « impuissance » des unes paraît rivaliser avec la désuétude (quasi-immédiate) des autres[4]. En ce sens, le Professeur Christophe Caron, à propos des lois relatives à l'internet qui ne produisent aucun résultat satisfaisant, évoque des « malédictions numériques »[5]. Aussi un renouvellement de la loi ou, plus largement, un renouvellement des sources étatiques afin de subroger à la loi des actes normatifs mieux adaptés au temps, à l'espace et aux spécificités de l'internet ne pourrait-il qu'être attendu.

Les interventions législatives en matière d'usages de l'internet et du web ne manquent pourtant pas. En témoignent, par exemple, les nombreuses dispositions pénales spécifiques, dispersées entre le Code pénal, le Code de la propriété

[1] L. n° 2014-779, 8 juill. 2014, *Encadrant les conditions de la vente à distance des livres et habilitant le Gouvernement à modifier par ordonnance les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition*, art. 1.

[2] On va aujourd'hui jusqu'à évoquer la « médiocrité de la loi » (F. SAINT-BONNET, « Loi », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 964).

[3] L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, *Pour une République numérique*.

[4] Jean Carbonnier distinguait deux situations : l' « impuissance des lois », quand elles sont dès leur entrée en vigueur inappliquées et le demeurent jusqu'à être abrogées, et la désuétude des lois, lorsqu'elles cessent d'être appliquées après l'avoir été plus ou moins longtemps (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 134).

[5] Ch. CARON, « Malédictions numériques », *Comm. com. électr.* 2009, repère 8.

intellectuelle et d'autres codes comme le Code des postes et des communications électroniques. Au total, ce sont des dizaines de délits particuliers qui ont intégré le droit pénal positif. Le problème, sous l'angle quantitatif, ne provient pas d'un faible nombre de normes d'origine législative édictées mais du grand nombre de normes d'origine non législative concurrentes, cela étant notamment la conséquence des difficultés du Parlement à édicter un droit conséquent et efficace[1].

Le législateur, au cours des années 2000, est intervenu afin de saisir le traitement des données à caractère personnel[2], le commerce électronique[3], la protection du droit d'auteur et des droits voisins[4], la cybercriminalité[5], les jeux d'argent et paris par internet[6], la preuve et la signature électroniques[7], la

[1] Ainsi, pour reprendre l'exemple du « droit pénal de l'internet », il est possible de s'interroger quant à son utilité et, plus particulièrement, quant au fait que les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données n'ont pas été réduites aux grandes catégories d'infractions (vol, extorsion, escroquerie, détournements, recel, destructions, dégradations etc.) déjà prévues par le livre III (« Des crimes et délits contre les biens ») de la partie législative du Code pénal. Le droit pénal est néanmoins, par définition, l'une des seules méta-branches du droit au sein desquelles les sources publiques ne risquent pas d'être concurrencées par des sources privées.

[2] L. n° 2004-801, 6 août 2004, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*.

[3] Notamment, L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique* ; L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, *Pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, art. 12-22 ; L. n° 2008-776, 4 août 2008, *De modernisation de l'économie*, art. 118-119.

[4] L. n° 98-536, 1er juill. 1998, *Portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE* ; L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.*

[5] Notamment, L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001, *Relative à la sécurité quotidienne*, art. 41 ; L. n° 2002-1094, 29 août 2002, *D'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, art. annexe ; L. n° 2003-239, 18 mars 2003, *Pour la sécurité intérieure*, art. 17, 18, 71, 94 et 125.

[6] L. n° 2010-476, 12 mai 2010, *Relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

[7] L. n° 2000-230, 13 mars 2000, *Portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique*.

protection des mineurs[1], l'accessibilité des services dématérialisés de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics qui en dépendent aux personnes handicapées[2], le vote électronique[3], la lutte contre la fracture numérique[4], le prix du livre vendu par les services de commerce électronique[5] etc. Mais ces textes ont régulièrement été critiqués en raison de leur inadéquation avec l'état des technologies, des enjeux ou encore des besoins.

Peut-être les organes parlementaires de prospective et d'évaluation sur lesquels les parlementaires peuvent s'appuyer contribuent-ils au renouvellement de la loi espéré et permettent-ils d'améliorer la qualité substantielle des lois censées régir les technologies ou les activités internetiques. Si le problème de la loi réside dans ses difficultés à répondre adéquatement aux attentes et aux besoins, car une « loi technicienne »[6] est une étrange figure, au-delà de l' « impasse des échelles » temporelle et géographique qui fait que nombre de textes « naissent morts » et/ou visent des destinataires qu'il n'est pas possible de présenter devant des juges nationaux, le recours à ces organes parlementaires de prospective et d'évaluation ne pourrait qu'être bénéfique.

Il s'agit, tout d'abord, de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, lequel témoigne de la volonté du Parlement d'acquérir une capacité minimale d'expertise et de proposition sous son contrôle

---

[1] L. n° 2007-297, 5 mars 2007, *Relative à la prévention de la délinquance*, art. 35.

[2] L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, *Pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, art. 47.

[3] L. n° 2003-277, 28 mars 2003, *Tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections du Conseil supérieur des Français de l'étranger* ; L. n° 2010-500, 18 mai 2010, *Tendant à permettre le recours au vote par voie électronique, lors des élections des membres de conseils des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*.

[4] L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009, *Relative à la lutte contre la fracture numérique*.

[5] L. n° 2014-779, 8 juill. 2014, *Encadrant les conditions de la vente à distance des livres et habilitant le Gouvernement à modifier par ordonnance les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition*.

[6] Par exemple, F. PÉRALDI-LENEUF, « L'évolution des lois techniciennes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 19 s.

direct[1]. L'Office recueille des informations, met en œuvre des programmes d'étude et procède à des évaluations. Sa légitimité et son influence n'ont cessé de croître[2] et il a produit près d'une centaine de rapports et plusieurs centaines de recommandations souvent suivies par le Parlement, notamment en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication[3].

En outre, a été créée une « Délégation sénatoriale à la prospective » auprès du Sénat[4] chargée d'anticiper les mutations technologiques et les futures pratiques. Comme l'explique un sénateur, cette initiative se justifie par le fait que « les carences des autorités publiques françaises en la matière [les nouvelles technologies] ont largement contribué à l'installation d'une défiance profonde des citoyens à l'égard de leurs représentants »[5]. Ainsi le Sénat a-t-il décidé de

[1] L'Office est en réalité une délégation parlementaire créée par la loi du 8 juillet 1983 (L. n° 83-609, 8 juill. 1983, *Tendant à la création d'un office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*). Il peut être saisi par le bureau de l'une des deux assemblées, par un président de groupe, par soixante députés ou quarante sénateurs ou encore par une commission. La création de l'Office a été décidée par un vote unanime alors que les parlementaires se rendaient compte, à la faveur du débat national sur la recherche organisé au début des années 1980 en vue de l'adoption de la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique, que leurs moyens d'expertise propres n'étaient plus suffisants pour pouvoir discuter efficacement les propositions et les décisions du Gouvernement dans de plus en plus de domaines liés au développement de la technoscience. Comme toutes les délégations parlementaires, il s'agit d'une structure créée par la loi pour assurer une mission principalement tournée vers le contrôle des activités gouvernementales. Composé de trente-six parlementaires (dix-huit députés et dix-huit sénateurs) représentatifs de l'importance des différents groupes politiques au sein de chacune des deux assemblées, il a également pour fonction d'éclairer les décisions du Parlement.

[2] De plus en plus de lois prévoient soit son information, soit sa participation dans la désignation de représentants du Parlement au sein de diverses instances, soit enfin sa représentation, par son président ou par l'un de ses membres, au conseil d'administration de différents organismes.

[3] Peuvent être cités, par exemple, le rapport du 8 mars 1995 sur les nouvelles techniques d'information et de communication, les rapports des 18 décembre 1996, 9 octobre 1997 et 19 décembre 2001 sur la société de l'information et le rapport du 23 février 2006 sur la gouvernance mondiale de l'internet.

[4] Elle a remplacé en 2009 le « Groupe de prospective du Sénat ».

[5] R. TREGOUËT, « Société de l'information et devenir de l'homme », in D. BAHU-LEYSER, P. FAURE, dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000, p. 154.

réagir en créant en son sein un organe collégial chargé de prévoir l'évolution des technologies et des pratiques. D'aucuns perçoivent logiquement un « paradoxe à ce que la chambre la plus conservatrice se penche vers un futur fantasmatique »[1]. Il est en tout cas permis de demeurer sceptique quant à la capacité d'analyse de ces organes spécifiques dès lors qu'ils ne sont pas ouverts à des membres extérieurs, même si une pratique courante en leur sein est l'audition de personnalités qualifiées. Rares sont les spécialistes des nouvelles technologies de l'information et de la communication parmi les députés et sénateurs.

Quant à la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques, créée par la loi du 2 juillet 1990[2], elle a pour fonction de rendre des avis et des recommandations afin de « veiller à l'évolution équilibrée du secteur des communications électroniques »[3]. Aujourd'hui loin de se cantonner dans sa fonction initiale de gardien vigilant des obligations de service public de l'opérateur historique France Télécom, elle est susceptible de jouer un rôle en cas d'intervention législative relative à l'internet. Sa spécificité est d'être une commission parlementaire mixte intégrant des personnalités qualifiées[4]. De plus, elle est systématiquement saisie pour avis en cas de projet de modification de la législation spécifique au secteur des communications électroniques. Elle peut même être consultée par l'ARCEP, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Elle n'a cependant joué qu'un rôle très minime dans l'établissement du régime législatif de la communication par internet[5].

---

[1] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 212.

[2] L. n° 90-568, 2 juill. 1990, *Relative à l'organisation du service public des postes et télécommunications*.

[3] L. n° 2005-516, 20 mai 2005, *Relative à la régulation des activités postales*, art. 25.

[4] Ainsi est-elle composée de sept députés désignés par le président de l'Assemblée nationale, sept sénateurs désignés par le président du Sénat et trois personnalités qualifiées nommées par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique.

[5] Peut être également relevée l'action du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, comité qui a vocation à mener des travaux d'évaluation sur des questions transversales — c'est-à-dire excédant le champ de compétence d'une seule commission permanente —, à donner son avis sur les études d'impact accompagnant les projets de lois déposés par le Gouvernement et

Ces divers travaux — et les autres (« rapport Olivennes », « rapport Lescure » etc.) — n'ont guère permis au Parlement de voter des lois capables de susciter un large consensus auprès de leurs destinataires et de ne pas engendrer la polémique. Il faut donc demeurer réservé quant à l'apport de ces organes de prospective et d'évaluation aux législations positives. Tous ces efforts ne sont guère parvenus à faire de la loi la source centrale du droit de la communication par internet, ce qui témoigne de son retrait progressif à l'heure du droit transnational et donc du renouvellement des sources du droit sous l'angle quantitatif : la loi est de plus en plus concurrencée par d'autres sources du droit, notamment privées.

B. Des instances législatrices concurrencées signes du déclin de la force symbolique de la loi

Au XIX^e^ et au XX^e^ s., la loi était souvent idéalisée : toute loi, du seul fait qu'elle était loi, était parée des vertus de « rationalité, impérativité, stabilité, généralité, clarté [et] parcimonie »[1] ; en somme, elle incarnait « la raison faite droit »[2]. Aujourd'hui, la loi est plus souvent critiquée qu'idéalisée et l'étude du droit de la communication par internet ne peut qu'amener à renforcer ces critiques. « Sous le nom de loi, observait Michel Villey, […] viennent des textes qui n'offrent plus ses caractères spécifiques de généralité, d'abstraction, de

à valoriser les différents travaux d'évaluation menés par les différentes structures rattachées à l'Assemblée nationale.

[1] M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité », in M. VAN DE KERCHOVE et *alii*, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1981, p. 39 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 79).

[2] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 54. On observe que la loi étatique est devenue, en France et à compter de 1789, le « paradigme de la politique » (O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e^ siècle », *op. cit.*, p. 65) et que le légicentrisme a marqué de son empreinte le XIX^e^ et le XX^e^ s. à tel point que la loi était toute puissante et qu' « aucune force ou légitimité ne pouvait rivaliser avec elle » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 173).

rigueur de l'énoncé et de permanence »[1]. Cela vaut tout spécialement en matière de régulation des activités de l'internet. « La majesté de la légalité », dont se félicitait Portalis à l'aube du XIX[e] s.[2], paraît de plus en plus devenir un lointain souvenir. Les reproches adressés à la qualité de la loi sont peut-être la première raison de la « crise » quantitative de la loi, *i.e.* du fait que d'importantes parcelles des régimes juridiques n'ont plus une origine législative[3].

Dans l'espace du droit de la communication par internet, la loi est concurrencée par des sources non étatiques, mais aussi par d'autres sources étatiques, ce qui indiquerait un début de renouvellement des sources étatiques. Reste que la « force formelle »[4] de la loi ne suffit plus à la rendre légitime ou même acceptable sans autre forme de procès. Le temps où elle était « respectée indépendamment de son contenu, son autorité provenant de l'aura qui l'entoure, grâce à sa force symbolique et expressive lui permettant de s'imposer par persuasion et séduction »[5], semble révolu. La loi doit désormais également faire ses preuves au fond, substantiellement. Et les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove d'écrire que, « si la loi continue de bénéficier d'une présomption de validité, cette présomption a cependant cessé d'être irréfragable comme le soutenait la dogmatique juridique. Sa validité, relative et provisoire, demande à être reconnue et sans cesse reconfirmée »[6]. Or le contenu normatif de

---

[1] M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, p. 290 (cité par M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 16).

[2] J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

[3] Qui se propose de penser le droit à l'aune des normes constitutives du droit de la communication par internet ne saurait retenir, avec Kant, que « le droit positif [est] le droit qui procède de la volonté du législateur » (I. KANT, « Doctrine du droit », in *Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philolenko, Vrin, 1979 (cité par R. SÈVE, « Kant Emmanuel – Doctrine du droit », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 306)) ou, du moins, avec Maurice Hauriou, que « tout le droit est centralisé sur la loi et toutes les autres sources du droit lui sont subordonnées » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 236) — il est vrai qu'on dit qu'une coutume acquiert « force de loi » et que les contrats « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclus ».

[4] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 281.

[5] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 158.

[6] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 309.

la loi, dans le domaine des activités internetiques, est quasi-systématiquement dénoncé par ses destinataires. Il ne paraît plus vérifié que « l'idée de loi reste encore imprégnée — l'on dirait presque enduite — par celle de force brute »[1] ; il devient au contraire courant de l'associer à la faiblesse et à l'insuffisance[2]. Le Conseil d'État lui-même, dans son rapport de 1991, a mis en lumière la dégradation de la qualité de la loi en France — une dégradation qualitative d'ailleurs intimement liée à un problème quantitatif : la prolifération désordonnée des textes[3].

Le droit de la communication par internet témoigne de l'essor de sources indifférentes à la loi et indépendantes de la loi, quand les sources soumises à la loi possèdent une importance déclinante[4]. Or, jusqu'à une époque récente, les recherches sur les sources du droit étaient essentiellement étayées par la loi. La chose allait de soi : « Pour des raisons globalement idéologiques, cette expression supposée pure de la volonté générale souffrait mal la concurrence. L'éventail des

---

[1] R. DRAÏ, *op. cit.*, p. 35.

[2] Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 31.

[3] EDCE 1991, *op. cit.* ; également, EDCE 2006, *op. cit.* Le même constat était déjà opéré, bien plus tôt, en 1949, par Georges Ripert, lequel soulignait que l'effectivité des lois est allée en déclinant à l'époque moderne principalement en raison de la surabondance des lois. Selon lui, l'inflation législative a entraîné un moindre attachement et respect pour chaque loi (G. RIPERT, *Le déclin du droit – Études sur la législation contemporaine* (1949), LGDJ, 1998). C'est un fait psychologique que l'attention faiblit lorsqu'elle porte sur un objet trop étendu. Sur ce point, il faut rappeler que Portalis disait que le législateur ne peut « s'abstraire de l'esprit des siècles » et doit se montrer « sobre de nouveautés » (J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire de présentation du projet de Code civil élaboré par la commission du gouvernement, 1er pluviôse an IX (21 janvier 1801) », in *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, P.-A. Fenet, 1827, p. 463 (cité par J.-L. HALPÉRIN, « Portalis Jean-Étienne-Marie », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *loc. cit.*, p. 455)).

[4] Or, au XXe s., Raymond Carré de Malberg pouvait enseigner que « la loi tire sa force juridique positive de la puissance constitutionnelle du législateur, et cela non seulement en ce sens qu'une règle, quelle qu'elle soit, ne peut acquérir la valeur de loi que moyennant sa consécration par l'organe qui a compétence pour légiférer, mais encore en cet autre sens que, dans tout État possédant une organisation régulière, c'est à l'autorité législative qu'il appartient de déterminer par sa propre puissance les règles — de quelque source qu'elles découlent — qui seront érigées en lois » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 207).

réactions à l'idée que de "vraies" normes pourraient naître aussi par d'autres voies se déployait entre le grincement de dents et le haussement d'épaules »[1]. Cette conjoncture doctrinale ne semble plus pouvoir être d'actualité, à moins de se couper excessivement du « droit réel ». Le droit de la communication par internet indique un recul tant qualitatif que quantitatif de la loi parmi les sources du droit — le recul qualitatif induisant peut-être pour partie le recul quantitatif. Le renouvellement des sources du droit se serait donc déjà opéré dans une large mesure, aboutissant à un déplacement important de la place de la loi.

Le « net reflux du légicentrisme »[2] paraît se poursuivre et même s'accélérer, ainsi que l'enseigne la branche du droit ici étudiée. Quant à cette dernière — et alors que cela vaut encore dans nombre de branches du droit —, il devient difficile de parler d' « amour immodéré de la loi, […] aussi bien du côté des gouvernants, qui pratiquent la législation "émotionnelle", que du côté des gouvernés, qui en appellent à la loi à la première difficulté »[3]. Au contraire, les gouvernés voient dans la loi une source de difficultés et cherchent, par l'autorégulation, à éviter que les gouvernants soient tentés de recourir à la loi. Est ainsi illustrée l'importante révolution que connaîtrait la légitimité démocratique dans les sociétés contemporaines[4]. Le regard porté sur le droit de la communication par internet conduit donc à confirmer les constats d'une « crise de la loi »[5] et d'une « revanche du pluralisme contre le monisme »[6], ou encore

---

[1] D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 20.

[2] M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », *op. cit.*, p. 432.

[3] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 179. De même, le constat d'un « recours maniaque à la loi […] [qui] conserve toujours sa force symbolique […] [et qui] permet d'apaiser les tensions, de satisfaire les revendications, d'incarner les symboles, [qui] se voit dotée de super pouvoirs de bienfaits sociaux » (*ibid.*), se trouve infirmé à l'échelle du droit de la communication par internet, le législateur cherchant de plus en plus à laisser le soin de faire œuvre normative à des autorités perçues comme plus légitimes.

[4] *Cf.* P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008.

[5] D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », in J. BOULAD-AYOUD, B. MELKEVIK, P. ROBERT, dir., *op. cit.*, p. 17.

[6] F. TERRÉ, « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* 1980, p. 20.

celui selon lequel « le règne de la loi […] est l'histoire d'une grande espérance déçue »[1].

Quelques auteurs, notamment Georges Ripert, ont très tôt mis en doute la domination de la loi, tant quantitative que qualitative[2], ont contesté le « culte de la loi [avec lequel] le respect des lois prend un aspect quasi-religieux »[3]. Aujourd'hui, il semble de plus en plus que « le paysage juridique se recompose à partir de la base »[4] et que l'État doive s'abstenir de créer tout le droit. Il devrait abandonner en partie cette mission à des acteurs privés car il serait « trop peu au fait des informations pertinentes », ainsi que l'affirmait Friedrich Hayek[5]. *La République* de Platon montre les limites de l'autorité de la loi par rapport à celle de la nature ; à l'aune du droit de la communication par internet, se laissent percevoir les limites de l'autorité de la loi par rapport à celle de la technologie, mais aussi par rapport à celle de pratiques et d'usages sociaux novateurs[6].

De ces pérégrinations dans le XXI^e^ s., la loi ressort appauvrie, ce qu'il est difficile d'analyser comme un renouvellement. Mais, quelle que soit la profondeur de la « crise » qu'elle traverse, il semble toujours indispensable de réserver quelques pages à la loi au sein d'un ouvrage consacré aux sources du droit. Thomas d'Aquin ne disait-il pas que la loi serait moins la règle de droit que la « règle du droit », c'est-à-dire l'instrument permettant de jauger la qualité du droit[7] ? Après la loi, acte normatif typique des sources du droit modernes, il convient d'opérer un détour

---

[1] G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi », *Arch. phil. droit* 1939, p. 30 (cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 63).

[2] G. RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.* ; J. CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908 ; F. TERRÉ, *loc. cit.*, p. 17 s. ; B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 9 s. ; J. BOULAD-AYOUD, B. MELKEVIK, P. ROBERT, dir., *op. cit.*

[3] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 110.

[4] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 108.

[5] F. A. HAYEK, *op. cit.* (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 140).

[6] Par exemple, L. COHEN-TANUGI, *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, 1999 ; M. CASTELLS, *La galaxie Internet*, Fayard, 2001 ; M. CASTELLS, *La société en réseau – t. I : L'ère de l'information*, Fayard, 1998.

[7] SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1273, II, q. 57 (cité par J.-P. HOUPPE, « À propos de deux ouvrages récents », *RGD* 1992, p. 301).

parmi les sources constitutionnelles et les sources décrétales du droit de la communication par internet, cela bien qu'elles aussi ne puissent être, en soi, le lieu d'un profond renouvellement des sources du droit.

Section 2

La Constitution et le règlement, des sources attendues mais discrètes

Tant la Constitution (A) que le règlement et en particulier le décret (B) ne jouent qu'un rôle secondaire parmi les sources du droit de la communication par internet, ce qui illustre combien celui-ci pourrait s'analyser tel un « nouveau droit » dans lequel les sources du droit modernes, étatiques en particulier, peinent à trouver leur place et à conserver le premier rôle. Y compris à l'intérieur des seules sources étatiques, la Constitution et le décret sont en retrait et n'exercent qu'une influence limitée.

A. La transparence de la Constitution en matière de régulation de l'internet

Certains professeurs, Louis Favoreu tout spécialement, ont entendu positionner la Constitution au centre des études et de la pensée juridiques[1]. Néanmoins, en conclusion d'une thèse consacrée au sujet « Constitution et Internet », une chercheuse ne peut que se résoudre à relever que, « depuis 20 ans, le droit du réseau se construit en marge de l'ordre constitutionnel »[2]. Et un autre auteur de

[1] Notamment, L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFD const.* 1990, p. 71 s. ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p. 25 s. Sur ce point, *cf.* S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie – Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* 1991, n° 64, p. 163 s.

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 340.

retenir que, « pour comprendre ce qu'il advient ou peut advenir de la démocratie dans les conditions de la mondialisation contemporaine, il faut abandonner ce concept en même temps que celui de Constitution »[1]. Le « droit de demain » porterait ainsi profondément atteinte à l'éminence de la Constitution dans la réalité et dans la pensée du droit. L'étude du droit de la communication par internet amène plutôt à confirmer ce diagnostic.

En tant qu'acte normatif suprême de l'ordre juridique, une Constitution prouve qu'un État est maître de son droit positif puisqu'il se donne librement son propre régime politique[2]. Autrement dit, la Constitution se caractérise par la « prétention à régir globalement et unitairement, par une loi supérieure à toutes les autres, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice »[3]. Par suite, dans le domaine constitutionnel, le renouvellement des sources du droit ne paraît pouvoir qu'être faible. Certes, la Constitution est cardinale du point de vue des sources publiques du droit. En effet, en tant que « charte fondamentale » d'un État, elle comporte pour une grande part le *droit des sources*[4] — ou, dit

[1] C. COLLIOT-THÉLÈNE, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 3.

[2] O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 217-218. La Constitution et le droit constitutionnel ont pour objet l'État et les limites de son pouvoir (F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2014, p. 5). Également, O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 355 s.

[3] D. GRIMM (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 204).

[4] Avec la philosophie des « Lumières » et les révolutions américaine et française la Constitution est devenue l'instrument essentiel de l'entreprise moderne de domestication du pouvoir par le droit. Les problématiques ne manquent pas dès lors que le pouvoir constituant originaire appartient entièrement au domaine du fait et nullement au domaine du droit. Georges Burdeau mettait ainsi en exergue le « désarroi de la doctrine lorsqu'il lui faut adapter une théorie juridique à cette puissance qui fait et défait les systèmes juridiques » (G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, 2e éd., LGDJ, 1966, p. 171). La Constitution est l' « acte par lequel le peuple souverain établit le fondement de l'autorité étatique et les modalités selon lesquelles elle doit se manifester » (S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*, p. 47), « le pouvoir constituant [étant] la forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple » (O. BEAUD, *loc. cit.*, p. 201). Georges Burdeau pouvait ainsi écrire que « souveraineté du peuple et constitution créatrice, c'est tout un » (G. BURDEAU, *loc. cit.*, p. 89). Néanmoins, peut-être vaudrait-il mieux se borner à retenir que « la Constitution est une loi où s'exprime la volonté du souverain » (*ibid.*, p. 808), ce dernier n'étant pas nécessairement le peuple ; ou bien, avec

autrement, elle est la « loi des lois »[1]. En revanche, pour ce qui est de la Constitution non comme droit des sources mais comme source de droit, il se trouve très peu de normes d'ordre constitutionnel au sein du droit de la communication par internet. Cela ne saurait surprendre tant il n'appartiendrait pas à l'office du constituant de chercher à établir les régimes juridiques applicables aux technologies et aux activités de l'internet. La Constitution institue les organes des pouvoirs, déterminés en leurs natures et en leurs fonctions, ainsi que les procédures de distribution et d'interrelation des compétences respectives de chacun[2]. Dans son acception formelle, elle ne peut entretenir quelque intimité directe avec le droit des activités internetiques, d'autant plus que ce droit est à ranger dans la sphère du droit privé davantage que dans la sphère du droit public.

Néanmoins, peut-être la Constitution est-elle « plus que ce qu'en dit le texte : une expression substantielle des droits de l'homme et de la démocratie dont le Conseil constitutionnel est le gardien, le "conservateur" »[3]. La Constitution, approchée matériellement et non formellement, pourrait alors jouer

---

Maurice Hauriou, faudrait-il juger plus modestement que le mouvement constitutionnel français, depuis 1789, signale la victoire du principe selon lequel « toute Constitution est un pacte constitutionnel entre le gouvernement et le peuple » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 217). Sur ce point, *cf.*, en particulier, R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie du Recueil Sirey, 1932 ; C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Puf, coll. Quadrige, 2013 ; P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985.

[1] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 167. Comme l'écrivait Kelsen, « l'essence d'une Constitution réside dans la réglementation de la création des normes » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, Puf, coll. Léviathan, 1996). Ailleurs, l'illustre théoricien du droit soulignait que, « dans les droits étatiques modernes, la création des normes juridiques générales que règle la Constitution au sens matériel a le caractère de législation. La réglementation de cette législation par la Constitution contient la détermination de l'organe ou des organes investis du pouvoir de créer des normes juridiques générales, les lois et règlements » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 300).

[2] S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*, p. 52. Les lois constitutionnelles comportent les règles selon lesquelles le pouvoir est dévolu à ses agents d'exercice ; elles fixent la nature, le statut et les compétences des institutions organiques ayant en charge d'exercer la puissance publique ; elles établissent également ce que doivent être leurs relations réciproques.

[3] F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 963.

un rôle cardinal dans un domaine tel que le droit de la communication par internet. D'aucuns notent combien la Constitution française est de moins en moins libérale, a tendance à se matérialiser avec l'inclusion de principes qui ont vocation à régir les activités privées des citoyens. Pour autant, si, qualitativement parlant, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont la place à l'intérieur du « bloc de constitutionnalité » n'est plus à démontrer, joue un rôle certain en matière de droit des contenus de la communication par internet, les normes d'ordre constitutionnel ne sont qu'une très petite partie de l'ensemble de ce droit.

Transnational et fuyant, l'internet est un espace ou un objet original pour le droit ; mais il est un espace ou un objet qui, comme les autres, est en théorie soumis au respect des droits et libertés fondamentaux consacrés par le « bloc de constitutionnalité ». Seulement ne se trouve-t-il guère d'élément original en cette donnée juridique positive[1]. Il n'y a pas de grands enseignements à tirer de l'étude du droit de la communication par internet sous l'angle de l'évolution des sources constitutionnelles. Et, concernant l'évolution des sources du droit en général, il ne semble que possible de remarquer le retrait, éventuellement le déclin, de la Constitution, retrait ou déclin qui suivrait celui des sources étatiques dans leur globalité.

Aussi faut-il incontinent descendre de quelques étages au sein de la « pyramide », cela afin d'envisager le règlement en tant que source du droit. Lui-aussi n'occupe qu'une place secondaire à l'intérieur du droit d'origine étatique applicable aux activités internetiques et lui-aussi ne paraît guère pouvoir être le

[1] Éventuellement faudrait-il débattre autour du problème de l'effectivité des normes d'origine étatique, problème qui se pose quant à la Constitution autant si ce n'est plus que quant à la loi, ce qui amène à mettre en doute l'idée selon laquelle les normes constitutionnelles seraient celles disposant de l'autorité la plus forte (M. DE VILLIERS, « Le principe de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 375). Les caractères de permanence et d'immutabilité des règles à statut constitutionnel, justifiant habituellement leur force suprême, sont en l'occurrence davantage des barrières à toute appréhension pertinente et efficace des enjeux spécifiques et mouvants du réseau. Il est évident que les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et des articles de cette dernière n'avaient pas imaginé qu'ils s'appliqueraient un jour à des situations permises par ou se déroulant dans l'internet.

lieu d'un renouvellement des sources du droit significatif — si ce n'est négativement, en ce que son retrait va de pair avec le développement des sources privées.

B. L'insuffisance du règlement en matière de régulation de l'internet

Souvent décriés en ce qu'ils incarneraient un droit bureaucratique et technocratique, préparé dans le secret des cabinets et « bouffi de précisions techniques »[1], ces actes administratifs unilatéraux que sont les règlements (décrets mais aussi ordonnances, arrêtés et circulaires)[2] pourraient cependant être les bienvenus dès lors qu'il s'agit de saisir les activités de l'internet, d'autant plus qu'ils répondent à des procédures d'édiction plutôt rapides comparativement aux lois. Pourtant, *de facto*, les sources règlementaires sont loin de jouer un rôle central en matière de production du droit de la communication par internet. Et, pour ce qui est du point de vue qualitatif, ces sources n'évoluent guère. Certains observateurs peuvent souligner la « crise du pouvoir réglementaire »[3], une « crise » qui s'exprimerait notamment dans le fait que les décrets intervenant dans le domaine du droit de la communication par internet sont plus souvent des décrets d'application des lois que des décrets autonomes[4]. Seulement, autant qu'à

[1] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 180.

[2] Les règlements sont les actes normatifs édictés par le *pouvoir exécutif*. Ils regroupent différents types de textes dont les dénominations varient en fonction de leurs auteurs.

[3] B. FAURE, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, p. 547 s.

[4] L'article 37 de la Constitution prévoit que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », tandis que son article 34 précise quel est ce domaine réservé à la loi (notamment « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias »). Le législateur trouve dans ce dernier article des justifications à sa compétence en matière de communication par internet. Il est ainsi difficile au Premier ministre — qui, en vertu de l'article 21 de la Constitution, « assure l'exécution des lois » et « exerce le pouvoir réglementaire » — de prendre des décrets autonomes afin d'intervenir dans la matière. Restent les décrets d'application des lois mais, comparativement auxdites loi, ils sont secondaires. Par exemple, la loi a reconnu la valeur de la preuve électronique (L. n° 2000-230, 13 mars

l'égard de la place de la Constitution dans le droit, n'y a-t-il que peu d'enseignements inédits à tirer de l'étude du droit de la communication par internet sous l'angle de la place du règlement dans le droit. Il faut simplement relever que le règlement, comme le droit étatique dans son ensemble, pourrait être en retrait dans l'espace du « nouveau droit » tel que le droit de la communication par internet permet de l'imaginer.

Un élément néanmoins remarquable est que le Gouvernement a adopté une circulaire relative à la procédure de transposition des directives en droit interne priant les ministères d'adapter leurs organisations respectives aux exigences du réseau[1]. En parallèle, le Parlement devait « améliorer les conditions d'examen des textes concernés »[2]. Et le Gouvernement, profitant de l'urgence qui s'attache à la transposition des directives, recourt régulièrement à l'article 38 de la Constitution en vertu duquel « le Gouvernement peut […] demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Cela invite à revenir sur le constat qu'opérait Louis Favoreu et selon lequel l'article 38 serait « neutralisé » depuis la fin des années 1970[3]. Il paraît toutefois excessif de parler de « détournement de la Constitution » à la seule vue de ce phénomène[4]. Les ordonnances relevant de l'article 38 ne sont porteuses que d'une toute petite part du droit de la communication par internet et, partant, ne contribuent que modestement à renouveler les sources étatiques du droit. Dans tous les cas, le

---

2000, *Portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*), tandis que des décrets sont venus détailler les modalités techniques de la signature électronique (D. n° 2001-272, 30 mars 2001, *Pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique*).

[1] Circ., 27 sept. 2004, *Relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées au sein des institutions européennes*.

[2] C. PHILIP, « La Transposition des directives européennes », rapport à l'Assemblée nationale n° 1709, juill. 2004.

[3] L. FAVOREU, « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFD const.* 1997, p. 677 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 189).

[4] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 190.

pouvoir exécutif connaît autant de difficultés que le pouvoir législatif face à cet objet complexe et particulier qu'est l'internet. Peut-être même en connaît-il davantage dès lors qu'il lui revient de mettre en œuvre des lois souvent déjà inadaptées et/ou dépassées.

Par ailleurs, l'objet des règlements intervenant dans le domaine du droit de la communication par internet est tout spécialement de créer des institutions ministérielles spécialisées. Cela mérite d'être souligné tant, à l'instar des organes de prospective et d'évaluation installés auprès du Parlement, il s'agit de permettre aux titulaires du pouvoir normatif de disposer de toutes les informations pertinentes afin d'élaborer le droit en pleine connaissance des enjeux, des exigences et des moyens en cause. L'internet a ainsi été étudié, au sein des administrations centrales de l'État, par des structures qui, nonobstant leur originalité apparente, ne sauraient être considérées comme véritablement atypiques[1]. La Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à

[1] Il s'agit, notamment, de la « mission interministérielle de soutien technique pour le développement des techniques de l'information et de la communication dans l'administration », du « comité interministériel pour la société de l'information », de la « mission pour le commerce électronique », créée par décret en 1999 (D. n° 99-1048, 14 déc. 1999, *Portant création d'une mission pour le commerce électronique*), de la « mission pour l'économie numérique », établie par décret en 2001 (D. n° 2001-1060, 14 nov. 2001, *Portant création de la mission pour l'économie numérique*), de la « mission interministérielle pour l'accès public à la micro-informatique, à l'internet et au multimédia », mise en place par décret en 2000 (D. n° 2000-1167, 1er déc. 2000, *Portant création d'une mission interministérielle pour l'accès public à la micro-informatique, à l'internet et au multimédia*), et de la « délégation aux usages de l'internet », instituée par décret en 2003 (D. n° 2003-1168, 8 déc. 2003, *Portant création d'une délégation aux usages de l'internet*). Placée initialement auprès du ministre délégué à la recherche et aux nouvelles technologies, puis rattachée au ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, la délégation aux usages de l'internet assure aujourd'hui ses missions auprès du ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique. Alors que ses missions ont été élargies en 2008 au développement de nouveaux usages liés aux évolutions de l'internet et de l'internet mobile, elle est chargée — sous l'autorité d'un délégué aux usages de l'internet nommé par arrêté du ministre — de « proposer et de coordonner des mesures permettant la diffusion des technologies de l'internet auprès de l'ensemble des citoyens ainsi que d'accompagner les entreprises de l'internet face aux mutations du réseau » ([en ligne] <delegation.internet.gouv.fr>) ; ainsi sa mission est-elle de « veille[r] à la création d'un écosystème favorable à l'innovation autour des technologies de l'internet et en particulier au développement des usages liés aux nouveaux modes de connexion au réseau » (*ibid.*). Elle satisfait à cette mission en assurant

l'attractivité régionale (DATAR)[1] s'est à quelques reprises intéressée à des questions en lien avec le développement de l'internet, en particulier celles touchant à l'accès au réseau[2]. Tel est également le cas du Comité interministériel pour la réforme de l'État[3], qui s'est penché sur l'administration électronique. La Direction générale des entreprises[4], pour sa part, outre qu'elle comprend un service des technologies et de la société de l'information qui intègre diverses sous-directions dont l'une est consacrée aux réseaux, au multimédia et à la communication par internet, a pour tâche de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique du Gouvernement dans le domaine des communications électroniques, de l'économie numérique et de la société de l'information, ainsi

---

une diffusion de l'information et des bonnes pratiques et un suivi de la politique des espaces publics numériques implantés sur le territoire national. Il en résulte que sa production normative est nulle et qu'elle peut seulement, et éventuellement, jouer un rôle de source matérielle.

[1] La « délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale » (D. n° 2009-1549, 14 déc. 2009, *Créant la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale*) s'est substituée au « comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires », lequel avait déjà remplacé le « comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire » (D. n° 2005-1270, 12 oct. 2005, *Relatif à la création du comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires*).

[2] Par exemple, à l'occasion de la réunion du 18 décembre 2003, a été proposé un plan d'action pour l'accompagnement de la couverture du territoire en accès à l'internet haut débit, jugeant que « l'accès aux technologies de l'information et de la communication est l'un des facteurs clés de l'attractivité et de la compétitivité des territoires » ([en ligne] <territoires.gouv.fr>).

[3] D. n° 95-1007, 13 sept. 1995, *Relatif au comité interministériel pour la réforme de l'État et au commissariat à la réforme de l'État* ; modifié par le D. n° 98-573, 8 juill. 1998, *Modifiant le décret n° 95-1007 du 13 septembre 1995 relatif au comité interministériel pour la réforme de l'État et au commissariat à la réforme de l'État* ; abrogé par le D. n° 2010-738, 1er juill. 2010, *Relatif à la suppression de commissions et instances administratives*.

[4] Il s'agissait auparavant de la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (D. n° 2009-37, 12 janv. 2009, *Relatif à la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services*). Cette direction était intégrée au ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur (D. n° 93-1272, 1er déc. 1993, *Relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur*, art. 1er). Elle a été réinstituée en 2014 (D. n° 2014-1048, 15 sept. 2014, *Modifiant le décret n° 2009-37 du 12 janvier 2009 relatif à la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services*).

que de participer aux négociations internationales dans ces domaines[1]. Peuvent encore être mentionnés l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information[2], le Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies[3] ou la Direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC)[4]. Cependant, ces diverses institutions rattachées au Gouvernement et à l'exécutif contribuent à la construction du droit de la communication par internet

[1] *Cf. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 1697. Elle a notamment contribué au lancement de l'activité « administration électronique » au sein du Centre pour l'amélioration des échanges et le commerce électronique et au pilotage de nouveaux sujets tels que l'identité numérique ou les aspects réseau du RFID au sein cette fois de l'Union internationale des télécommunications. Elle a également mis en place une politique visant à développer l'utilisation et le bon usage des technologies de l'information et de la communication dans les entreprises.

[2] Instituée par le décret du 7 juillet 2009 (D. n° 2009-834, 7 juill. 2009, *Portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information »*), l'agence a remplacé la Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information, créée en 2001 (D. n° 001-693, 31 juill. 2001, *Créant au secrétariat général de la défense nationale une direction centrale de la sécurité des systèmes d'information*). Il s'agit d'un service dépendant du Premier ministre qui, sous l'autorité du Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationales, s'occupe des questions de cryptologie et de sécurisation des systèmes d'information.

[3] Celui-ci, créé par décret en 2009 (D. n° 2009-64, 16 janv. 2009, *Relatif au Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies*) et placé sous l'autorité directe du ministre chargé de l'économie qui en assure la présidence, intervient notamment dans les domaines des technologies de l'information et des communications électroniques. Pour l'essentiel, ses attributions se cantonnent à l'exercice d'un pouvoir consultatif, recommandatoire et évaluatif ([en ligne] <cgeiet.economie.gouv.fr>).

[4] Placée auprès du ministère de la culture et de la communication, la DGMIC définit, coordonne et évalue la politique de l'État en faveur du développement, notamment, de l'ensemble des services de communication au public par voie électronique ; et elle contribue aux travaux d'étude, d'évaluation, de recherche, de veille et d'expertise sur l'évolution des technologies numériques, ainsi que le prévoit le décret du 11 novembre 2009 qui a présidé à sa création et qui a confirmé et renforcé les missions assignées en 2000 à la Direction du développement des médias (D. n° 2009-1393, 11 nov. 2009, *Relatif aux missions et à l'organisation de l'administration centrale du ministère de la culture et de la communication*). Cette direction peut donc avoir un rôle à jouer à l'égard du droit de la communication par internet, mais, encore une fois, celui-ci ne saurait être un autre que celui de source matérielle. Le décret précité prévoit en ce sens que la Direction réfléchit, en lien avec le secrétariat général du Gouvernement, à l'évolution de la législation et de la réglementation relatives aux divers services de communication destinés au public.

de façon bien trop modeste pour mériter d'être étudiées plus en détails. Ces organismes ministériels spécialisés ne disposent généralement pas d'une capacité normative et jouent ainsi un rôle accessoire dans ce droit. Ce n'est que de façon bien maigre qu'ils renouvellent les sources étatiques du droit. Les décrets sont utilisés afin d'instituer des organes dont la fonction est de servir de sources matérielles, de fournir une expertise aux sources étatiques formelles.

Enfin, peut être mentionnée la circulaire du 3 janvier 2007 par laquelle le Garde des Sceaux a invité le parquet à « traiter l'internaute auteur de téléchargement avec indulgence », précisant que des peines de nature exclusivement pécuniaire étaient adaptées et proportionnées à la répression de ce type de faits et que l'amende délictuelle pouvait être modulée en fonction notamment du nombre d'œuvres téléchargées. Or cela revenait tout simplement à inciter le juge à méconnaître la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006[1], ainsi qu'à violer la loi du 1er août de la même année[2]. Où il s'avère que l'internet sème la confusion parmi les sources étatiques. Ce constat se trouve conforté par l'étude des sources étatiques juridictionnelles et des sources étatiques spécialisées. Au droit moderne des sources étatiques rigoureusement ordonnées et manifestement puissantes et pertinentes ; au droit « postmoderne » des sources étatiques relativement désordonnées et de plus en plus impuissantes et maladroites.

[1] Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Par cette décision, avait été déclarée non conforme à la Constitution la disposition visant à considérer le téléchargement dans le cadre d'un système d'échange de pair à pair comme constitutif d'une simple contravention, au motif que cette disposition était contraire au principe d'égalité devant la loi pénale.

[2] L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. *Cf.* E. DERIEUX, « Le juge et la loi, en droit d'auteur et des médias – À propos de quelques affaires récentes », *Légipresse* 2008, n° 252, p. 92 s.

Chapitre 2

LES CONTRADICTIONS DES SOURCES ÉTATIQUES JURIDICTIONNELLES ET SPÉCIALISÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

S'il n'existe guère de grande intimité problématique entre le droit de la communication par internet et les sources étatiques « politiques » que sont la Constitution, la loi et le décret — et donc guère de grands enseignements à tirer de leur étude sous l'angle du renouvellement des sources du droit, si ce n'est celui d'un non-renouvellement —, l'intimité problématique reliant le droit de la communication par internet et les sources étatiques « non politiques » que sont les juridictions (*sources étatiques juridictionnelles*) et les autorités spécialisées (*sources étatiques spécialisées*) s'avère potentiellement plus importante. Les normes contenues dans les décisions juridictionnelles créatrices de droit et dans les règlements édictés par les institutions *ad hoc* viendraient valider l'analyse selon laquelle « le droit étatique de l'internet fonctionne de manière désordonnée, reposant sur une compréhension souple du concept de hiérarchie des normes comme de celui de séparation des pouvoirs »[1]. Et elles seraient les indices de quelques autres tendances lourdes frappant possiblement le phénomène juridique.

« La volonté collective est médiatisée par le savoir […] et le pouvoir étatique doit se résigner à n'être plus qu'un pouvoir enchaîné par la société

[1] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 343.

technicienne »[1], disait Georges Burdeau dans les années 1970. L'observation du droit de la communication par internet amène-t-elle à confirmer ce constat, à confirmer que la volonté générale serait conduite à dériver du mythe de la rationalité politique vers une fantasmagorique rationalité technique et scientifique ? La réponse est négative et il se trouve peut-être une contradiction significative dans le fait que *les sources juridictionnelles occupent une place nettement plus importante au sein de la branche du droit ici étudiée que les sources spécialisées*. En effet, le droit de la communication par internet est composé d'une part non négligeable de normes produites par les juges mais de très peu de normes produites par les autorités spécialisées[2]. Ainsi le droit étatique pourrait-il ne pas être en mesure de répondre aux défis du « droit de demain » et, finalement, se trouver dépassé par ce « nouveau droit », un droit supposément très « technocratique ».

Concernant des objets complexes et délicats à saisir tels que l'internet et les communications qu'il permet, d'aucuns pourraient s'attendre, de prime abord, à voir les sources étatiques spécialisées occuper le devant de la scène des sources

[1] G. BURDEAU, *L'État*, *op. cit.*, p. 169.

[2] Environ 14 % des normes constitutives du droit de la communication par internet sont issues de la jurisprudence, contre seulement 3 % de ces normes édictées par les autorités spécialisées (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190). Et cela vaut tant concernant le droit du contenant de la communication par internet (14 % de normes d'origine étatique juridictionnelle contre 1 % de normes d'origine étatique spécialisée (*ibid.*, p. 191)) qu'au sujet du droit du contenu de la communication par internet (14 % de normes d'origine étatique juridictionnelle contre 4 % de normes d'origine étatique spécialisée (*ibid.*, p. 206)). À titre de comparaison, les juridictions contribuent moins que les autorités étatiques *ad hoc* à la fabrique du droit des réseaux de communications électroniques (5 % de normes d'origine étatique juridictionnelle contre 15 % de normes d'origine étatique spécialisée (*ibid.*, p. 160)) et du droit de la communication audiovisuelle (5 % de normes d'origine étatique juridictionnelle contre 26 % de normes d'origine étatique spécialisée (*ibid.*, p. 175)). Cette *complète opposition en termes de compositions normatives parmi les sous-branches du droit des communications électroniques* est tout à fait remarquable. Les sous-branches classiques que sont le droit des réseaux de communications électroniques et le droit de la communication audiovisuelle comportent une part élevée de règles provenant des autorités spécialisées et une faible part de règles provenant des juridictions. Il en va tout à l'inverse de la sous-branche atypique qu'est le droit de la communication par internet : les autorités spécialisées y sont relativement absentes quand les juges sont, si ce n'est au cœur de la matière globalement comprise, du moins au cœur du droit de la communication par internet d'origine étatique, à tel point qu'il est tentant de parler de *« droit prétorien »*.

publiques[1]. Cela conduit à la fois à s'étonner de la position marginale qu'occupent ces sources en droit de la communication par internet et à la regretter. C'est essentiellement grâce à elles que les sources étatiques pourraient se renouveler et pourtant, concrètement, elles s'avèrent excessivement discrètes, pour ne pas dire inexistantes.

À l'heure actuelle, il devient de plus en plus courant de considérer que « la délégation du législateur à d'autres autorités permet de réaliser une construction multipolaire des normes, à rebours de l'unilatéralisme sur lequel repose la vision dépassée d'un législateur omniscient »[2]. Et, bien plus tôt, Portalis envisageait déjà la loi tel un ensemble de directives générales qui « laisse une foule de choses […] à la discussion *des hommes instruits* [et] à l'arbitraire *des juges* »[3]. La logique ou bien le bon sens voudrait peut-être que, dans l'espace du droit étatique de la communication par internet, le législateur s'efface fréquemment au profit desdits « hommes instruits » siégeant au sein des autorités spécialisées, ainsi que, mais plus rarement, au profit dudit « arbitraire des juges ». Or il n'en va pas ainsi, étant entendu que l'effacement en cause est le plus souvent un effacement involontaire, un effacement non souhaité. Il s'agirait moins de « démission du législateur »[4] que d'inconsistance ou de maladresse de ses interventions dans *un contexte où le temps juridique s'accélère*[5]*, l'espace juridique s'étend*[1] *et l'objet juridique se complexifie*[2].

---

[1] Peut-être est-il en effet opportun d'en appeler à un « droit pragmatique, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité qui modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité [ferait] place la souplesse et à la stabilité [ferait] place l'adaptabilité » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *op. cit.*, p. 677). Dans les autorités *ad hoc* résideraient les sources étatiques les mieux à même de répondre à ce besoin.

[2] C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources du droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 53.

[3] J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801 (non souligné dans le texte original).

[4] L. ROUBAN, *La fin des technocrates ?*, Presses de Sciences Po, 1998, p. 15.

[5] Par exemple, Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2000.

En ce chapitre consacré aux sources étatiques « non politiques » du droit de la communication par internet, parangon hypothétique du « droit de demain », seront donc étudiées les sources étatiques juridictionnelles (section 1) puis les sources étatiques spécialisées (section 2) — l'enseignement essentiel étant que, si les secondes peuvent bien davantage que les premières œuvrer au renouvellement des sources du droit, c'est, paradoxalement, essentiellement la jurisprudence qui contribue à la construction du droit de la communication par internet.

[1] Par exemple, B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *op. cit.*, p. 17 s.

[2] On note que la délégation du législateur à d'autres organes étatiques « doit être encouragée dans des domaines éminemment techniques, sensibles ou marqués par une évolution rapide des connaissances, la complexité de certaines matières rendant inappropriée la production normative légicentrée » (C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 55). Peut-être le droit de la communication par internet devrait-il être la première des branches du droit concernées par de tels propos. Pourtant, la délégation par le législateur du soin de produire les normes applicables aux activités internetiques est loin d'être le principe ; elle semble être bien davantage l'exception.

Section 1

Les juridictions, des sources surexploitées mais inopportunes

La qualité de source formelle de la jurisprudence (en réalité des juridictions qui produisent la jurisprudence) est aujourd'hui et depuis de nombreuses années largement acceptée par la doctrine. Ce qui est davantage remarquable réside dans *l'importance quantitative de la jurisprudence* parmi l'ensemble du droit de la communication par internet d'origine étatique. La forte influence de la « loi de la jurisprudence »[1] sur l'orientation et l'aspect de ce droit est saisissante. Ainsi le juge serait-il amené, dans le droit de l'avenir, à prendre en charge une large part de la production étatique des normes, à empiéter fortement sur la fonction créatrice alors qu'il est déjà le principal acteur de la fonction applicatrice, cela afin de compenser les difficultés que rencontreraient les sources étatiques « politiques » — qui sont aussi les sources étatiques « officielles ». Par conséquent, si les sources juridictionnelles ne sauraient qualitativement être le terreau d'un quelconque renouvellement des sources du droit, il pourrait en aller différemment sous un angle quantitatif. La part de droit façonné par les magistrats s'avère plus élevée en matière de droit de la communication par internet que dans beaucoup de branches du droit, mais on peut supposer que les tribunaux et cours, suivant le principe des vases communicants, seront toujours plus appelés à jouer un rôle central dans l'élaboration des règles de droit à mesure que les autres sources étatiques achopperont sur divers obstacles. Le

[1] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 83.

« nouveau droit » pourrait par conséquent être un droit substantiellement jurisprudentiel.

Or, s'il existe depuis longtemps des branches du droit qualifiées de « prétoriennes », la tendance, à l'ère du droit moderne, semblait correspondre à un déclin de la place de la jurisprudence. Il n'est pas forcément lieu de se satisfaire d'un renversement de tendance car, si la position centrale occupée par les sources juridictionnelles parmi les sources étatiques du droit de la communication par internet est une donnée incontestable quant à sa réalité (A), elle est peut-être critiquable sous l'angle de sa légitimité (B).

A. La constatation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet

Le droit de la communication par internet est composé d'une part relativement élevée de règles de droit d'origine prétorienne[1]. Des professeurs y perçoivent même un phénomène d'une ampleur inédite[2]. Peut-être est-il permis de parler de *« jurisprudentialité »* afin de désigner le caractère foncièrement jurisprudentiel de la matière. Quant au terme *« jurisprudentialisation »*, il ne désigne pas ici le « passage d'un droit du législateur à un droit des juges »[3] mais plutôt le rôle décisif joué par le droit d'origine juridictionnelle dans l'*étatisation* du droit de la communication par internet. D'ailleurs, plutôt que de se renforcer, la jurisprudentialité a peut-être tendance à s'estomper peu à peu à mesure que les

[1] Les sources juridictionnelles sont à l'origine d'environ 14 % du droit de la communication par internet, 5 % du droit des réseaux de communications électroniques et 5 % du droit de la communication audiovisuelle (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 160, 175 et 190).

[2] P. SIRINELLI, « Introduction », in Cour de cassation, *L'innovation technologique – Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 50.

[3] G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1292 ; M. VERDUSSEN, « L'origine et le légitimité du Conseil supérieur de la justice », in M. VERDUSSEN, dir., *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruylant (Bruxelles), 1997, p. 17 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 98).

autres sources étatiques s'efforcent à saisir par leurs normes propres les activités internetiques[1].

Si, à l'instar de la participation de la Constitution, la contribution du Conseil constitutionnel à la construction du droit de la communication par internet est maigre, il en va différemment des juridictions comprises dans leur ensemble (I). Il est vrai que la jurisprudence semble posséder quelques atouts dès lors qu'il s'agit de saisir un objet tel que l'internet[2] (III), tant et si bien que c'est parfois le législateur lui-même qui, plus ou moins explicitement, fait le choix d'abandonner le soin de créer le droit aux juges (II). Reste que la jurisprudence semble appelée à jouer un rôle plus important demain qu'aujourd'hui — du moins à l'échelle des sources étatiques.

I. ***Les contributions normatives des juges omniprésentes : les nombreuses règles de droit produites par certaines juridictions.*** **–** Le Conseil constitutionnel a toujours fait preuve de prudence face à l'internet. Il s'est ainsi contenté d'appliquer des normes constitutionnelles déjà bien connues chaque fois qu'il a dû se prononcer à propos de lois relatives à des activités de l'internet. Les décisions portant sur les lois dites « LCEN », « DADVSI », « HADOPI » et « LOPPSI » n'en sont pas moins lourdes de sens en ce que les « censures sans commune mesure »[3] auxquelles elles ont donné lieu ont démontré combien, face à l'utilisation faite des communications électroniques, le législateur se trouve « décontenancé au point d'entraver les principes auxquels il est soumis »[4]. Mais le Conseil constitutionnel n'en a pas fait pas pour autant œuvre créatrice, au

[1] Cela quoiqu'on puisse noter, par exemple, que l'entrée en vigueur de la LCEN, loin de réduire la fonction juridictionnelle à son application, a obligé les tribunaux à faire toujours plus œuvre créatrice tant « le législateur a peiné à redéfinir les droits et les responsabilités de chacun sur le réseau » (A. LEPAGE, « LCEN – Libertés sur Internet – Cybercriminalité », *Comm. com. électr.* 2004, n° 9, p. 25).

[2] Des spécialistes n'hésitent pas à considérer que, sur nombre de points, les sources juridictionnelles seraient, parmi les différentes sources étatiques, les plus légitimes à façonner le droit de la communication par internet (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 205 (« seul le juge semble devoir définir l'équilibre entre ordre public et libertés individuelles [en ligne] »)).

[3] J. CATTAN, *op. cit.*, p. 545.

[4] *Ibid.*

contraire puisqu'il s'est évertué à être le gardien de la Constitution — bien plutôt qu'un « co-constituant »[1]. Mise à part la liberté d'accès à l'internet[2] — qui relève d'ailleurs peut-être plus de l'interprétation que de la création —, le juge des lois a peu innové et n'a « inventé » aucun principe à valeur constitutionnelle *ad hoc*[3].

---

[1] Ch.-A. MORAND, « La jurisprudence : de la pyramide au réseau », in J.-L. BERGEL, dir., *op. cit.*, p. 233. Georges Vedel disait que le Conseil constitutionnel tel qu'on le connaît aujourd'hui a été créé « par inadvertance » en ce que les rédacteurs de la Constitution de 1958 ont souhaité en faire le gardien du Parlement et qu'il est par la suite devenu le défenseur des droits et libertés des citoyens (entendu dans « La résistible ascension du Conseil constitutionnel », La marche de l'histoire, France inter, 16 mai 2013), l'introduction d'un contrôle des lois *a posteriori* par l'intermédiaire de la question prioritaire de constitutionnalité venant parachever au XXI^e^ s. cette évolution.

[2] Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*. Et éventuellement le rattachement au droit de propriété de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle (Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 13 ; Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 13).

[3] Certainement Georges Burdeau distinguait-il le texte de la Constitution, la « Constitution réelle », née de la pratique du pouvoir, et la « Constitution vivante », née des interprétations du juge constitutionnel (G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 167)) ; il est toutefois difficile d'identifier quelques créations juridiques provenant du travail du Conseil constitutionnel. Outre les dispositions de l'article 34 de la Constitution (Cons. const., déc. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 10 ; Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 4 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15), l'incompétence négative (Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 10 ; Cons. const., déc. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 6 ; Cons. const., déc. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 61 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 14), le principe de séparation des pouvoirs (Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection*

de la création sur internet, cons. 14 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 17), l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensée et d'opinion (Cons. const., déc. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 9 ; Cons. const., déc. 1er juill. 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*), le droit au respect de la vie privée (Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 2, 6, 16, 20 et 25 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 21, 22 et 27), la liberté de communication (Cons. const., déc. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 6 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 11, 12, 16 et 38), le droit de propriété (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 8, 14 et 15 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 23), l'égalité devant la loi (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 8, 12 et 13 ; Cons. const., déc. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 12 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 9, 10, 17 et 23), le respect des droits de la défense (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 8 et 11 ; Cons. const., déc. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 6 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 11 et 14 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 9 et 10), le principe de légalité des délits et des peines (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 8 et 10 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 14 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 27), l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 28 ; Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 8 et 9 ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 7 ; Cons. const., déc. 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 5) ou encore les obligations propres à une loi de transposition (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux*

Les réticences du Conseil constitutionnel à ériger des principes jurisprudentiels spécifiques montrent qu'il n'entend pas excéder son rôle et se substituer aux autorités habilitées à exercer le pouvoir constituant[1] ni même précéder le Parlement et le Gouvernement dans le processus d'élaboration d'un cadre juridique particulier[2]. Le Conseil constitutionnel n'entend donc guère favoriser un renouvellement des sources étatiques du droit dont il serait le grand artisan et le grand bénéficiaire.

Comme le précisait le Conseil d'État dès son rapport pour l'année 1998, les grandes catégories du droit préexistantes ont vocation à s'appliquer aux activités immatérielles autant qu'aux activités matérielles. La réalité est pourtant que le droit doit être assez substantiellement adapté pour pouvoir être transporté dans le

---

droits voisins dans la société de l'information, cons. 8 et cons. 16-31) préexistaient tous dans le corpus juridique de niveau constitutionnel.

[1] Statuant sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une prudence extrême dans l'application des normes constituant le bloc de constitutionnalité, non seulement en ne forçant pas trop son interprétation des textes constitutionnels, mais aussi en choisissant de mettre en avant l'idée selon laquelle il « n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement [et il] ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assigné le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » (Cons. const., déc. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication*, cons. 41). *Cf.*, notamment, P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *Arch. phil. droit* 2007, p. 33 s.

[2] Aussi faut-il relativiser l'affirmation selon laquelle, jusqu'en 1958, la loi aurait été souveraine, tandis que l'institution du Conseil constitutionnel aurait entraîné un « renversement de l'équilibre des pouvoirs » (R. ERRERA, *Et ce sera justice – Le juge dans la cité*, Gallimard, 2013). Il n'est pas certain que les juges constitutionnels soient des « législateurs à part entière » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 337). Peut-être pourraient-ils l'être mais, dans les faits, ils se montrent bien plus timorés qu'audacieux. « Avec le Conseil constitutionnel, décrit Robert Badinter, le droit prend la parole à la place de la politique » (cité par D. BARANGER, « Les fausses institutions », Le bien commun, France culture, 23 mai 2013) ; cela même si, par ailleurs, à l'inverse des décisions rendues par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État, celles que prononce le Conseil constitutionnel ne présentent que des « apparences de justice et de procédure » et sont en réalité « très opaques » (D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. NRF essais, 2010). Et la « révolution de la question prioritaire de constitutionnalité » ne paraît pas devoir changer la donne.

cyberespace. Aussi l'attitude du Conseil constitutionnel ne se retrouve-t-elle guère chez les autres juridictions suprêmes[1] et, surtout, chez les juridictions ordinaires, lesquelles n'hésitent pas à faire œuvre de politique juridique et n'ont de cesse de construire et déconstruire la matière. Le droit de la communication par internet est un peu comme le droit administratif, dans lequel le juge, « estimant inutile ou impossible de faire semblant d'interpréter un texte, crée en pleine lumière les règles dont il a besoin, […] est conduit, du fait du silence ou des déficiences de la loi, à "inventer" les normes juridiques nécessaires à l'exercice de sa fonction »[2]. Ainsi cette branche du droit originale qu'est le droit de la communication par internet indique-t-elle que le « droit de demain » pourrait être un droit foncièrement prétorien, que la jurisprudence pourrait se situer au cœur du droit « postmoderne » quand, à l'ère du droit moderne, elle n'intervenait généralement qu'en tant que source complémentaire.

Parmi d'innombrables exemples, peut être mentionné celui de l'usage de l'internet au travail. La jurisprudence a précisé l'essentiel des devoir-être à respecter en la matière[3]. Mais c'est bien l'ensemble du droit de la communication

---

[1] *Cf.*, en particulier, R. NOGUELLOU, « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications », *RDP* 2010, p. 825 s.

[2] M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », *op. cit.*, p. 436. *Cf.*, notamment, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972.

[3] Ainsi, est un abus de la liberté d'expression susceptible de justifier un licenciement le fait d'échanger sur un réseau social des propos dénigrants envers son employeur et d'y inciter à la rébellion contre sa hiérarchie (Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *M. B. c/ Alten Sir*), mais n'en est pas un le fait d'envoyer un courriel aux autres salariés de son entreprise afin de critiquer ses conditions de travail (Cass. soc., 10 nov. 2009) ; le fait de se connecter fréquemment (plus de quarante heures par mois (Cass. soc., 18 mars 2009, *Éric P. c/ Lauzin*) ou plus de 10 000 connexions pendant une période de deux semaines (Cass. soc., 26 févr. 2013, *Mme X. c/ Dubus*)) à l'internet sur son lieu de travail à des fins personnelles est également un motif valable de licenciement, mais une heure de consultation de sites web pour un usage personnel par semaine de trente heures de travail est « une durée de consultation qui ne peut être considérée comme déraisonnable et donc réellement abusive » (CA Bordeaux, 15 janv. 2013, *NTS 2000 c/ Nathalie G.*) ; l'employeur qui produit une page d'un réseau social qui est accessible aux « amis des amis » ne viole pas la vie privée de ses salariés (Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *M. B. c/ Alten Sir*), mais le licenciement d'un salarié pour faute grave peut être annulé si son employeur n'a apporté aucun élément permettant de penser que le compte du réseau social en cause

par internet qui fait la part belle à la jurisprudence. Plus encore, toutes les branches classiques du droit, lorsqu'elles se chevauchent avec une part du droit de la communication par internet, connaissent d'importants et denses développements jurisprudentiels, souvent à la lisière de l'interprétation et de la création normatives. Il en va ainsi du problème des délais de prescription[1] et de la

---

avait été paramétré de manière à autoriser le partage avec les « amis des amis » ou toute autre forme de partage avec des personnes indéterminées (CA Rouen, 15 nov. 2011, *Mylène E. c/ Vaubadis*) ; l'employeur ne peut pas prendre connaissance des courriels portant la mention « privé » dans leurs objets ou se trouvant dans un fichier intitulé « privé » (Cass. soc., 2 oct. 2001), à moins de procéder en présence du salarié et d'un huissier de justice (Cass. soc., 17 mai 2005 ; Cass. soc., 21 oct. 2009), alors que les courriels envoyés durant le temps de travail sont l'objet d'une présomption de caractère professionnel (Cass. soc., 9 févr. 2010) ; « les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence » (Cass. soc., 9 juill. 2008) ; est constitutif d'un abus de confiance le fait pour un salarié de détourner à des fins personnelles la connexion internet mise à disposition par l'employeur (Cass. crim., 19 mai 2004) etc. *Cf.*, déjà, J.-E. RAY, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Liaisons, 2002. Dans l'ensemble des règles qui gouvernent l'utilisation de l'internet au travail, nombreuses sont celles qui ont une origine juridictionnelle ; cela même si, parmi les exemples cités, se mêlent interprétation et création. Il faut rappeler que, lorsque le juge retient, par exemple, que l'entreprise est un fournisseur d'accès à l'internet (CA Paris, 4 févr. 2005) ou que la numérisation et la mise en ligne d'œuvres de l'esprit sont constitutives d'actes de contrefaçon (TGI Paris, réf., 14 août 1996, *Sté éditions musicales Pouchenel c/ École centrale de Paris*), il fait œuvre interprétative mais non œuvre créatrice. Pour ne citer qu'un seul autre exemple, il en va de même lorsqu'un tribunal, se prononçant sur la nature fiscale des noms de domaine, considère qu'il s'agit d'une immobilisation incorporelle, son titulaire pouvant en tirer des revenus en l'exploitant ou en le mettant à disposition d'une autre société. Le nom de domaine doit donc figurer à l'actif de son titulaire (TA Montreuil, 9 févr. 2012, *eBay France c/ Ministère public*). Le tribunal ne fait dans ce cas qu'interpréter des règles de droit déjà existantes à travers l'opération de qualification juridique des faits. Dans beaucoup de cas, il est difficile de classer le travail juridictionnel du côté de l'interprétation ou du côté de la création du droit. Ainsi, lorsqu'est retenu que des messages d'un employeur sur un réseau social peuvent servir de preuves irréfragables pour déterminer l'existence d'un contrat de travail (CA Poitiers, 16 janv. 2013, *Carine D. c/ Adeline T.*), s'agit-il d'une nouvelle norme ou de l'interprétation d'une norme préexistante ?

[1] Cass. 2e civ., 12 avr. 2012, *M. X. c/ Nouvelle du Journal de l'Humanité*. Selon la Cour de cassation, « le délai de prescription de l'action en responsabilité civile extracontractuelle engagée à raison de la diffusion sur le réseau internet d'un message court à compter de sa première mise en ligne, date de la manifestation du dommage allégué ». La Cour s'est ainsi inspirée de la jurisprudence de la chambre criminelle qui, dans

question du mode d'acceptation des conditions générales d'utilisation de certains services du web[1], en passant par la résolution des conflits de compétences[2], par la problématique du « droit à l'oubli »[3] ou encore par le régime des noms de domaine, lesquels sont passés, sous la plume des magistrats français, du statut d' « objet juridique non identifié »[4] à celui de signe distinctif[5] et ont longtemps été l'objet d'un régime juridique fondamentalement prétorien[6].

---

un arrêt du 30 janvier 2001 (*Annie R.*), avait considéré que le point de départ de la prescription de trois mois de l'action en diffamation courait à compter de la première mise en ligne. En outre, ce n'est pas le constat mais la mise en ligne qui est le point de départ de la prescription (TGI Nancy, 7 mai 2010, *Banque Populaire Lorraine Champagne et autres c/ Jean M., JFG Networks*).

[1] CA Pau, 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*. Pour la Cour d'appel, la clause litigieuse était noyée dans le texte, tandis qu' « il suffit d'une simple et unique manipulation lors de l'accès au site (clic) et non d'une signature pour que le consentement de l'utilisateur soit considéré comme acquis, ce qui suppose que l'attention de celui-ci soit particulièrement attirée sur la clause dont se prévaut la société Facebook, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque lors de cette manipulation la clause n'est pas facilement identifiable et lisible ».

[2] *Cf.* C. MANARA, « Litiges internationaux sur internet : utiles précisions de la Cour de cassation sur les conflits de compétence », *RLDI* 2011, n° 72.

[3] Notamment, TGI Paris, réf., 15 févr. 2012, *Diana Z. c/ Google*. Le moteur de recherche est contraint à la désindexation de certaines informations afin de garantir un droit à l'oubli sur une partie de sa vie privée à la requérante.

[4] L.-M. DUONG, *op. cit.*, p. 790.

[5] TGI Bordeaux, réf., 22 juill. 1996, *Sapeso et Atlantel c/ Icare et Reve*.

[6] La règle du « premier arrivé, premier servi » confère un « monopole technique d'occupation » au titulaire du nom (P. DEPREZ, V. FAUCHOUX, *Le droit de l'internet – Lois, contrats et usages*, Litec, coll. Professionnels, 2008, p. 31). Il devrait néanmoins demeurer possible d'enregistrer le même nom de domaine en changeant simplement l'extension géographique ou en modifiant un caractère. C'est pourquoi le tribunal de grande instance de Douai, étendant le régime propre au droit des marques, a décidé que le nom de domaine enregistré en premier offre un droit privatif étendu, à condition d'être distinctif et donc de ne pas être purement descriptif d'un produit ou d'un service. En conséquence, les titulaires du nom de domaine « boistropicaux.com », déposé en premier, n'avaient pu obtenir la radiation de « bois-tropicaux.com », déposé postérieurement (TGI Douai, 9 sept. 2002, *P. et Sté Codina c/ Association Le Commerce du Bois*). De surcroît, dans des espèces proches, les juges ont précisé que, la réservation technique du nom de domaine ne pouvant suffire à produire un droit privatif, une exploitation effective est également requise (TGI Nanterre, 4 nov. 2002, *Elie S. c/ Association Afaq*) et qu' « il est constant que la protection du nom de domaine contre l'usurpation des tiers, à l'instar de l'enseigne, ne s'acquiert que

Au début des années 2000, des professeurs spécialistes de ces questions estimaient qu'il était « dangereux de légiférer » et en appelaient à un droit largement abandonné à la souplesse de la jurisprudence[1]. Si, depuis lors, le Parlement a légiféré sur nombre de questions, et si le droit d'origine législative dépasse désormais nettement en quantités de normes produites le droit d'origine juridictionnelle, ce dernier demeure toutefois important quantitativement et décisif qualitativement concernant bien des problèmes de droit. Aujourd'hui encore, on peut en venir à considérer, par exemple relativement aux activités d'hébergement, que « c'est au juge qu'il incombe d'élaborer un corps de droit stable et équilibré »[2]. En droit de la communication par internet comme ailleurs, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »[3]. Or la réalité est bien qu'une part substantielle de ces règles applicables ont été établies par d'autres juridictions et se présentent ainsi sous les traits de la jurisprudence. Et, lorsqu'il existe des lois, les difficultés des parlementaires à faire œuvre pertinente conduisent à relever que « la distance qui les sépare du fait, de l'espèce, de la difficulté concrète, des circonstances du litige, des relations réelles, est telle qu'il faut renoncer à prétendre appliquer [leurs lois] à ces réalités »[4].

En outre, au-delà des créations de nouvelles normes, beaucoup de décisions de justice dans le domaine de la communication par internet attestent de la « plasticité des grands principes généraux du code civil et du code de la propriété intellectuelle »[5], ainsi que de l'ampleur du pouvoir d'interprétation des juges

---

par l'usage public qui en est fait » (TGI Paris, 9 juill. 2002, *SA Peugeot Motocycles c/ Guy C., SA Sherlocom*).

[1] M. VIVANT, N. MALLET-POUJOL, « Internet et responsabilités », *JCP E* 2000, p. 1856.

[2] C. GATEAU, T. ROUHETTE, « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », *RLDI* 2011, n° 72, p. 74. Et un chercheur de plaider récemment pour un « décentrement de l'équilibre des pouvoirs vers le juge » (J. CATTAN, *op. cit.*, p. 190).

[3] CPC, art. 12, al. 1er.

[4] Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 122.

[5] M. BERGUIG, V. FAUCHOUX, « Dix ans du droit de l'internet – Bilan du colloque du 6 juin 2006 », *Légipresse* 2006, n° 235, p. 123.

saisis de ces affaires — si bien qu'il n'est pas rare de se trouver en présence d'interprétations contradictoires, par exemple dans le domaine du commerce électronique[1], quant au problème du téléchargement illégal d'œuvres protégées[2]

[1] *Cf.* M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, p. 674 s.

[2] *Cf.*, par exemple, E. DERIEUX, « Le juge et la loi, en droit d'auteur et des médias », *op. cit.*, p. 91 s. Le cas des réseaux « peer-to-peer » est particulièrement intéressant, dans la mesure où l'adoption de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (DADVSI) n'a pas mis fin à l'urgence pour la Cour de cassation d'exercer sa fonction de régulation de la jurisprudence judiciaire. À la lecture des décisions de justice rendues en la matière, il apparaît que le problème juridique consistait à déterminer si les utilisateurs de ces réseaux d'échanges de données peuvent invoquer l'exception de copie privée prévue par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ou s'ils se rendaient coupables de mise à disposition du public de l'œuvre d'autrui, voire de contrefaçon, étant entendu que les données litigieuses étaient enregistrées sur le disque dur de leur ordinateur et durablement accessibles aux autres internautes. Le 2 février 2005, le tribunal correctionnel de Pontoise avait condamné un internaute ayant utilisé un logiciel de partage de données « peer-to-peer » au titre du délit de contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur. Saisie de plusieurs appels contre ce jugement, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt rendu le 16 mars 2007, a confirmé la qualification de contrefaçon par reproduction et diffusion d'œuvres de l'esprit en violation des droits de leurs auteurs sur le fondement des articles L. 335-2 et L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle et aurait vraisemblablement reconnu l'atteinte aux droits de l'artiste-interprète, du producteur de phonogramme et de l'entreprise de communication audiovisuelle sur le fondement de l'article L. 335-4 du même code si l'acte de saisine avait visé cet article. Pour écarter l'exception de copie privée, la cour retint que l'accusé avait reproduit et diffusé des œuvres à partir de sources non autorisées par leurs auteurs respectifs et sans qu'aucun droit ne soit versé à ces derniers. Cette affaire est d'autant plus intéressante que l'accusé, auquel il était reproché d'avoir « téléchargé » des données, tentait de faire valoir que l'acte de téléchargement ne consistait qu'en la phase de reproduction des données sur le disque dur de l'ordinateur et n'englobait donc pas celle de représentation tenant à la communication au public du réseau concerné des œuvres préalablement reproduites sur ce disque dur. Mais la cour préféra retenir une définition large du vocable « téléchargement », en choisissant de se référer à la définition figurant au Bulletin officiel n° 34 du 19 septembre 2002 du Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche. Dans un jugement du 21 avril 2005, le Tribunal de grande instance de Meaux a, quant à lui, retenu le délit de contrefaçon sur le fondement de l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle contre plusieurs prévenus qui avaient mis à disposition par télédiffusion des œuvres dont ils ne détenaient pas les droits mais qu'ils avaient téléchargées sur leurs disques durs ou sur CD-ROM grâce à des logiciels d'échange « peer-to-peer ». Dans d'autres espèces, la juridiction saisie n'a pas retenu la qualification de contrefaçon, mais seulement celle de mise à disposition du public (délit prévu par l'article L. 213-1 du Code de la propriété intellectuelle). Ainsi d'une ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance du Havre le

ou concernant celui des liens sponsorisés sur les moteurs de recherche[1]. Ces cas particuliers montrent qu'il n'est peut-être pas plus aisé pour des magistrats que

---

20 septembre 2005. Ainsi également d'un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Bayonne le 15 novembre 2005 dans lequel le juge considéra que le fait de télécharger 2 474 fichiers MP3 via le logiciel Kazaa ne constituait ni un délit de recel, ni un acte de reproduction illégale de musique et qu'en mettant à la disposition d'autres utilisateurs ces fichiers le prévenu avait simplement commis un délit de mise à disposition du public.

[1] *Cf.*, par exemple, M. BERGUIG, T. RABANT, « Moteurs de recherche et liens sponsorisés : quand la jurisprudence se cherche… », *Légipresse* 2008, n° 252, p. 83 s. Les litiges relatifs aux liens sponsorisés sur les moteurs de recherche illustrent, eux aussi, les difficultés que peuvent éprouver les juridictions à harmoniser leurs décisions en l'absence de textes juridiques spécifiques. À se limiter même aux affaires concernant le groupe Google, il apparaît que plusieurs points ont fait débat. Ainsi, à la question de savoir si la société Google France était responsable du service AdWords de Google (qui gère les liens sponsorisés sur ce moteur de recherche), la 1ère section de la 3e chambre du tribunal de grande instance de Paris a répondu par la négative dans un jugement du 3 octobre 2007, tandis que la 3e section de la même chambre de ce tribunal a répondu par l'affirmative dans un jugement rendu le 12 décembre 2007. La question de la preuve des actes reprochés par les demandeurs fit elle aussi difficulté dans la mesure où il a pu être contesté que l'Agence pour la protection des programmes ait le pouvoir de dresser des procès-verbaux de constat en matière de marques — dans un arrêt du 31 octobre 2007, la cour d'appel de Paris a répondu par la négative, tandis que le tribunal de grande instance de Paris a répondu par l'affirmative dans un jugement du 12 décembre 2007. Mais c'est la question du fondement juridique sur lequel pouvait être engagée la responsabilité de Google pour avoir fait usage de marques de tiers sans y avoir été autorisée qui s'est avérée la plus délicate. La qualification d'actes de contrefaçon est généralement retenue depuis le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre le 13 octobre 2003 et l'arrêt du 2 novembre 2006 par lequel la cour d'appel de Versailles a précisé que la contrefaçon de marque n'était constituée que dans la mesure où le lien sponsorisé servait de marque d'appel pour présenter des services concurrents. Toutefois, le tribunal de grande instance de Strasbourg a cru pouvoir faire application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique dans un cas semblable, qualifiant Google de prestataire d'hébergement dans le cadre du service AdWords et l'exonérant ainsi de toute responsabilité. Cette qualification est pourtant généralement rejetée, ainsi que le montrent un jugement du 24 novembre 2006 du tribunal de commerce de Paris ou encore un arrêt du 1er février 2008 de la cour d'appel de Paris. Dans le jugement précité du 12 décembre 2007, le tribunal de grande instance de Paris a quant à lui retenu à l'encontre de Google la qualification d'actes de publicité trompeuse, tandis que, dans un jugement du 12 juillet 2006 et dans une ordonnance de référé du 11 octobre 2006, il avait considéré que la responsabilité de Google ne pouvait être recherchée que sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Reste que la cour d'appel de Paris a réaffirmé, dans un arrêt du 1er février 2008, que Google commettait bien ici des actes de contrefaçon de marque. Comme le remarquent des commentateurs, « alors que la défense de Google a toujours consisté à soutenir que les propositions du générateur de

pour des parlementaires de fixer les normes constitutives d'un droit tel que le droit de la communication par internet.

Portalis regrettait que « nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas mêmes des hommes »[1]. Toutefois, à l'aune de la part étatique du droit de la communication par internet, il devient impossible de retenir que les juges ne seraient que les « serviteurs de la loi »[2], que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »[3], rien de plus que « des machines

---

mots-clés étaient faites de manière automatique, sans intervention humaine, la cour d'appel de Paris retient malgré tout la responsabilité de la société américaine sur ce point » (*ibid.*), le juge considérant qu' « il est indifférent de soutenir que ce service de suggestion de mots-clés fonctionnerait de façon purement statistique et à la seule demande des annonceurs, dès lors que c'est Google qui l'a mis en œuvre, qui en contrôle le fonctionnement et qui en propose l'usage aux annonceurs ». Le droit positif finit par être fixé par la Cour de cassation après que celle-ci, saisie de plusieurs pourvois dans des affaires impliquant Google Adwords, eut sursis à statuer et posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice des communautés européennes tenant à la notion d'usage de marque au sens de la directive 89/104/CEE et du règlement (CE) 40/94 du 20 décembre 1993, d'une part, et à la possibilité de considérer Google comme un prestataire d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE (« directive sur le commerce électronique »), d'autre part. Dans trois arrêts du 13 juillet 2010, la Cour de cassation commença donc par exposer ce que la Cour de justice de l'Union européenne avait ainsi dit pour droit : d'une part, la règle énoncée à l'article 14 de la directive 2000/31/CE s'applique au prestataire d'un service de référencement sur l'internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées et sa responsabilité ne peut alors être retenue qu'à la condition qu'il ait quand même eu connaissance du caractère illicite de ces données et qu'il ne les ait pas promptement retirées ou rendues inaccessibles et, d'autre part, le prestataire d'un service de référencement sur l'internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5 de la directive 89/104 ou de l'article 9 du règlement 40/94. Puis, elle considéra que la cour d'appel de Paris et la cour d'appel de Versailles avaient privé leurs décisions de base légale en refusant aux sociétés Google le bénéfice de l'article 14 de la directive 2000/31/CE et violé les articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'article 5 de la directive 89/104, ainsi que l'article 9 du règlement 40/94, en retenant la qualification d'actes de contrefaçon. Par conséquent, elle cassa les arrêts rendus par elles le 28 juin 2006, le 1er février 2008 et le 23 mars 2006.

[1] J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804.

[2] R. JACOB, « Symbolique du droit et de la justice », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1461.

[3] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. XXIV, chap. 16.

physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »[1]. La jurisprudentialisation du droit, si elle devenait un phénomène d'ampleur générale, au-delà de quelques branches du droit particulières, marquerait certainement l'entrée dans une nouvelle ère juridique.

Portalis convenait aussi qu' « un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats »[2] et que « la prévoyance des législateurs est limitée »[3]. Puis d'ajouter, de manière prophétique, que « la communication des hommes est si active […] qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »[4] et qu' « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »[5]. On ne saurait mieux dire afin de justifier ou simplement expliquer la fonction créatrice des juges lorsqu'ils sont mis à l'épreuve de contentieux nés à l'occasion d'activités propres au cyberespace. Et, si « la loi dispose toujours de manière générale et ne prévoit pas les cas accidentels »[6] — elle n'énonce pas ses propres cas d'application[7] —, il semble que les cas accidentels soient très ordinaires en matière d'internet, obligeant souvent les cours et tribunaux à juger sans lois. Décrits tels des « gouvernés qui gouvernent »[8], les juges, face aux enjeux complexes et mouvants de la communication par internet, seraient des gouvernants plus que des gouvernés.

---

[1] N. BONAPARTE, *Pensées pour l'action*, Puf, 1943, p. 41 (cité par A. LECA, *op. cit.*, p. 137).

[2] J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.* Mais Portalis disait aussi que « c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires, qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux, qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir » (*ibid.*).

[6] Ce qu'enseignait déjà Aristote (*La Politique*, vers 330 av. J.-C., L. III, chap. 10).

[7] H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 157.

[8] A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 161.

Ils sont peut-être également des gouvernés-gouvernants dès lors que c'est le silence ou l'obscurité de la loi qui les pousse à faire œuvre normative.

II. ***Les constructions normatives des juges suscitées par le législateur : la délégation de la fonction créatrice par le silence ou l'obscurité de la loi.*** **–** Maurice Hauriou regrettait que « certaines lois trop détaillées ne laissent aucune place à la construction jurisprudentielle »[1], ajoutant que « c'est là un inconvénient »[2]. Il ne pourrait qu'en aller *a fortiori* ainsi en matière de droit de la communication par internet, si celui-ci connaissait effectivement de telles « lois trop détaillées » ; seulement, loin de se penser capable d'encadrer très en détails toutes les activités de l'internet, le législateur, parfois presque expressément et le plus souvent par son silence ou son imprécision, reporte sur les tribunaux le soin de préciser le contenu et la portée du droit applicable[3]. Pour ce faire, lorsque ce n'est pas l'abstention du Parlement qui invite le juge à intervenir, est utilisée la technique des standards (comme « déséquilibre significatif »), derrière lesquels les magistrats peuvent décider de placer à peu près ce qu'ils désirent et qui s'analysent comme des « délégations tacites »[4], ou celle des « notions-cadres », notions intentionnellement indéterminées (comme « ordre public » ou « principes

---

[1] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 81.

[2] *Ibid.*

[3] *Cf.* V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 755 s. Déjà au début du XX^e^ s. Carré de Malberg observait que, régulièrement, « le législateur ne donne même pas aux principes qu'il énonce une formule absolument nette et rigoureuse : intentionnellement, il s'en tient à des termes autorisant des applications ou déductions en sens divers, et il ne pose qu'un minimum de principes, de façon à laisser aux tribunaux la latitude de fixer par eux-mêmes la portée des prescriptions contenues dans la loi » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 713). Et d'ajouter : « Actuellement, le législateur s'en tient systématiquement au procédé qui consiste à résumer ses volontés ou intentions en quelques sèches formules, qui constituent le dispositif de la loi ; et, pour le surplus, il s'en remet à la puissance, soit d'interprétation, soit d'appréciation propre, du juge » (*ibid.*).

[4] S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1974, p. 381 (cité par P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 132) ; V. FORTIER, *op. cit.*, p. 755. *Cf.*, tout spécialement, S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normativité*, LGDJ, 1980.

de l'équité naturelle ») qui débouchent, moyennant l'appréciation nécessaire d'un organe exécutif, sur une série infinie d'applications répondant aux critères généraux de la notion-cadre[1]. Logiquement, plus une disposition est floue, plus ce sont ses instances d'application qui en arrêtent le contenu[2], non à travers de simples interprétations, lesquelles sont impossibles, mais à travers de véritables créations[3]. Le législateur suit ainsi le conseil de François Gény selon lequel il devrait « laisser des blancs dans ses constructions afin de permettre au juge d'adapter ses règles aux situations nouvelles »[4], situations nouvelles qui, en matière d'internet, sont monnaie courante.

Selon le Professeur Jacques Chevallier, ce serait une marque importante du passage de la modernité juridique à la postmodernité juridique qui résiderait dans la tendance du législateur à retenir des « notions fonctionnelles » et des « standards de jugement », soit des notions incertaines, « à contenu variable »[5], si ce n'est vagues, afin de permettre aux juges de les co-déterminer ou même de les sur-déterminer[6]. Si ce n'est pas systématiquement, dans la matière étudiée en ces pages, que la loi présente cette texture, la jurisprudence n'est alors pas un ennemi de la législation que le législateur devrait combattre mais bien plutôt son allié[7]. Il

---

[1] G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 954.

[2] C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif – Manuel de légistique*, Berger-Levrault, 2012.

[3] Ou bien à travers des « interprétations constructives », si l'usage de cette expression est toléré. On spécifie les interprétations constructives telles les interprétations au moyen desquelles « les juges vont plus loin que la simple élucidation d'un point obscur de texte » (M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », *op. cit.*, p. 435).

[4] F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.* (cité par P. LASCOUMES, É. SERVERIN, *op. cit.*, p. 131).

[5] Sur cette notion, *cf.* Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST, dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant (Bruxelles), 1984.

[6] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *op. cit.*, p. 659. Également, G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Puf, 1997.

[7] Pour une analyse contraire, *cf.* Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 s. ; J.-L. BERGEL, « La "loi du juge" : dialogue ou duel ? », *Mélanges Pierre Kayser*, t. I, PUAM (Aix-en-Provence), 1979, p. 21 s. ; B. MATHIEU, « Remarques sur un conflit

devient tentant d'esquisser une « pyramide renversée » — reposant sur son sommet — dans laquelle les lois dépendent très directement des choix effectués par les juges, lesquels, en dernière analyse, seraient les véritables législateurs[1]. Cela paraît devoir s'analyser tel un important renouvellement des sources étatiques du droit, surtout sous l'angle qualitatif. Si la vision réaliste selon laquelle « la loi est ce que les juges disent qu'elle est »[2] doit être, dans l'absolu, amplement relativisée, elle gagne cependant en crédibilité aux yeux de qui se concentre sur un exemple tel que celui du droit de la communication par internet[3].

Le temps où Montesquieu enseignait que « la loi ne doit pas contenir d'expressions vagues » paraît lointain[4] ; autant que le temps où le Premier

---

de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », *RFDA* 2003, p. 470 s.

[1] F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 246 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 98). De l'aveu même de certains membres du Conseil constitutionnel, il se trouve des formules dans la loi qui sont introduites alors que l'on assume le caractère incertain de leur portée ou de leur périmètre juridique dans l'attente des observations de la doctrine et, surtout, des applications des tribunaux, de sorte que la boutade « j'attends de lire votre commentaire pour comprendre ce que j'ai décidé » n'est pas toujours une coquetterie (J. PINI (cité par E. KERVICHE, *op. cit.*, p. 305)).

[2] H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 178.

[3] Il en va à l'identique de l'adage selon lequel « la doctrine propose, le juge dispose » (cité par A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 140) — et non « la loi dispose » —, qui s'avère spécialement congruent à l'aune du droit de la communication par internet.

[4] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. XXIV, chap. 16. Le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement, dans leur « Guide de légistique », expliquent de manière significative que « la conception de la norme nouvelle doit obéir à un principe de proportionnalité, qui peut être énoncé de la manière suivante : […] un équilibre doit être trouvé entre, d'une part, le souci de précision et d'application uniforme de la norme et, d'autre part, la préservation d'une marge d'interprétation suffisante pour permettre une mise en œuvre circonstanciée en fonction des différents cas de figure et une stabilité suffisante à moyen terme dans un contexte évolutif » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, *op. cit.*, p. 6). Or, face à des objets « évolutifs », délicats à comprendre et à encadrer, tels que l'internet et les communications qu'il permet, il est tentant de retenir surtout de cet exposé le fait que les normes doivent laisser à leurs destinataires publics (les organes d'application) une « marge d'interprétation suffisante », laquelle peut aller jusqu'à une forme de délégation de la capacité de produire

ministre, par une circulaire en date du 25 mai 1988 « relative à la méthode de travail du Gouvernement », soulignait que « la production de normes juridiques peut revêtir des formes néfastes » au nombre desquelles figure l'aboutissement à des « textes obscurs suscitant toutes sortes de difficultés d'interprétation et d'application ». Au contraire, un texte adapté, en matière d'internet, pourrait être un texte qui, plutôt que des difficultés d'interprétation et d'application, permet une multiplicité, si ce n'est une infinité, d'interprétations et d'applications, afin de laisser les organes d'application aussi libres que possible, ce qui en définitive ne s'analyse pas autrement que telle une délégation de la capacité créatrice. Et semble révolu le temps des codifications napoléoniennes qui prétendaient constituer des « codifications de tarissement ou de captation de toutes les autres sources de droit »[1]. Avec les standards et notions-cadres, l' « indéterminabilité de la règle » est si élevée que le juge ne devrait plus être considéré comme un simple interprète du texte ; il serait réputé « réaliser sa propre volonté »[2]. Autrement dit, dans ces circonstances, il serait effectivement l'auteur de la loi, de l'acte de commandement[3].

En outre, le « droit de demain », dont le droit de la communication par internet serait le parangon, se démarquerait encore en raison du fait que de nombreuses carences de la loi obligeraient les sources juridictionnelles à suppléer les sources législatives[4]. Si les notions de « vides », « lacunes » et « creux » dans

---

des normes. À l'inverse, il est plus difficile d'entendre le conseil selon lequel les normes législatives doivent demeurer précises afin de préserver la sécurité juridique.

[1] É. PICARD, « Common law », *op. cit.*, p. 242.

[2] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normativité*, LGDJ, 1980, p. 272 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 194).

[3] Éventuellement même, la loi, prenant exemple sur les directives européennes, se borne à fixer des objectifs, laissant les tribunaux libres des moyens à mettre en œuvre afin d'atteindre ces objectifs, moyens qui sont les règles juridiques (R. LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD civ.* 1999, p. 244).

[4] En ce sens, déjà, R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in Ch. PERELMAN, dir., *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant (Bruxelles), 1968, p. 534 s.

l'arsenal législatif sont connues depuis longtemps[1], le droit relatif aux nouvelles technologies de la communication s'avère particulièrement atteint par de tels défauts[2]. Les régimes législatifs applicables aux communications par internet connaissent à la fois des lacunes *praeter legem* et des lacunes *intra legem*[3] ; et, réunies, ces lacunes ont pour conséquence de faire reposer largement ce droit sur l'activité créatrice des tribunaux, impliquant un renouvellement non négligeable des sources étatiques du droit.

Cela incite à interroger plus avant les rapports entretenus par la législation et la jurisprudence, l'une comme l'autre pouvant être, en fonction du point de vue adopté (normativiste ou réaliste), dans une position de domination. Il y a renouvellement des sources étatiques si la jurisprudence prend la place de la loi sur le trône des sources du droit. Mais peut-être faut-il prendre garde à ne pas exagérer la prise de pouvoir de la jurisprudence et observer que celle-ci vient plus qu'auparavant compléter la loi sans toutefois la remplacer radicalement.

Le rôle du juge dépend de la façon et de la minutie avec lesquelles le législateur a préalablement structuré une branche du droit[4]. Aussi ne faudrait-il pas considérer que loi et jurisprudence s'opposeraient. Très généralement, les jurisprudences complètent les lois ; parfois même elles les inspirent. Pour Louis Favoreu, il faudrait reconnaître aux juges, au moins dans les matières les plus délicates à encadrer, « une fonction essentielle d'aiguillage, une fonction pédagogique d'orientation vers les solutions à adopter par le pouvoir constituant

[1] En particulier, Ch. PERELMAN, dir., *loc. cit.*

[2] À l'entrée « Lacune » des lexiques juridiques, il est expliqué qu'il y a une « lacune du droit » dès qu'il se trouve un « point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète (grâce notamment à d'autres sources du droit) » (V° « Lacune », in G. CORNU, dir., *op. cit.*, p. 535).

[3] Il faut séparer les « lacunes *praeter legem* », qui sont des « lacunes involontaires correspondant à une imperfection législative » (*ibid.*, p. 536), et les « lacunes *intra legem* », c'est-à-dire les « lacune volontaires (de la part du législateur) qui se traduisent dans la loi par l'utilisation de notions intentionnellement vagues » (*ibid.*) et qui ont été l'objet des paragraphes précédents.

[4] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 67. Le professeur relève en particulier, de façon significative, que « le pouvoir du juge s'accroît dans des secteurs […] où l'évolution accélérée du progrès technique prive rapidement la matière de sa cohérence initiale » (*ibid.*).

ou le pouvoir législatif »[1]. De fait, plusieurs solutions d'essence jurisprudentielle ont été l'objet d'une consécration postérieure par le Parlement[2]. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle la jurisprudence serait « le tuteur de la loi »[3] doit être relativisée et, sur d'autres points, le Parlement a, au contraire, choisi de prendre le contre-pied des solutions dégagées par les juges[4].

---

[1] L. FAVOREU, « Rapport introductif », in N. LENOIR, B. MATHIEU, D. MAUS, dir., *Constitution et éthique biomédicale*, La documentation française, coll. Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1998 (cité par J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 425).

[2] Par exemple, les juges se sont invités dans le débat parlementaire sur le projet de loi « DADVSI » et les travaux devant les chambres ont été l'occasion de nombreuses références à la jurisprudence « en vigueur » relativement aux problématiques discutées (*cf.* A. BENSAMOUN, *op. cit.*, p. 328 s.). L'affaire « Mulholland Drive » a eu, pour sa part, un impact fort sur le travail législatif : elle a donné lieu à des décisions de justice du tribunal de grande instance de Paris (TGI Paris, 30 avr. 2004, *M. Stéphane P., Association Union fédérale des consommateurs que choisir (UFC) c/ S.A. Films Alain Sarde, S.A. Société Universal pictures video France, S.A. Studio canal et autres*), de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 22 avr. 2005, *M. Stéphane P. c/ S.A. Société Universal pictures video France* ; CA Paris, 4 avr. 2007, *Association Union fédérale des consommateurs que choisir (UFC) c/ S.A. Société Universal pictures video France*) et de la Cour de cassation (Cass. 1ère civ., 28 févr. 2006, *S.A. Studio canal c/ M. Stéphane P.*) rendues pendant que se déroulaient les débats parlementaires sur le projet de loi et qui ont conduit très directement au dépôt de deux amendements visant à tirer les conséquences des nouvelles solutions jurisprudentielles (L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, art. 11-17, 19, 20, 22, 23 et 29) ; et la décision du Conseil constitutionnel relative à cette loi a finalement scellé le dialogue entre juges et législateur. En outre, plusieurs années après que l'absence de responsabilité des fournisseurs d'accès à l'internet pour avoir permis l'accès à des contenus illicites hébergés hors de France a été établie par les tribunaux (TGI Paris, réf., 12 juin 1996, *Union des étudiants juifs de France (UEJF) c/ Sté Calvacom*), le législateur l'a consacrée dans la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* de 2004, qui est venue préciser le régime juridique applicable aux prestataires techniques (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*, art. 6).

[3] J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 62.

[4] Ainsi, pour mettre un terme aux conséquences fâcheuses qu'une application orthodoxe des dispositions législatives applicables avait induit dans l'affaire « Musée de Lodève » (Cass. 1ère civ., 13 nov. 2003, *M. Fabris et autres c/ Société nationale de télévision France 2* — cette affaire ne concernait pas directement l'internet, mais la solution à laquelle était parvenu le juge était tout à fait transposable dans ce domaine —), le législateur est intervenu en ajoutant un 9° à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle en vertu duquel l'auteur ne peut interdire « la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle

ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière ». En réalité, dans cette affaire comme dans d'autres, les juges semblent avoir fait le choix de renvoyer le législateur à ses responsabilités, en pratiquant la politique du pire ou de l' « aiguillon » (J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 427). Par ailleurs, en réponse aux affaires « Estelle Halliday » (CA Paris, 10 févr. 1999, *Estelle Lefébure-Smet-Hallyday c/ Valentin Lacambre*) et « Linda Lacoste » (TGI Nanterre, 8 déc. 1999, *Linda Lacoste c/ Sté Multimania*), qui avaient conduit les juges à dégager une obligation de diligence professionnelle à la charge des hébergeurs qui semblait à certains délicate à circonscrire et inadaptée au fonctionnement de l'internet, un amendement au projet de loi portant modification de loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication a été adopté afin de préciser les conditions dans lesquelles les prestataires techniques pourraient voir leur responsabilité civile engagée. Resté jusque-là en retrait sur la question de la responsabilité des internautes dans l'utilisation de réseaux « peer-to-peer », le législateur tenta également de reprendre la main avec le projet de loi « HADOPI », en réponse aux pressions exercées par l'industrie de la musique et du cinéma. Il était déjà intervenu avec la loi du 1er août 2006 dite « loi DADVSI » sur la question de la responsabilité des fournisseurs d'accès dans l'utilisation de ces réseaux en créant un nouvel article L. 335-12 dans le Code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II, lorsqu'elle est requise, en mettant en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès en application du premier alinéa du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ». Il était également intervenu avec cette même loi sur la question de la responsabilité des annonceurs en introduisant à l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle une infraction spécifique qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés. C'était là prendre le contre-pied du jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire « Les Choristes », puisque ce dernier avait prononcé la relaxe des sociétés prévenues auxquelles il était reproché d'avoir apporté un financement aux plates-formes de téléchargement par le bais d'un achat d'espace publicitaire et ainsi de s'être rendues coupables d'une complicité du délit de contrefaçon du film *Les Choristes* par fourniture de moyens financiers (*cf.* J. CÉDRAS, « Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *RID pén.* 2006, p. 596 s.). Ce n'est pourtant pas la première fois que le législateur se saisit de la question de la responsabilité des utilisateurs des réseaux d'échanges de ce type. En effet, la loi « DADVSI » prévoyait initialement à son article 24 que soit introduit dans le code de la propriété intellectuelle un article L. 355-11 instaurant un système de « réponse graduée ». Mais le Conseil constitutionnel a jugé que la spécificité des actes de contrefaçon réalisés par le biais de réseaux d'échanges « *peer-to-peer* » par rapport à ceux réalisés par d'autres moyens numériques ou par des moyens analogiques n'était pas de nature à justifier que soit portée atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

Au XXI^e^ s., il incomberait aux tribunaux et non plus aux parlements de préserver les équilibres sociaux ; les juges se verraient transférer la responsabilité de « trancher les nœuds gordiens de l'histoire, de la morale et de l'économie »[1] ; ce serait à eux qu'il appartiendrait à présent de « peser les intérêts » et de définir les solutions socialement acceptables[2]. Le législateur ne semble cependant pas prêt à s'effacer davantage. Pour autant, le caractère prétorien du droit de la communication par internet d'origine étatique apparaît louable à différents égards — mais sans doute pas à tous les égards.

III. ***La jurisprudentialité et la juridictionnalité du droit de la communication par internet : la régulation par les tribunaux au moyen de leurs créations normatives.*** **–** L'intérêt premier de la jurisprudence résiderait dans sa capacité à « rajeunir » ou « actualiser » le droit et à « éviter aux justiciables les inconvénients d'un droit vieilli »[3]. Partant, la communication par internet étant marquée par des mouvements à la fois permanents et rapides, la légitimité du droit produit par les sources juridictionnelles semble plus forte à l'égard de cette branche du droit qu'à l'égard de nombre de branches du droit modernes[4]. En droit de la communication par internet, d'aucuns goûtent davantage au droit d'origine juridictionnelle qu'au droit d'origine législative en raison du fait qu'il est plus facile et rapide de réviser une jurisprudence que de réviser une loi[5], élément dont l'intérêt paraît évident dès lors que les données en cause présentent un caractère très évolutif et requièrent un droit régulièrement révisé donc

[1] A. MINC, *Au nom de la loi*, Gallimard, 1998 (cité par J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 113).

[2] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 113.

[3] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 349. En ce sens également, M. BERGUIG, C. THIÉRACHE, « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? », *RLDI* 2010, n° 62.

[4] En même temps, les normes en cause ne devraient pas avoir le temps de devenir jurisprudences ; aussi faut-il comprendre que le terme « jurisprudentialisation » se rapporte à un droit que façonnent les juges mais non à un droit, comme le droit administratif, dont les grandes lignes ont été élaborées il y a désormais longtemps au sein des prétoires et qui désormais n'évolue plus que ponctuellement.

[5] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 457.

aisément révisable, sans quoi il serait un droit toujours en décalage avec la technique, avec la pratique et avec les mentalités[1].

On propose de distinguer entre les domaines relevant légitimement de la jurisprudence et les domaines revenant naturellement à la représentation nationale[2]. Peut-être les exigences du droit de la communication par internet sont-elles mieux compatibles avec les caractéristiques de la jurisprudence qu'avec les contraintes de la loi ; et peut-être en ira-t-il ainsi à l'avenir concernant un nombre croissant de branches du droit à mesure que de nouveaux objets devront être saisis par des règles juridiques, ce qui motiverait un renouvellement des sources étatiques par le retrait de la loi et le développement de la jurisprudence. En ce sens, d'aucuns remarquent que « la puissance du juge s'élève en proportion de la crise de légitimité frappant le législateur »[3]. À l'heure de la « postmodernité », le prestige de la loi diminuerait grandement quand le prestige de la jurisprudence augmenterait de manière quasi-inversement

[1] La jurisprudence apparaissait aux yeux de Raymond Saleilles, à son époque, comme l'élément conciliateur entre les nécessaires stabilité et rigidité des principes juridiques et la non moins nécessaire évolution des règles et de la manière de les comprendre pour les conformer aux exigences de la vie (R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », in *Le Code civil allemand – Livre du centenaire*, 1904, p. 97 s. (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 1. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981)). Peut-être l'illustre historien du droit aurait-il tenu un même propos s'il avait eu à analyser le droit de la communication par internet ; peut-être même aurait-il considéré que, dans un domaine aussi mouvant et incertain, il reviendrait logiquement aux cours et tribunaux de diriger la production des normes au moyen de leur « droit à contenu variable » (*ibid.* (cité par A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*)) leur permettant de « repenser le droit à leur guise en permanence » (A. PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit – Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Dr. et société* 2009, p. 87). *Cf.*, spécialement, P. LIVET, « Temps de la loi, rythme des révisions et théorie des jeux », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *op. cit.*, p. 93 s. Sur ce point, il est par ailleurs remarquable que l'imprécision des dispositions législatives précédemment évoquée, et qui peut certaines fois s'apparenter à une véritable délégation du pouvoir de produire le droit, s'explique aussi par la crainte du législateur de consacrer des normes risquant de devenir rapidement obsolètes si elles sont trop précises ou même risquant d'être déjà obsolètes au moment de leur entrée en vigueur.

[2] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 89-90.

[3] B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21. Également, en ce sens, A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996.

proportionnelle[1]. Or le législateur, dans le cyberespace, connaît une « crise » de légitimité peu discutable tant les destinataires de ses normes y voient difficilement le représentant de leur volonté générale[2]. Ce serait même de façon générale que, en raison de la crise de la représentation, le juge se présenterait telle l'autorité la plus légitime à se substituer à un législateur incapable ou indigne d'exprimer l'intérêt général, notamment car il serait par trop soumis à l'influence des groupes de pression et autres « forces immorales »[3], là où les juges parviendraient par nature à demeurer neutres, autonomes et pragmatiques[4].

Par ailleurs, il convient d'insister, après sa jurisprudentialité, sur la juridictionnalité du droit de la communication par internet, soit l'importance des interventions des juges pour ce droit au-delà de la création (implicite) de normes à portée générale[5]. Le Conseil d'État lui-même soutient, concernant des

---

[1] B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la post-modernité », *Réseaux* 2000, n° 88-90, p. 73. L'auteur note que, « dans ce contexte favorable, les magistrats se sont petit à petit délivrés de leur position de sujétion et même d'abaissement » (*ibid.*, p. 74). En outre, on explique qu' « en cas de crise des institutions politiques, il y a une réponse institutionnelle : le recours au juge » (D. BLANC, « Crises institutionnelles (France-Europe) », Cycle de conférences 2012 les midis du CERTAP, 27 févr. 2012). Déjà en 1996 Paul Ricœur pouvait écrire que « le judiciaire est poussé en première ligne par des institutions politiques en voie de décomposition » (P. RICOEUR, « Préface », in A. GARAPON, *Le gardien de promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 12 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 99)), pouvoir judiciaire qui, en conséquence, doit participer à la fonction créatrice. Également, M. VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *Arch. phil. droit* 1985, p. 220 s.

[2] Le Professeur Lucien Rapp remarque à quel point les acteurs de l'internet sont les partisans d'un libéralisme complet les rendant allergiques aux règlementations, ne supportant que la régulation par le juge — mais il s'agit alors d'une régulation *a posteriori* antinomique de la jurisprudence qui n'est qu'une autre forme de règlementation, c'est-à-dire de droit *a priori* (L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *RLDI* 2006, n° 17).

[3] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*

[4] P. LASCOUMES, É. SERVERIN, *op. cit.*, p. 133.

[5] On remarque, par exemple, que le développement technologique s'est accompagné d'un éparpillement du droit et que « c'est au juge qu'il revient de retrouver une cohérence suffisante dans le système juridique » (R. RICCI, « L'ordonnancement d'un système juridique par la recherche de la cohérence : l'apport des études comparatives de jurisprudence », in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PÉDROT, dir., *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 195). Les

problématiques sensibles telles que l'encadrement de la liberté de cyber-expression, qu' « il est préférable de réserver au juge le prononcé de mesures restrictives de cette liberté »[1]. Et d'aucuns spécialistes de ces questions d'abonder dans le même sens[2], qualifiant le juge de « clé » du droit de la communication par internet[3], ajoutant que, en la matière, « le juge est sans cesse sollicité »[4]. Y compris de manière générale, on fait du magistrat la nouvelle « figure centrale » du droit[5], un droit « dessiné et redessiné en permanence par les juges »[6], un droit hétérogène, coopératif et réseautique que seules les « cours régulatrices »[7] organiseraient[8]. Les auteurs de l'article « Sources du droit » du *Dictionnaire de la culture juridique* observent, pour leur part, la « montée en puissance du juge dans l'actuelle séquence des sources du droit »[9]. Ainsi, si un renouvellement des sources étatiques du droit devait être identifié, celui-ci toucherait en premier lieu les interventions normatives des juges.

---

tribunaux ne jouent alors que le rôle de sources de normes à portée individuelle, s'inscrivant dans le cadre de leur mission d'application du droit.

[1] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 232.

[2] Par exemple, L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, n° 829 ; M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, p. 674 s. (cités par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 547).

[3] J. CATTAN, *op. cit.*, p. 547.

[4] *Ibid.* Selon un observateur, « lorsque de nouveaux défis sont posés, seule la régulation par les tribunaux semble, dans un premier temps, correspondre à la sagesse » (L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 87). L'auteur ajoute : « Comment en effet légiférer et règlementer à partir de rien, sans l'expérience des problèmes et des facteurs pertinents que charrient les précédents judiciaires, sans une idée claire des défis auxquels sera confrontée la société ? Est-il souhaitable d'adopter *a priori* des règles générales qui paraîtront nécessairement rigides dans des domaines très mouvants, où les risques seront statistiquement rares et les problèmes imprévisibles ? » (*ibid.*).

[5] M.-C. PONTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique », *op. cit.*, p. 20.

[6] *Ibid.*

[7] J.-L. AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. MIAILLE, dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 45.

[8] Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I*, *op. cit.* ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

[9] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », *op. cit.*, p. 1433.

Ensuite, le pouvoir important des sources juridictionnelles en droit de la communication par internet serait, en même temps qu'il contribue à le renforcer, la conséquence du pluralisme juridique qui empreint cette branche du droit[1]. En effet, la montée en puissance des sources privées obligerait l'État à réagir au moyen du législateur, mais aussi au moyen des tribunaux, tandis qu'il est important pour les sources privées de savoir si les juges confèreront ou non force obligatoire à leurs actes normatifs[2], les qualifieront ou non d' « actes règlementaires de droit privé »[3], en particulier lorsqu'il s'agit de codes de conduite ou de chartes[4]. Les décisions juridictionnelles seraient la « voie d'intégration privilégiée de la norme alternative dans le droit positif »[5]. La réception des « propositions de droit » par leurs destinataires publics apparaît dès lors en tant que phénomène central des activités juridiques, ce qui, en d'autres termes, signifie que le juge occupe le devant de la scène et est un acteur de poids

[1] C'est pourquoi on souligne que, « concevable dans un système où les sources sont en nombre limité, la hiérarchisation des sources pour résoudre les conflits s'épuise avec la multiplication des sources et, ce qui va de pair, avec le phénomène de leur égalisation en dignité. La hiérarchie des normes ne règle plus les conflits les plus sensibles entre les prescriptions. À la place s'établit un système d'appréciation au cas par cas » (*ibid.*). D'autres auteurs retiennent pareillement que l'époque actuelle exigerait une « régulation juridique pluraliste et multiforme » (J. COMMAILLE, « Droit et politique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 479) dans laquelle le juge occuperait une place de choix (A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996).

[2] C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques – Pour une approche duale de la force normative », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 206.

[3] Cass. soc., 25 sept. 1991, *Sté Unigrains c/ Mme Geffroy*.

[4] *Cf.* A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.* ; Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 37 ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. », *op. cit.*, p. 525 ; A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *op. cit.*, p. 40.

[5] K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 815. Et on peut observer que « le code de bonne conduite d'une grande entreprise multinationale n'est pas un texte juridique de portée normative quand il sert d'argument marketing sur un site web ; il le devient lorsqu'il est invoqué devant un juge qui y voit le fondement d'obligations juridiques » (M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 44).

du renouvellement des sources du droit, au-delà de sa propre production normative[1].

Le juge n'est « pas seulement le gardien de la pyramide mais aussi son bâtisseur »[2]. La prégnance des normes d'origine juridictionnelle en droit de la communication par internet montre que le juge endosse de plus en plus fréquemment la casquette de bâtisseur. Cela fait dire à nombre d'observateurs que le juge serait aujourd'hui le « principal architecte du droit »[3], que la prohibition des arrêts de règlement aurait vécu[4] ou qu'une « conception plus ouverte de la mission du juge remplace le schéma périmé du juge logicien, exécutant mécanique de la formule légale »[5]. Ce serait donc bien la figure du juge qu'il faudrait placer au cœur du renouvellement des sources étatiques du droit, même si ce renouvellement ne saurait rivaliser ni en qualité ni en quantité avec celui qu'implique l'essor des sources privées.

---

[1] C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », *op. cit.*, p. 107. Y compris à l'intérieur du seul droit étatique, les litiges intervenant dans le domaine de l'internet illustrent particulièrement bien la difficulté qu'il peut y avoir à appliquer des normes aux origines ou aux objets distincts. Il convient, notamment, de rappeler les conflits qui s'y font jour entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique à propos des créations numériques. Finalement, c'est bien au juge qu'il revient de trouver la solution d'équilibre entre deux législations dont le Parlement a reconnu les raisons d'être respectives. Il en va de même dans le cas très médiatique de la conciliation des règles visant à protéger la liberté d'expression et des règles visant à protéger l'ordre public. En ce sens, M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 205 (« la liberté d'expression relève d'un équilibre que seul le juge semble devoir redéfinir, entre ordre public et liberté individuelle, entre droit international et droit constitutionnel, entre réglementation et régulation, et entre droit et déontologie »). En droit de la communication par internet plus qu'ailleurs, il est très fréquent que, pour une même situation, il se trouve plusieurs normes juridiques applicables en concurrence ou à combiner ; les choix opérés par les juges et leurs justifications sont alors décisifs. Comme le notait Hart lorsqu'il exposait sa thèse de la « règle de reconnaissance », une telle règle comporte une certaine dose d'incertitude, de telle sorte que le juge apparaît comme l'interprète ultime de la relevance juridique des règles en compétition (H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 157).

[2] P. DEUMIER, B. DE LAMY, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *LPA* 9 oct. 2000, p. 12.

[3] D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 863.

[4] B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989, n° 9, p. 45 s. ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *op. cit.*, p. 871.

[5] B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la post-modernité », *op. cit.*, p. 74.

Par suite, le « droit de demain » risque fort de réinsérer au cœur des débats le spectre du « gouvernement des juges »[1]. Que ces derniers produisent *ex nihilo* une part substantielle des normes qu'il leur incombe normalement seulement d'appliquer est peut-être discutable. Et il est douteux que les sources juridictionnelles soient les sources étatiques les plus légitimes à élaborer le droit de la communication par internet. Il y aurait des déséquilibres à l'intérieur des sources étatiques de ce droit : d'une part, il faudrait que les sources étatiques « politiques » aient davantage la mainmise sur la production des normes constitutives de ce droit ; d'autre part, au sein des sources étatiques « non politiques », il faudrait que moins de normes possèdent une origine juridictionnelle et que plus de normes soient issues des autorités spécialisées, supposées mieux au fait des problématiques, des enjeux et des intérêts en présence dès lors que la matière est technique et/ou originale. Dès lors, le modeste renouvellement des sources étatiques que le droit de la communication par internet permet d'observer ne répondrait guère au renouvellement des sources étatiques que ce droit requerrait.

B. La condamnation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet

Le droit étatique de la communication par internet est, dans une mesure non négligeable, un droit prétorien, soit un droit substantiellement bâti par les juges au moyen de décisions de justice qui peuvent s'analyser tels des « arrêts de

[1] *Cf.*, notamment, M. TROPER, « Le gouvernement des juges, mode d'emploi », in *Grandes conférences de la Chaire d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique*, Presses de l'Université Laval (Québec), coll. Mercure du Nord-Verbatim, 2006. Également, D. SALAS, « Le juge dans la cité, nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices* 1995, p. 181 s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 463 s. ; S. RIALS, « La fonction de juger, l'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3 s. ; É. SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, Presses universitaires de Lyon, 1985.

règlement ». Cette situation n'apparaît, en dernière analyse, guère satisfaisante[1]. Il faudrait se montrer réservé à l'égard d'un « nouveau droit » largement abandonné à l'ouvrage normatif des juges. Il serait opportun que les sources juridictionnelles ne soient que secondes et que les sources étatiques spécialisées soient premières, donc que le renouvellement des sources du droit dont témoigne le droit de la communication par internet prenne une tout autre tournure. La critique des sources juridictionnelles du droit de la communication par internet et, par suite, de la forme de renouvellement des sources du droit qu'elles accompagnent s'articule autour de deux points : la fragilité du droit d'essence prétorienne (I) et l'insécurité qui en découlerait (II).

I. ***La fragilité inhérente à un droit prétorien*****. –** « Le roi comme juge est médiéval, le roi comme législateur est moderne », résume un spécialiste de la pensée de Jean Bodin[2]. La modernité juridique correspondrait de la sorte à une maîtrise du droit par le législateur quand l'archaïsme juridique coïnciderait avec une domination du juge. Partant, si la « postmodernité » allait de pair avec un retour à la primauté des magistrats dans les phénomènes juridiques et, plus spécifiquement, dans les processus de création de normes, peut-être faudrait-il analyser cette donnée comme un recul, comme une régression[3]. La méfiance à l'égard du droit des tribunaux a été exprimée par beaucoup et souvent de manière

---

[1] Les orientations opérées par les sources juridictionnelles ont donné lieu à un nombre important d'articles critiques publiés dans les revues spécialisées. Parmi d'innombrables exemples, S. PROUST, « Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0 », *RLDI* 2007, n° 30 ; M. BERGUIG, T. RABANT, *op. cit.*, p. 83 s. ; E. DERIEUX, « Le juge et la loi, en droit d'auteur et des médias », *op. cit.*, p. 91 s.

[2] R. E. GIESEY, « Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Sovereignity », in *Verhandlungen in München*, Munich, 1973, p. 183 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 44).

[3] « La France est redevenue un État de Justice, comme sous l'Ancien Régime », dit-on ainsi (J. KRYNEN, « La figure du juge aux XIX^e^ et XX^e^ siècles », *Le bien commun*, France culture, 15 mars 2012). Étant rappelé qu'il faut séparer la « judiciarisation de la société », désignant l'importance des juges en ce qu'ils tranchent les conflits, et la « jurisprudentialisation du droit », qui correspond au développement de la part du droit d'origine prétorienne. En ce sens, É. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Dr. et société* 1993, p. 339 s. ; D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, p. 632 s.

très sévère. Pour Gaston Jèze, « il est dangereux de confier à des juges la mission de dire le droit »[1]. On va même jusqu'à voir dans la jurisprudence un outil au service de l' « activisme politique » des juges[2].

Plus concrètement, parmi les divers éléments à l'origine de la fragilité du droit d'origine juridictionnelle, il faut insister sur la maigre compétence des magistrats dans les matières techniques. La jurisprudentialité du droit de la communication par internet serait critiquable dès lors qu'il est difficile d'imaginer comment des juges pourraient être plus compétents que des parlementaires. D'aucuns soulignent que la jurisprudence en matière de droit des nouvelles technologies est, d'un côté, imprégnée des croyances et des valeurs des magistrats, tandis que, d'un autre côté, elle met en exergue les insuffisances de

[1] Cité par O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 33. Gaston Jèze, à l'occasion du débat qui suivit le rapport de Kelsen sur la garantie juridictionnelle de la Constitution (en 1928), défendit l'idée selon laquelle le meilleur garant de la Constitution resterait nécessairement le Parlement. Il se méfiait des juges, quels qu'ils soient, parce qu'ils seraient « traditionalistes ».

[2] D. TALLON, « Précédent », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1185. Également, P. WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la faculté de droit d'Aix* 1959, p. 281 ; G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 79. Notamment, les pratiques de la Cour de cassation, qualifiées par un magistrat de « pieuse hypocrisie », cacheraient, derrière l'apparente soumission à la logique juridique et au raisonnement syllogistique, une « démarche politique et téléologique », la prise en compte de logiques sociales et politiques plus que juridiques (A. BANCAUD, « Considérations sur une "pieuse hypocrisie" : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Dr. et société* 1987, p. 373 (cité par J. COMMAILLE, « La sociologie et les sens du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 25)). En témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation « Mulholland drive » : ici, les hauts magistrats se sont efforcés d'appliquer le « test en trois étapes » pour finalement retenir que « l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée, s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique, quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre sous forme de DVD représente pour l'amortissement des coûts de production pour l'industrie cinématographique » (Cass. 1ère civ., 28 févr. 2006, *S.A. Studio canal c/ M. Stéphane P.*). Ils ne se sont ainsi guère contentés d'appliquer quelque droit préexistant ; ils ont procédé à de la régulation et à de l'analyse économique du droit. *Cf.*, en outre, Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1018 s.

leurs savoirs scientifique et technique[1]. Et, lorsque, conscients de leurs limites, ils demandent conseil à des *amici curiæ*, à des experts extérieurs risquant d'être partiaux, on les soupçonne immédiatement d'être sous l'influence de ceux-ci, ce qui tend à ruiner leur légitimité[2].

Illustre le caractère immanquable de cette réserve cet extrait de compte-rendu de procès rédigé par un journaliste :

> *Le plus choquant reste que le procès a mis en scène un gouffre d'incompréhension entre le monde de la justice et celui d'internet. En effet, la magistrate chargée de l'affaire semblait ne pas connaître Google, dont elle prononçait le nom à la française (« gogleu »), ni savoir ce que signifiait un « login », prononcé « lojin ». Difficile donc d'expliquer comment il est possible de tomber sur des documents de travail par une simple recherche à des juges si peu informés sur internet et ses dérives. « Mais il faut tout de même taper des mots-clés ? », demande un des juges, avant de se questionner sur la probabilité de tomber sur des documents de santé publique lorsque l'on fait une recherche sur le régime syrien. Au fil de l'audience, on se rend compte que les magistrats ont une vision fantasmée d'internet et des documents que l'on peut y trouver. Alors que l'accusé avait expliqué que les documents téléchargés n'étaient pas confidentiels, une magistrate s'indigne : « Vous ne vous souciez pas de savoir si vous alliez tuer toute la planète ? ». Les juges semblent totalement hermétiques à toute notion technique, même les plus basiques. Mais on retrouve la même incompréhension du côté du ministère public puisque son représentant a avoué ne pas avoir compris la moitié des termes qu'il a entendu pendant le déroulement de l'audience. On est donc en droit de se demander comment des juges peuvent-ils rendre une solution basée sur des faits dont les termes leur sont aussi flous.*[3]

Peut-être cet exemple n'est-il pas un cas unique et paroxystique mais bien plutôt le reflet d'une situation très commune dans l'antre des prétoires. N'étant forcément pas des spécialistes de ces questions techniques et aux réponses

[1] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 392.

[2] *Ibid.*

[3] J. HOURDEAUX, « Un journaliste condamné pour des documents trouvés sur Google », [en ligne] <mediapart.fr>, 5 févr. 2014.

mouvantes et complexes, les juges ne peineraient pas moins que les parlementaires à en saisir les enjeux et les conséquences concrètes. Ainsi est-ce déjà le fond du droit établi par les cours et tribunaux qui pourrait être contesté, en ce qu'il ne serait guère plus que le droit législatif congruent et efficient dans le domaine des nouvelles technologies de la communication. Un renouvellement des sources profitant principalement à la « loi des juges »[1] ne serait donc guère une perspective engageante[2].

Et les sources juridictionnelles sont fragilisées par quelques autres considérations invitant à se montrer réservé à l'égard d'un renouvellement des sources étatiques tel que le droit de la communication par internet permet de l'observer. Tout d'abord, la jurisprudence a pu être dénoncée en tant que source abusive du droit en ce qu'elle ne jouirait d'aucune légitimité démocratique[3] et en ce que, en outre, elle violerait la séparation des pouvoirs[4]. Par ailleurs, si la

[1] Réf. à F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997.

[2] Ainsi convient-on que ce ne serait pas aux juges d'être le « phare d'un droit en rupture » (R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 207) ou, en d'autres termes, d'être le guide du droit. Ils pourraient être un guide dans le droit mais non guider le droit.

[3] Il semble, notamment, revenir au Parlement plus qu'aux tribunaux d'identifier l'intérêt général (*cf.*, par exemple, B. MATHIEU, « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 470 s.). L'absence de légitimité démocratique des juges fait que, si par ailleurs en termes de légitimité technico-scientifique ils ne dépassent pas les qualités des parlementaires, le législateur devrait être perçu telle une source plus opportune de normes. Les juges peuvent être qualifiés de « bureaucrates » (réf. à J. BELL, *The Judge as Bureaucrats*, Oxford University Press, 1987). Sur ce point, *cf.*, notamment, C. GUARNIERI, P. PÉDERZOLI, *La puissance de juger – Pouvoir judiciaire et démocratie*, Michalon, 1996 ; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 349 s. Pour une analyse contraire, *cf.* A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996 ; D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », *op. cit.*, p. 863.

[4] Le Conseil constitutionnel s'inscrit dans une vision modernisée du juge « bouche de la loi » selon laquelle la fonction du juge ne lui interdit pas d'exercer en pratique un pouvoir normatif dérivé, mais elle le limite drastiquement afin d'éviter les « dérives jurisprudentielles », c'est-à-dire la consécration officieuse de véritables arrêts de règlement incompatibles avec la séparation des pouvoirs (Cons. const., déc. 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* ; Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*). De manière classique, le Conseil applique sa jurisprudence relative à l'incompétence

jurisprudence est avant tout un « phénomène d'autorité »[1], donc un phénomène qui « se définit en opposition à la contrainte par la force et à la persuasion par arguments »[2], le retrait de la reconnaissance de cette autorité — qui est actuellement déjà loin d'être parfaite — pourrait emporter des conséquences graves atteignant jusqu'à son existence même[3]. La jurisprudence serait ainsi ontologiquement beaucoup plus fragile que la loi, beaucoup plus susceptible de voir sa qualité se détériorer à mesure des résistances qu'elle rencontre. En somme, elle se distinguerait de la loi en ce que son sort dépendrait beaucoup plus directement de sa réception par ses destinataires publics (les autres organes d'application) et privés (ses sujets)[4]. Or déjà des commentateurs voient dans le juge une « institution impuissante »[5] souffrant d'une grave « crise d'identité »[6]. Et d'autres critiques encore pourraient être adressées à un droit construit dans les prétoires[7].

---

négative du législateur pour considérer qu'un énoncé législatif ambigu ou imprécis va conférer à l'autorité chargée de son application un pouvoir qui la conduira, de fait, à faire la loi substantielle en choisissant parmi les sens possibles de la loi formelle. Or le législateur ne peut pas sous-traiter, en dehors des prévisions précises de la Constitution, la mission qu'il tient de la Constitution. *Cf.* B. MATHIEU, « La normativité de la loi », *op. cit.*

[1] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 359. Pour une analyse contraire, *cf.* M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 884.

[2] H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et *alii*, Gallimard, coll. Folio essais, 2011.

[3] Il faut dire que le législateur, en France tout particulièrement, souffre, aux yeux des internautes et des autres acteurs de la communication par internet, d'une mauvaise réputation due aux péripéties qu'il a rencontrées au cours des années 2000 et dont il peine à se remettre, si bien que, par ricochet, l'action des sources juridictionnelles peut être mieux admise ; mais il n'est guère assuré que cette situation puisse longtemps perdurer.

[4] Sur ce point, il est remarquable que certains spécifient la jurisprudence comme reposant sur des croyances (notamment, G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Puf, coll. Les voies du droit, 1993), plus précisément des croyances en une force normative et en une légitimité. Seulement, si des croyances peuvent être fortes, elles peuvent aussi être faibles et instables.

[5] D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », *op. cit.*, p. 862.

[6] *Ibid.*

[7] En premier lieu, le *common law* est connu pour son excessive complexité, pour sa lourdeur administrative. Certes, la part jurisprudentielle du droit étatique de la communication par internet échappe

Jean Carbonnier mettait en garde ses lecteurs contre la tendance à exalter la jurisprudence, à s'extasier devant elle, à ne plus avoir d'égards que pour elle, alors que, tout bien pesé, les difficultés propres à un droit jurisprudentiel semblent prendre le pas sur ses avantages[1], y compris dans une matière telle que le droit de la communication par internet. Il est vrai qu'un autre inconvénient est lourd de conséquences : un tel droit d'essence jurisprudentielle entraîne une regrettable insécurité pour les justiciables.

II. ***L'insécurité immanente à un droit prétorien*****. –** Une grande difficulté que pose un droit foncièrement prétorien tel que le droit étatique de la communication par internet réside dans l'insécurité juridique dont il est la cause. Cette insécurité est parfois induite par la rétroactivité de la jurisprudence dès lors que des faits quelconques risquent de se voir régis des années plus tard par des normes nouvelles. Elle est également imputable à la menace permanente du

---

en partie à ce problème en raison du fait que l'obligatoriété du précédent est morale et non juridique ; mais alors, faute de règle du précédent obligatoire, la force juridique de la jurisprudence est nécessairement plus faible dans les pays de droit d'inspiration romano-germanique que dans les pays de *common law* puisqu'au sein de ces premiers cette force juridique est celle de l'avis ou de la suggestion (N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 157). En deuxième lieu, le juge comme source du droit souffre du fait qu'il est dépendant des cas qui lui sont soumis, du fait qu'il ne peut édicter de nouvelle norme que lorsqu'une espèce particulière lui en donne l'occasion — même s'il existe peut-être des « cavaliers jurisprudentiels » —, tandis que le législateur, bien qu'il doive respecter de lentes et difficiles procédures, est libre d'intervenir dès qu'il en ressent le besoin. Le juge ne dispose normalement d'aucune « initiative d'édiction », ce qui rend sa production juridique nécessairement laborieuse et chaotique. En troisième lieu, Jean Carbonnier expliquait le succès du droit des juges principalement en raison de leur capacité à « ralentir le temps » et à ne jamais agir dans l'urgence, ce qui serait un gage de sagesse (J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *op. cit.*, p. 35). Seulement, dans un domaine tel que celui de la régulation des activités du cyberespace, est-il exigé de l'État qu'il procède de manière accélérée, si ce n'est expéditive, afin de suivre le rythme de l'évolution des techniques et des pratiques. La jurisprudence ne répondrait donc pas mieux que la loi à cette demande. En quatrième et dernier lieu, peut être rappelée la critique que Georges Ripert adressait à la jurisprudence en raison du fait qu'il est plus difficile de changer une jurisprudence bien établie que de modifier une loi (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 14).

[1] J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *op. cit.*, p. 35.

revirement de jurisprudence[1]. Encore, elle provient de la difficile accessibilité des décisions à portée jurisprudentielle[2]. Lorsqu'un trop grand nombre de jurisprudences constellent le droit, celui-ci se présente tel un ensemble de règles éparses et mal coordonnées manquant de structure[3]. Pourrait donc être adressé au droit de la communication par internet le même reproche que celui que Georges Vedel adressait au droit administratif : ce serait un droit « semi-secret »[4], voire ésotérique, un droit de spécialistes éloigné des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité des normes[5].

À l'heure où l'État s'efforce de préserver au mieux la sécurité juridique, à laquelle le Conseil d'État a consacré, à quinze années d'intervalle, deux de ses rapports annuels[6], il ne peut se satisfaire de la proportion élevée de normes d'origine juridictionnelle qui empreint le « droit de demain », ainsi qu'en témoigne le droit de la communication par internet. Avant même que le Conseil, dans son arrêt du 24 mars 2006, ne la qualifie de principe général du droit[7], la

---

[1] Une large littérature a été consacrée aux revirements de jurisprudence (en particulier, N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005). Le revirement de jurisprudence, à l'inverse de la révision par la loi, s'applique normalement rétroactivement et intervient de manière souvent imprévisible et soudaine, rendant toute tentative d'anticipation du droit qui sera appliqué en recherchant l'état du droit applicable vaine. Sous cet angle, à nouveau, les sources législatives apparaissent préférables aux sources juridictionnelles. Sur ce point, *cf.* C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 18 mars 1994.

[2] Le Professeur François Terré plaide pour un droit sans jurisprudence en premier lieu car, explique-t-il, celle-ci serait trop souvent inconnue, malgré les progrès de l'informatique juridique (F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Arch. phil. droit* 2007, p. 310). L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » signifie « nul n'est censé ignorer le droit » ; sous cet angle, la jurisprudentialisation ne peut guère être bénéfique à un droit étatique de la communication par internet en quête de légitimité.

[3] Comme le soulignait Max Weber, les précédents constituent un obstacle à la rationalisation du droit (cité par D. TALLON, *op. cit.*, p. 1187).

[4] Cité par M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », *op. cit.*, p. 436.

[5] Cons. const., déc. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

[6] EDCE 1991, *op. cit.* ; EDCE 2006, *op. cit.*

[7] CE ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*.

sécurité juridique était l'impératif premier devant présider au fonctionnement de tout système juridique. Pour le juge, cela se traduit par une exigence fondamentale de continuité dans les décisions qui implique que le cadre jurisprudentiel soit aussi clair et prévisible, donc continu, que possible et que des litiges comparables reçoivent des solutions identiques[1]. Or ces exigences sont loin d'être satisfaites en matière de droit de la communication par internet où, du fait à la fois du caractère récent de cette branche du droit et des aspects complexe et fluctuant de son objet, nombre de questions sont en proie à des jurisprudences incertaines et mouvantes. D'aucuns professeurs qualifient de « précaires » les normes jurisprudentielles en ce qu'elles doivent être constamment réaffirmées par les juges et en ce qu'un seul refus d'application de la norme peut mettre son existence en péril[2]. Peut-être les normes jurisprudentielles propres au droit de la communication par internet sont-elles tout particulièrement précaires, donc difficiles à saisir.

Mais c'est aussi de manière générale que l' « inflation jurisprudentielle » a de plus en plus mauvaise réputation : le droit d'origine juridictionnelle, « par son foisonnement et son infinie diversité »[3], serait générateur « d'hétérogénéité, d'instabilité et de confusion, là où la loi s'assigne les objectifs de clarté, d'uniformité et de sécurité juridique »[4]. Où, à nouveau, les sources législatives paraissent devoir l'emporter, tant quantitativement que qualitativement, sur les sources juridictionnelles[5].

---

[1] B. STIRN, « La qualité de la norme jurisprudentielle », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 262.

[2] P. AVRIL, *op. cit.*, p. 33.

[3] F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 18.

[4] *Ibid.*

[5] Aux États-Unis, les illustres juges à la Cour suprême Holmes, Cardozo, Brandeis et Frankfurter ont adopté une attitude d'autolimitation et ont entendu laisser le rôle premier de réformateur au législateur, témoignant ainsi de leur hostilité à l'égard du « gouvernement des juges » au pays du « gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple » (F. MICHAUT, « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 662). C'est donc bien au-delà du seul droit de la communication par internet que des régimes juridiques élaborés de façon

Jean Carbonnier parlait de « pluralisme juridique » afin de désigner le pluralisme des jurisprudences « en vigueur » concernant un même point de droit[1]. Dans cette situation, qui n'est pas un cas d'école en droit de la communication par internet où la « logique centrifuge » de l'ouvrage juridictionnel[2] est très palpable, la sécurité juridique se retrouve ô combien malmenée, certaines des solutions jurisprudentielles en concurrence pouvant être incompatibles et contradictoires. Peut-être existe-t-il des cours régulatrices comme la Cour de cassation, mais les voies de recours ne sont pas toujours mises en œuvre, loin s'en faut. Concernant la branche du droit ici étudiée, les juges du droit ont dû attendre très longtemps avant d'enfin pouvoir trancher certaines problématiques, tandis que d'autres sont aujourd'hui encore abandonnées aux « essais jurisprudentiels » des juges du fond, faute pour la Cour de cassation d'avoir un jour reçu des plaideurs l'occasion de mettre fin aux tergiversations. Et, même lorsque les hautes juridictions ont eu la possibilité de préciser leurs positions, il reste toujours la possibilité d'avoir affaire à des « dissidences jurisprudentielles »[3] qui, si elles sont anormales, sont, un temps au moins, le droit applicable[4].

In fine, l'observation selon laquelle les modes alternatifs de résolution de conflits sont très développés dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication achève de convaincre du fait que les tribunaux ne possèderaient guère une légitimité plus élevée que les parlements dans l'absolu et, surtout, aux yeux des internautes et des divers acteurs de la

---

prétorienne suscitent la critique et amènent les observateurs à exiger du législateur qu'il prenne en main le droit. *Cf.*, également, L. PECH., « Le remède au gouvernement des juges », *op. cit.*, p. 63 s. ; E. ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. phil. droit* 2006, p. 276 s.

[1] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 362. Également, M. GERMAIN, *op. cit.*, p. 236.

[2] O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 195.

[3] D. TERRÉ, *op. cit.*, p. 82.

[4] Cela d'autant plus qu'il n'existe pas d'équivalent du pourvoi dans l'intérêt de la loi en matière de normes d'origine juridictionnelle, pas de « pourvoi dans l'intérêt de la jurisprudence ». *Cf.*, notamment, B. APOLLIS, « La persistance du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative », *RDP* 2010, p. 1209 s.

communication par internet. Et, si cela concerne l'activité d'application du droit des tribunaux, peut-être cela concerne-t-il plus encore leur activité de création du droit. La sécurité législative serait plus grande que la sécurité jurisprudentielle. Ensuite, il semble également que la sécurité offerte par les autorités étatiques spécialisées soit supérieure à celle que permettent les décisions juridictionnelles à portée jurisprudentielle. Pour cette raison et pour d'autres — au premier rang desquelles la compétence et la connaissance du milieu et de ses enjeux —, il est tentant d'affirmer que, parmi les diverses sources étatiques « non politiques » du droit, les sources spécialisées seraient plus légitimes à produire le droit de la communication par internet que les sources juridictionnelles. Pourtant, ces dernières jouent un rôle premier quand les sources spécialisées ne jouent qu'un rôle très secondaire. Il convient de présenter les autorités étatiques *ad hoc* en cause et de rechercher les explications à cet état de fait insatisfaisant, à cette ébauche de renouvellement de sources étatiques qui ne paraissent pas en mesure de répondre aux attentes.

Section 2

Les autorités spécialisées, des sources opportunes mais sous-exploitées

Si elles témoignent potentiellement de la « fragmentation de l'appareil d'État »[1], du passage de l'État moderne à l' « État postmoderne »[2] — compris comme « État polycentrique »[3] —, de l'abandon de l'idéal du « législateur omniscient »[4] et donc d'une appétence croissante de l'État pour le pluralisme au sein de son propre droit, les autorités étatiques *ad hoc*[5] jouent pourtant un rôle

[1] J. CHEVALLIER, *L'État*, *op. cit.*, p. 105.

[2] M. COLLET, « La réforme de la CNIL, ou les ruses de l'État "post-moderne" », *Annales de la régulation* 2006, p. 127 s.

[3] J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Rev. adm.* 1998, p. 43 s.

[4] C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 53.

[5] L'expression « autorité étatique *ad hoc* » ou « autorité étatique spécialisée » désigne ici un « organisme public non juridictionnel et dépourvu de la personnalité morale qui a reçu de la loi [seul le législateur peut le créer] la mission d'assurer la régulation d'un secteur sensible, de veiller au respect de certains droits des administrés, et qui est doté de garanties statutaires et de pouvoirs lui permettant d'exercer ses fonctions sans être soumis à l'emprise du Gouvernement » (M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991). Pareil organisme poursuivrait par définition le triple objectif suivant : conférer aux interventions de l'État *une plus grande légitimité* ; réguler un secteur d'activité sensible et/ou complexe en réunissant *des personnes reconnues pour leurs compétences dans le domaine en cause* ; doter l'État de modes d'intervention rapides et efficaces (A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 60). Le recours à des autorités étatiques *ad hoc* paraît ainsi tout indiqué concernant l'internet et les activités internetiques.

marginal dans la construction du droit de la communication par internet[1]. En effet, les sources étatiques spécialisées sont à l'origine de très peu de normes constitutives de ce droit[2]. Paradoxalement, ces sources ne paraissent pas appelées à prendre en main le « droit de demain ».

Or une matière reposant sur des technologies très spécifiques et sur des usages très particuliers et mouvants telle que la communication par internet semble légitimer plus que toute autre le recours à des institutions spécialisées en tant que sources du droit. Dans le cyberespace autant que dans des domaines tels que les technosciences ou la santé, il semble nécessaire que des savoirs soient au service des pouvoirs[3]. Cela peut prendre la forme d'experts consultés par le législateur ; mais cela peut aussi et surtout prendre la forme des autorités spécialisées, composées de spécialistes des réalités, enjeux et besoins en cause[4] et

[1] Cela bien qu'on estime parfois que « les AAI, du fait de leurs compétences, contribuent à dire largement le droit de l'Internet » (M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 74). L'auteur écrit encore que, « alors que le législateur s'est jusqu'à présent contenté de transposer le droit débattu et décidé essentiellement dans le cadre de l'Union européenne, les AAI enrichissent le droit du développement numérique de leurs décisions de manière continue » (*ibid.*, p. 75).

[2] 3 % selon l'expérience de mesure de la réalité du pluralisme juridique qui a été menée (*Mesurer le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 190). Plus en détails, la part du droit produit par les autorités *ad hoc* est quasi-nulle en droit du contenant de la communication par internet (1 % (*ibid.*, p. 191)) et très faible en droit du contenu de la communication par internet (4 % (*ibid.*, p. 206)). À titre de comparaison, il est significatif que, en droit de la communication audiovisuelle, il se trouve un très grand nombre de normes édictées par des institutions spécialisées (26 % (*ibid.*, p. 175) ; il s'agit essentiellement du CSA) et que, en droit des réseaux de communications électroniques, une proportion élevée de normes ont été établies par de telles institutions (15 % (*ibid.*, p. 160) ; il s'agit notamment de l'ARCEP et de l'Autorité de la concurrence).

[3] Réf. à P. LASCOUMES, « Les savoirs au service des pouvoirs – Naissance de l'expertise comme aide à la décision publique », in P. LASCOUMES, dir., *op. cit.*, p. 15 s. L'État est évidemment intéressé par tout ce qui relève du technologique et du scientifique. *Cf.* L. ROUBAN, *L'État et la science – La politique publique de la science et de la technologie*, Éditions du CNRS, 1988. Déjà, J. ELLUL, *La Technique ou l'enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954 ; J. ELLUL, *Le Système technicien*, Calman-Lévy, 1977.

[4] Par exemple, le collège de la HADOPI comprend un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et cinq « personnalités qualifiées » (L. n° 2009-669, 12 juin 2009, *Favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, art. 5).

bénéficiant d'un « magistère technoscientifique sur le pouvoir »[1]. Le droit de la communication par internet ne devrait-il pas être le premier concerné, le premier à nécessiter une adaptation en continu afin de suivre l'évolution scientifique et technologique[2] ?

La différence considérable qui existe ainsi entre le paysage des sources étatiques du droit de la communication par internet tel qu'il est espéré ou du moins attendu et ce même paysage tel qu'il se donne à voir dans les faits semble indiquer que le renouvellement des sources étatiques du droit serait entravé, freiné, limité par des forces conservatrices prenant le pas sur les forces réformatrices, au détriment de la qualité et de la pertinence des normes édictées. Il convient dès lors d'insister sur la légitimité que revêtirait, *a priori*, le droit produit par les organes étatiques spécialisés, reconnus pour leurs compétences dans les domaines dont ils ont la charge (A), bien que leurs interventions s'avèrent, pour l'heure, insuffisantes (B)[3]. Ces institutions sont qualitativement le terreau d'un remarquable renouvellement des sources du droit. Il en va très différemment sous l'angle quantitatif.

[1] A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 224.

[2] De plus, l'explication du recours aux autorités spécialisées serait également à rechercher dans le sentiment que les outils classiques de règlementation et de régulation se seraient révélés inefficaces (A. PEZARD, « Le pouvoir de régulation et de sanction des AAI en droit français », in A. BRETON, A. DES ORMEAUX, K. PISTOR, P. SALMON, dir., *op. cit.*, p. 117). Ce sentiment n'habite-t-il pas celui qui étudie le droit de la communication par internet et, surtout, les membres des organes parlementaires et gouvernementaux ?

[3] Et bien que ces organes soient parfois critiqués, par exemple par qui considère que « la protection des libertés est une chose trop sérieuse pour [leur] être confiée » (D. ROUSSEAU, « Silence tragique à Skyrock : une censure », *Le Monde* 10 janv. 1995).

A. L'action normative possiblement fructueuse des autorités *ad hoc*

Innovation importante au regard des principes traditionnels d'organisation de l'État, les *autorités administratives indépendantes* (AAI)[1] se sont multipliées, en France, depuis la fin des années 1970[2]. C'est un rôle de sources formelles et non uniquement un rôle de sources matérielles que ces autorités devraient jouer (1) tant il semble que le droit qu'elles produisent se pare d'un bien-fondé et d'une efficacité potentiellement importants (2). Mais, pour qu'elles soient au cœur du « droit de demain » et que, par conséquent, le « droit technocratique » subroge le « droit démocratique », il faudrait procéder à une véritable révolution légistique, révolution que le Parlement n'est, semble-t-il, pas disposé à opérer.

[1] Les institutions ici en cause — « paradis des acronymes » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 123) — sont généralement et pour beaucoup désignées par l'expression « autorités administratives indépendantes ». Cependant, alors qu'elles n'entrent pas dans les catégories préexistantes du droit public en général ni dans celles du droit administratif en particulier, il n'existe guère de statut officiel de ces AAI — malgré l'appel lancé par le Conseil d'État (EDCE 2001, *Les autorités administratives indépendantes*) — et leur statut officieux, issu de la pratique, peine toujours à se dessiner clairement. Elles peuvent présenter des visages fort divers. Et on considère parfois que l'expression « autorité administrative indépendante » constituerait un oxymoron, une *contradictio in adjecto*.

[2] Le Professeur Denis Baranger regrette que « la France possède trop d'institutions » (D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 6e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013), tandis que le Professeur Jacques Chevallier parle de « décentralisation fonctionnelle » (J. CHEVALLIER, *L'État*, *op. cit.*, p. 106), de « balkanisation de l'État » (*ibid.*, p. 105) et d' « éclatement de l'action publique » (*ibid.*). Dans son rapport public pour l'année 2001, le Conseil d'État dénombrait vaguement de 25 à 35 autorités administratives spécialisées et dénonçait leur hétérogénéité (EDCE 2001, *op. cit.*, p. 257), alors que l'ancien Office parlementaire d'évaluation de la législation décomptait 40 autorités (Office parlementaire d'évaluation de la législation, « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », 15 juin 2006). Il semble que, effectivement, nul ne sache leur nombre.

1. L'affirmation et l'expansion nécessaires des autorités spécialisées en tant que sources formelles

Si les sources étatiques « politiques » sont peu enclines à abandonner au profit des autorités spécialisées la mission de créer le droit (I) et si elles s'appuient en revanche souvent sur elles à travers divers modes de consultation (II), il pourrait pourtant s'avérer utile que ces autorités deviennent de véritables sources formelles du droit de la communication par internet (III). Mais l'État se présenterait alors davantage sous les traits d'un « État d'experts » que sous les traits d'un « État de citoyens » (IV) — ce qui imprègne assurément de considérations axiologiques la question d'un renouvellement des sources étatiques au profit des autorités spécialisées.

I. ***Une réticence du législateur à concéder aux autorités*** **ad hoc** ***la fonction de création du droit.*** **–** Bien davantage qu'à la « fin des technocrates »[1], l'heure semble devoir être à l'ère des technocrates, des experts et des spécialistes « qui font profession de diriger »[2], au « super-droit » reposant sur une « technicité de plus en plus riche » que promettait Jean Carbonnier[3] et au retrait de la loi qui « part de tous pour s'appliquer à tous »[4], dont l'office est de « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »[5], et qui est « vouée à s'en tenir à des solutions d'ensemble, c'est-à-dire à *des solutions moyennes et approximatives* »[6]. Des auteurs opèrent le constat d'une prise de pouvoir des autorités étatiques spécialisées

[1] Réf. à L. ROUBAN, *La fin des technocrates ?*, *op. cit.*

[2] B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 38. L'auteur parle de « phénomène de renversement du cycle du pouvoir » (*ibid.*).

[3] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 43.

[4] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 6.

[5] J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

[6] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 260 (non souligné dans le texte original).

concomitante à une « démission du législateur »[1] et parlent d'un État « résigné » à abandonner l'outil législatif[2], ce qui changerait la nature du droit[3]. L'étude du droit de la communication par internet amène néanmoins à tempérer ce propos : le législateur, loin de baisser les armes, paraît s'efforcer à demeurer « la » source étatique du droit par excellence ; et lesdites autorités spécialisées ne parviennent guère à développer leur « part de marché » dans le grand « marché » de la production normative, le législateur ne leur en donnant ni l'occasion ni les moyens.

Pourtant, nulle branche du droit ne paraît plus que le droit de la communication par internet nécessiter des normes conçues par des spécialistes de l'objet à régir[4]. Dès lors, il est difficile d'expliquer l'écart immense qui existe à l'intérieur de ce droit entre la part de droit d'essence législative et la part de droit d'origine étatique spécialisée. Les délégations de la compétence normative du législateur à des autorités étatiques *ad hoc*[5] restent exceptionnelles. Le problème de la compétence — comprise comme maîtrise technique d'un domaine mais aussi, par suite, comme habilitation juridique à agir — devrait être au cœur des réflexions légistiques relatives à un objet « postmoderne » tel que l'internet[6]. Et, si Hegel visait juste lorsqu'il soutenait que « le pouvoir gouvernemental a une double caractéristique : la compétence et l'indépendance »[7], alors peut-être est-ce

[1] C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 53.

[2] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières*, *op. cit.*, p. 224.

[3] *Ibid.*, p. 225.

[4] « La délégation du législateur à d'autres autorités, explique-t-on, trouve la plupart du temps sa justification dans la nécessité de compléter la loi pour assurer son adaptation aux faits. Ce procédé doit être encouragé dans des domaines éminemment techniques, sensibles ou marqués par une évolution rapide des connaissances, la complexité de certaines matières rendant inappropriée la production normative légicentrée » (C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 55).

[5] *Cf.*, également, J.-L. BERGEL, « Pouvoir règlementaire et délégation de compétence normative », *RRJ* 2001, p. 2373 s.

[6] L'enjeu de la légistique serait d' « aboutir à des lois quasi-scientifiques » (J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 174).

[7] G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 1820 (cité par A. LÉCRIVAIN, *Hegel et l'éthicité*, Vrin, 2001, p. 133).

le droit étatique dans son ensemble qui devrait reposer sur des autorités spécialisées. Il faut gager que la qualité substantielle des règles de droit n'est pas le dernier des enjeux qui s'attachent à elles et que cette qualité est étroitement liée à la compétence mais aussi à l'indépendance des autorités qui confectionnent ces règles[1].

Le besoin auquel est appelé à répondre le développement des sources étatiques spécialisées ne paraît pas être un autre que celui-ci : encourager un renouvellement des sources étatiques de normes qui favorise la « prospérité juridique » du pays[2]. D'ailleurs, les efforts en ce sens ne semblent pas être nuls tant les autorités *ad hoc* jouent aujourd'hui souvent un rôle important en tant que sources matérielles, ainsi qu'en témoigne le droit de la communication par internet.

II. *Un rôle de sources matérielles des autorités* ad hoc *très développé.* – N'est-il pas de plus en plus avéré, à mesure de la complexification du monde et des sociétés, qu'il faudrait, comme l'exprimait Jean-Jacques Rousseau dans le *Contrat social*, « faire voir au peuple assemblé les objets [car il] veut le bien mais, de lui-même, il ne le voit pas toujours »[3] et car « la volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé »[4] ? Chez Rousseau, les citoyens, une fois réunis, déclarent leur volonté générale par rapport à des textes déjà élaborés par d'autres, par des experts des enjeux en

---

[1] En ce sens, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, « Préface », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *op. cit.*, p. 14 ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *op. cit.*, p. 738 ; M.-F. DELHOSTE, « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ* 2002, p. 53.

[2] Colbert, dans un rapport adressé au roi Louis XIV en 1664, écrivait que, « si nos fabriques imposent à force de soin la qualité supérieure de nos produits, les étrangers trouveront avantage à se fournir en France et leur argent affluera dans le royaume » (cité par L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, p. 2) ; un même raisonnement ne peut-il pas être tenu quant à la fabrication des normes et à la « prospérité juridique » d'un pays ?

[3] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6. Autrement dit, « le public veut le bien qu'il ne voit pas » (*ibid.*).

[4] *Ibid.*

cause. Il serait donc nécessaire d'avoir recours à des formulations de l'intérêt commun de la part d'hommes aux compétences incontestées.

Or d'aucuns soulignent le déséquilibre qui existe entre les rôles de sources matérielles et de sources formelles que jouent les autorités spécialisées, le premier étant beaucoup plus développé que le second. Les changements scientifiques, techniques et technologiques entraînent la « remise en cause des mécanismes par lesquels s'exprime et s'applique le droit, c'est-à-dire des techniques de réglementation »[1] ; mais cela semble impacter davantage la sphère des sources matérielles que celle des sources formelles tant la loi et le décret demeurent les sources premières et prioritaires aux yeux des gouvernants. Autrement dit, peut-être le renouvellement des sources du droit touche-t-il plus les sources matérielles que les sources formelles, en tout cas à l'échelle des sources étatiques. Parlement et Gouvernement s'en remettent de plus en plus aux avis des « experts » dans toutes les situations où l'acte de faire la norme ne s'apparente pas à un acte politique, à un choix politique[2]. Il est évident que, « avant de faire une loi dans ces matières nouvelles, on ne peut pas faire l'économie de comprendre »[3].

L'idée de consulter un « sachant » avant de légiférer n'est cependant ni neuve ni originale[4] ; c'est l'ampleur du phénomène qui interpelle et amène à poser la question d'un véritable renouvellement des sources matérielles, en

[1] P. TRUDEL, « La *lex electronica* », *op. cit.*, p. 224. Également, L. ROUBAN, *L'État et la science*, *op. cit.*

[2] *Cf.*, notamment, P. LASCOUMES, dir., *Expertise et action publique*, *op. cit.*

[3] G. BERRY, « Algorithmes, machines et langages », L'Éloge du savoir, France culture, 5 févr. 2013. Les « lois techniciennes » ne sont pas réellement pensées et élaborées par les parlementaires (réf. à E. MELLA, « La loi technicienne sous la V^e^ République : the *one best law* ? », *LPA* 5 juill. 2007, p. 8 s.). Toutefois, il reste nécessairement une grande part de « lois politiques » dont les contenus dépendent de choix politiques, lesquels, cependant, doivent être éclairés. Mais parfois, et de plus en plus, la loi ne saurait en aucune façon être écrite tant que le législateur n'a pas à sa disposition de véritables « connaissances expérimentales » (R. CASTEL, *op. cit.*, p. 177).

[4] En témoignent les *respunsa* qu'adressaient déjà les jurisconsultes romains (A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 59).

particulier des sources matérielles des lois et règlements[1]. L'institutionnalisation et la procéduralisation du recours par le Parlement et le Gouvernement aux avis sur des données scientifiques, économiques, sociales ou même morales est en revanche quelque-chose de récent[2] ; peut-être s'agit-il d'ailleurs de l'un des premiers signes du passage de l'État moderne à l'État « postmoderne » et du droit moderne au droit « postmoderne »[3]. L'apparition des autorités étatiques *ad hoc* a donné aux avis et recommandations une dimension nouvelle et un caractère plus officiel[4] — sans que cela n'empêche le développement concomitant des

[1] *Cf.*, en particulier, Th. REVET, dir., *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. Études juridiques, 1998 ; également, L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, C. ROBERT, P. WARIN, dir., *op. cit.* ; P. LASCOUMES, « Les savoirs au service des pouvoirs », *op. cit.*, p. 15 s. ; *Dr. et société* 1998, n° 40, « Produire la loi » ; *Dr. et société* 1994, n° 27, « Production de la norme juridique ».

[2] L'un des derniers moments importants de ce phénomène d'institutionnalisation et de procéduralisation est peut-être la circulaire du 8 décembre 2008 *Relative à la modernisation de la consultation*. On estime que, jusqu'au milieu du XX^e^ s. et à l'avènement du « positivisme législatif », les sollicitations d'avis de personnalités qualifiées étaient une pratique peu courante en France. Et elles n'étaient pas forcément connues car souvent discrètes, pour ne pas dire secrètes (P. LASCOUMES, *loc. cit.*, p. 15 ; Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RID comp.* 1994, p. 645 s.). *Cf.* J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois – Essai de sociologie politique du droit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994 ; M. CROZIER, *État modeste, État moderne : stratégies pour un autre changement*, 3^e^ éd., Fayard, 1997 ; F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française – Du 18^e^ au 20^e^ siècle*, 2^e^ éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 1994.

[3] En ce sens, A. POMADE, *op. cit.*, p. 359 (« l'immixtion de tiers au processus normatif rejoint la tendance du paradigme postmoderne à l'introduction d'une pluralité de participants d'horizons différents dans la procédure de création de la norme juridique, permettant tous d'améliorer la qualité de la norme en raison de leurs compétences »). Déjà en 1983 on constatait que la loi « n'est plus, très souvent, que la mise en forme juridique de lois scientifiques ou de normes techniques élaborées ailleurs, une mince pellicule destinée à maintenir la fiction juridique » (D. LOSCHAK, « Droit, normativité et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, Puf, 1983, p. 76-77).

[4] Le cas du CSA, même s'il relève du droit des communications électroniques mais non du droit de la communication par internet, est encore une fois l'un des plus parlants. Sur l'ensemble des activités relevant de sa compétence, il peut être saisi de demandes d'avis ou d'études par le Gouvernement, les présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat et les commissions compétentes de ces deux assemblées (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 18). Les avis du CSA sont sollicités par le Gouvernement sur les projets de loi sur l'audiovisuel et les projets d'actes réglementaires relatifs au secteur de la communication audiovisuelle (art. 9). Depuis 2000, plus de 100 avis ont été

consultations non officielles[1]. La *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*[2] est un exemple criant[3], de même que la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*[4]. Les AAI concernées répondent ainsi régulièrement à des consultations sur des questions en lien avec l'encadrement normatif des activités immatérielles[5].

---

rendus par le CSA (6 en 2012, 12 en 2011, 14 en 2010, 13 en 2009 etc. ([en ligne] <csa.fr>)). Et, depuis 2000, le CSA et les comités territoriaux de l'audiovisuel ont produit près de 16 000 actes relevant du droit « mou », recommandations et autres délibérations (*ibid.*).

[1] Ainsi Isabelle Falque-Pierrotin, alors présidente de la CNIL, décrivait-elle : « Nous sommes en permanence sollicités par les parlementaires sur des sujets très variés qui vont de la publicité en ligne aux fichiers de police en passant par le compteur intelligent, ou la création d'une centrale de crédit. Pas une semaine ne passe sans qu'un parlementaire ne nous interroge sur les incidences d'une discussion parlementaire en matière de protection de la vie privée. […] Et nous adressons une lettre régulière aux députés et sénateurs. En ce qui me concerne, je suis régulièrement auditionnée » (I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *op. cit.*, p. 5).

[2] L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

[3] Une trentaine d'avis ont été émis avant la promulgation de la loi afin d'aider les parlementaires à opérer les choix les plus pertinents et, parmi cette trentaine d'avis, une vingtaine ont été le fait d'autorités administratives indépendantes, CNIL, ART et CSA en premier lieu — les autres ont essentiellement été émis par le Forum des droits sur l'internet.

[4] L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Cette loi également a été écrite sur la base de nombreux avis fournis par les autorités spécialisées.

[5] Par exemple, quant à la HADOPI, l'article L. 331-13 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « la Haute Autorité peut recommander toute modification législative ou réglementaire. Elle peut être consultée par le Gouvernement sur tout projet de loi ou de décret intéressant la protection des droits de propriété littéraire et artistique. Elle peut également être consultée par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires sur toute question relative à ses domaines de compétence ». Par ailleurs, il est significatif que divers comités consultatifs, plus ou moins éphémères, informels et confidentiels, ont été institués afin de fournir une expertise scientifique et technique aux pouvoirs publics en matière d'internet, comités qui ne disposent, à l'inverse des AAI, jamais d'un pouvoir normatif. Il s'agit ou s'agissait notamment de la Commission consultative des communications électroniques (créée auprès du ministre chargé des communications électroniques et de l'ARCEP, D. n° 2009-764, 23 juin 2009, *Déterminant la composition, les attributions et les conditions de fonctionnement de la commission consultative des communications électroniques*), du Conseil consultatif de l'internet (créé auprès du ministre chargé des nouvelles technologies, D. n° 2003-1167, 8 déc. 2003, *Portant création du Conseil*

Ensuite, l'avis peut être facultatif et être rendu ou sollicité spontanément ; il peut aussi être obligatoire. Le cas de l'avis conforme est peut-être celui dans lequel il est le plus permis de considérer que la source matérielle est proche de devenir source formelle, que l'instance consultée est en passe de muer en « coauteur »[1] du texte, puisque la véritable source formelle voit alors sa liberté réduite au choix d'agir ou de ne pas agir[2].

Par ailleurs, doit être souligné combien les innombrables consultations incluses dans la procédure d'élaboration de la loi retardent un processus législatif qui est déjà par essence trop lent et qui subit ainsi très frontalement les conséquences du pan temporel de l' « impasse des échelles ». Aussi le recours aux autorités étatiques spécialisées en tant que sources matérielles ne paraît-il guère suffisant[3]. En matière de régulation de l'internet, il est tentant de plaider en faveur de la production directe de normes par ces institutions, ce qui aboutirait à un considérable renouvellement des sources étatiques tant lesdites institutions

---

consultatif de l'internet (supprimé en 2009)), du Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies (créé auprès du ministre chargé des postes et des télécommunications), du Conseil stratégique des technologies de l'information (créé auprès du Premier ministre, D. n° 2004-255, 22 mars 2004, *Portant création d'un conseil stratégique des technologies de l'information*), du Comité de l'interconnexion et de l'accès (créé auprès de l'ARCEP, D. n° 2004-1301, 26 nov. 2004, *Relatif aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques en application des articles L. 37-1 à L. 38-3 du code des postes et des communications électroniques*) ou encore du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

[1] Réf. à P. FERRARI, « Essai sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 215 s.

[2] Néanmoins, le Conseil constitutionnel veille à ce que des procédures d'avis conformes trop générales à l'échelon national ne soient pas instituées ; ainsi, une disposition imposant un avis conforme de la CNIL dans l'exercice du pouvoir réglementaire a été censurée (Cons. const., déc. 14 déc. 2006, n° 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*).

[3] On retient que le recours à l'avis « s'inscrit dans un contexte de crise des sources traditionnelles du droit, sinon du droit lui-même. Le besoin de consultation ne signifie-t-il pas, en effet, que les voies traditionnelles d'accès à la légitimité ne fonctionnent plus aussi bien que jadis ? » (Th. REVET, « Rapport introductif », in Th. REVET, dir., *op. cit.*, p. 6). Mais, dans le domaine précis de la communication par internet, l'appui sur des consultations d'experts ne semble pas en mesure de faire gagner beaucoup de légitimité à la loi.

sont relativement neuves et originales dans le paysage du droit moderne et tant, jusqu'à présent, leur droit est toujours resté très en retrait par rapport à la loi, au règlement, mais aussi à la jurisprudence.

III. ***Un rôle de sources formelles des autorités*** **ad hoc** ***à développer.*** **–** Les sources étatiques « politiques » intervenant à l'égard du droit de la communication par internet sont perçues par les destinataires de leurs normes de manière très négative ; et cela sans rechercher quels sont les auteurs « réels » de ces normes. C'est pourquoi les autorités étatiques spécialisées les intéressent lorsqu'elles font œuvre de sources formelles mais non lorsqu'elles ont seulement participé au processus de création du droit à travers l'émission de quelques avis ou recommandations. Les destinataires des règles ne savent que très rarement quelles sont les sources matérielles de ces règles. En d'autres termes, ils ne voient toujours que les seules sources formelles ; or celles-ci, lorsqu'elles sont d'ordre législatif ou règlementaire, paraissent disqualifiées *a priori*[1]. Du point de vue de l'efficacité des normes, la séparation des sources formelles et matérielles demeurerait donc incontournable tant un même contenu normatif peut connaître des sorts très différents selon qui est sa source formelle et qui est sa source « réelle ».

La voie idéale en matière de production du droit serait celle consistant à associer l'efficacité d'une décision passée au crible de cercles d'experts à la

[1] Jean Carbonnier enseignait que « la loi est respectée indépendamment de son contenu, [car] son autorité provient de l'aura qui l'entoure grâce à sa force symbolique et expressive. Elle s'impose par persuasion et séduction » (J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.*, p. 158). Les lois relatives aux communications par internet sont à mille lieues de séduire *a priori* leurs destinataires du seul fait qu'elles sont lois ; leur force symbolique semble s'être évanouie ; et même lorsque leurs contenus peuvent venir en renfort en étant jugés objectivement pertinents, les lois risquent d'être rejetées par toute une frange des acteurs et usagers de la communication par internet du seul fait qu'elles sont lois. Ainsi, concernant le droit du cyberespace, il ne semble guère possible de considérer que, « en consultant, en discutant, voire en négociant, le contenu de la loi avec une autorité experte et représentative des intérêts en présence, le législateur accomplit un travail de qualité […] et la loi est d'ores et déjà acceptée par ses destinataires » (A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 71). Également, C. ROBERT, « Les incertitudes politiques sont-elles solubles dans l'expertise ? », in L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, C. ROBERT, P. WARIN, dir., *op. cit.*, p. 83.

légitimité d'une décision politique[1] ; seulement les internautes accordent-ils plus de légitimité à la décision de l'expert qu'à celle du politique, si bien qu'efficacité et légitimité seraient réunies en la personne de l'expert, le politique étant suspecté, en plus d'être incompétent, de faire preuve d'une « partialité politicienne » incompatible avec la fonction d'établir un droit juste et pertinent. Que soient rappelés ces mots de Georges Burdeau, écrits en 1970 : « Nul pouvoir ne saurait être plus satisfaisant que celui que sa subordination aux impératifs techniciens soustrait à l'influence des idéologies politiques brouillonnes et inefficaces »[2]. Les autorités administratives indépendantes, pour leur part, jouissent d'une « irréfragable présomption d'impartialité », comme le souligne le Conseil d'État[3].

En conséquence, si, dans certaines matières relevant des nouvelles technologies ou de la science, il peut sembler suffisant que les autorités dites « indépendantes » se bornent à occuper une fonction de sources matérielles, il serait fort utile, concernant un domaine tel que le droit de la communication par internet, que ces autorités soient avant tout des sources formelles. Jean Carbonnier, au milieu du XX^e^ s., notait que « la multiplication et la technicisation des lois rend de plus en plus difficile leur divinisation »[4], avant d'expliquer qu'il n'y aurait plus que leur utilité sociale qui pourrait leur donner force[5]. Quant à l'encadrement législatif des activités internetiques, l'idée de lois reconnues d' « utilité sociale » semble très utopique et il faudrait aller plus loin dans le renouvellement des sources étatiques du droit[6]. Les spécificités technologiques

---

[1] P.-P. VAN GEHUCHTEN, « "Gouvernance" : réseaux et pouvoirs (réflexions à partir d'un siècle de secteur public) », in G. DEMUIJNCK, P. VERCAUTEREN, dir, *op. cit.*, p. 119.

[2] G. BURDEAU, *L'État*, *op. cit.*, p. 195.

[3] EDCE 2001, *op. cit.*, p. 275.

[4] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 111.

[5] *Ibid.*

[6] Dans son rapport public pour l'année 2014, le Conseil d'État plaide en faveur d'un renforcement du « rôle de conseil et de référent des autorités administratives indépendantes comme la CNIL, le CSA ou l'ARCEP » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 333). Il faut gager que cela ne saurait être suffisant afin de rendre la loi davantage effective et efficiente et que ces instances

du monde de l'internet ne sont plus à démontrer[1] ; et ce monde connaît aussi de profondes particularités sociales, économiques et culturelles. Or le droit élaboré par les autorités étatiques *ad hoc* serait foncièrement plus pragmatique que le droit « politicien » du Parlement et du Gouvernement[2], ce qui devrait le rendre indispensable.

On souligne la grande utilité des normes établies par des « comités de sages » dès lors que la question ne relève pas de problèmes de politique générale mais d'enjeux techniques ou technologiques, car l'autorité de ces « sages » imprègnerait nécessairement leurs normes[3]. Peut-être l'autorité — ou, mieux, l' « autorité sans domination »[4] — doit-elle être préférée à la puissance par trop verticale[5], surtout dès lors que le Parlement et le Gouvernement ne bénéficient plus, factuellement, de la force *a priori* qui classiquement était la leur. À l'égard des communications par internet, la puissance de l'État s'avère souvent fort diminuée et les pouvoirs publics devraient par conséquent s'appuyer au maximum sur l'autorité, sur la compétence. Logiquement, cela impliquerait un renouvellement des sources du droit par l'avènement d'importantes sources étatiques spécialisées.

Toujours est-il que le monde internetique témoigne du fait qu'à l'obéissance aveugle du citoyen à la loi parce qu'elle est la loi a succédé

---

participeraient autrement de l'amélioration de la qualité du droit étatique si elles pouvaient plus souvent édicter directement et de façon autonome des normes à portée générale et impersonnelle.

[1] En 1965, Jacques Ellul exposait déjà le problème de l'exercice politique dans une société technicienne (J. ELLUL, *L'illusion politique*, Robert Laffont, 1965). Ce problème s'avère tout spécialement palpable quant à la société internetique.

[2] Cela contre Raymond Carré de Malberg qui estimait que la loi du Parlement élu démocratiquement serait nécessairement la plus douée des « qualités de sincérité et de droiture » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 63).

[3] A. RENAUT, « L'idée contemporaine du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 75.

[4] J. CARBONNIER (cité par M. REVAULT D'ALLONES, *Le pouvoir des commencements – Essai sur l'autorité*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2006).

[5] L'autorité s'oppose à la puissance en ce qu'elle est un savoir socialement reconnu quand cette seconde est un pouvoir socialement reconnu (A. D'ORS, *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, PUAM (Aix-en-Provence), 1991 (cité par A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 141)).

l'évaluation systématique de la « performance » et de l'utilité des normes par ceux-là même qui en sont les destinataires[1]. Le caractère « mythique » de l'État et, en particulier, de la loi[2] tend à s'estomper — le Professeur Jacques Chevallier n'hésite pas à parler d' « État démythifié »[3] et d' « État banalisé »[4] — et, si la « fatigue démocratique » est identifiée comme un phénomène d'ordre général[5], cela ne peut qu'être d'autant plus vrai dans le cyberespace. Les internautes, souvent, ne prennent pas part au processus démocratique[6] et rejettent le lien entre qualité substantielle des normes et légitimité démocratique de leurs auteurs[7]. Par conséquent, la légitimité paraît devoir être recherchée dans la compétence technique de la source de la règle plutôt que dans son essence démocratique.

---

[1] En ce sens, le Professeur Jacques Chevallier observe que « l'administration tend à passer d'une légitimité extrinsèque, découlant de sa simple appartenance à l'État, à une légitimité intrinsèque, fondée sur l'analyse concrète de son action » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 71). Le professeur note également la « fin de la légitimité publique de principe » (*ibid.*). Pour ce qui est de l'internet, l' « habitude générale d'obéissance » que décrivait Herbert Hart (H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 43) est en tout cas très peu développée chez les internautes.

[2] Réf. à P. FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, Routledge (Londres), 1992.

[3] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 70.

[4] *Ibid.*, p. 74.

[5] A. GARAPON, « D'où les institutions tirent-elles leur énergie ? », Le bien commun, France culture, 6 févr. 2014.

[6] Cela par choix ou bien parce qu'ils ne sont pas des nationaux de l'État légiférant.

[7] Sur ce point, les explications de Léon Duguit sont éclairantes : « Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait. Ils ont bien essayé souvent, avec le concours de leurs fidèles, de légitimer cette plus grande force ; mais ils n'ont pu inventer que deux explications aussi artificielles l'une que l'autre et qui ne doivent tromper personne. Souvent, ils se sont présentés comme les délégués sur la terre d'une puissance surnaturelle. […] On a imaginé aussi la fiction de la volonté sociale. […] Mais l'idée démocratique est aussi vaine que l'idée théocratique et le droit divin du peuple n'a pas plus de réalité que le droit divin des rois » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 656). L'observation du droit de la communication par internet indique que les gouvernants, d'une part, ne seront peut-être pas toujours « les plus forts en fait », ainsi que le prédisait l'illustre professeur bordelais, et, d'autre part, que la légitimation démocratique du pouvoir *jus*-créateur desdits gouvernants est aujourd'hui excessivement mise en doute.

Si le cyberespace se présente souvent telle une « *terra incognita* » aux yeux du législateur[1], il en va normalement différemment aux yeux d'autorités spécialisées par définition mieux au fait des problématiques en présence. On pose la question d'un « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la qualité des normes »[2] ; l'étude du droit de la communication par internet pourrait inciter à se montrer favorable à un tel bouleversement dans l'architecture des sources étatiques de normes. Pourtant, la réalité des origines de ce droit indique que ce bouleversement n'est, pour l'heure, guère en passe d'advenir[3], bien qu'il soit de plus en plus difficile de contester la réalité de la « crise » du modèle légicentrique[4]. L'idée que la loi serait la source étatique par excellence semble ô combien profondément ancrée dans la pensée *jus*-politique collective, de telle sorte qu'il s'avère difficile de « réinventer "le savant et le politique" »[5], bien que d'aucuns s'y emploient, posant la délicate question du passage d'un « État de citoyens » à un « État d'experts »[6] ou, autrement dit, de sources du droit « politiques » à des sources du droit « spécialisées »[7].

---

[1] B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 5.

[2] N. DOMPNIER, *op. cit.*, p. 77 s.

[3] En ce sens, mais d'un point de vue plus général, O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Dr. et société* 2002, p. 185 s.

[4] En ce sens, D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », *op. cit.*, p. 17 s.

[5] P.-P. VAN GEHUCHTEN, *op. cit.*, p. 119.

[6] Le terme « expert » désigne celui qui « a acquis une grande habileté par l'expérience, par la pratique » (V° « Expert », in J. REY-DEBOVE, *Robert méthodique*, Le Robert, 1985 (cité par J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 261)). Partant, l'expert peut être celui qui est compétent scientifiquement mais également celui dont l'expérience lui a permis d'acquérir des connaissances fiables dans un domaine déterminé. Un expert est généralement celui qui « est choisi pour ses connaissances techniques et chargé de faire des examens, constatations ou appréciations de faits » (*ibid.* (cité par J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 261)). En ce sens, il est présumé compétent pour fournir des informations objectives, neutres, impartiales.

[7] Le constat est clair : « Le fait d'arrimer l'action des États à la légitimité historique des acteurs les plus impliqués dans le développement de l'Internet permettrait une gouvernance sans rupture avec les structures actuellement chargées de l'élaboration des normes fondamentales de l'Internet. Cela contribuerait à inscrire l'action des États dans un cadre légitime » (B. BENHAMOU, L. SORBIER, *op. cit.*, p. 15). Or la manière la plus directe et donc peut-être efficace de parvenir à pareil résultat serait d'intégrer

IV. ***Un État de citoyens muant avec les autorités*** **ad hoc** ***en un État d'experts.*** **–** Loin de la « législation spectacle participant d'un État-spectacle »[1], le déploiement des autorités spécialisées témoignerait du fait que « l'État républicain devien[drait], en développant une techno-structure nécessaire à son fonctionnement, un État administratif ou "fonctionnel" »[2], ainsi que du fait que « l'État devien[drait] savant ou technocratique, la classe politique se doublant d'une classe d'experts »[3]. Cela ne se ferait pas sans profond renouvellement des sources étatiques du droit. Et cela ne se ferait pas sans sacrifices tant l'essor d'un droit d'origine technocratico-administrative irait forcément de pair avec un retrait de la démocratie et de la séparation des pouvoirs. Peut-être est-ce ce dernier point qui explique la frilosité des pouvoirs publics, eux qui sont peu enclins à faire passer la mission de produire le droit de la communication par internet des sources « politiques » aux autorités spécialisées. La « technocratisation du droit »[4] et la remise en cause du système politique fondé sur la représentation est un phénomène difficile à accepter, donc difficile à encourager[5].

Il est significatif que le directeur du bureau Europe de l'Internet Society explique que le droit produit par cet organisme privé a pu s'imposer en raison de sa légitimité supérieure, une légitimité due au fait qu'il est composé d'experts, à l'inverse des organes politiques des États[6]. Il faudrait donc que les institutions étatiques prennent exemple sur l'ISOC et sur les organismes *ad hoc* de la sphère privée, dont le « pouvoir de régulation » a pour première justification la

---

ces acteurs au sein de structures étatiques *ad hoc* et indépendantes et de leur conférer la capacité d'élaborer le droit de la communication par internet d'origine publique, aux dépends du Parlement et du Gouvernement.

[1] A. JEAMMAUD, « Le droit au musée ? Les avocats du déclin », *Économie et humanisme* 1991, n° 318, p. 12.

[2] P. KAHN, *op. cit.*, p. 60.

[3] *Ibid.*

[4] G. TIMSIT, « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *RF adm. publ.* 1996, p. 383.

[5] Cela même si Léon Duguit, par exemple, pouvait voir dans le « pouvoir du peuple par le peuple et pour le peuple » une « mystification oppressive » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 588).

[6] F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

compétence technique de leurs membres[1]. Peut-on encore raisonnablement considérer, comme Antoine Barnave, le créateur du Club des Jacobins, qu' « une des conséquences du système représentatif dans l'ordre politique est de mettre chaque fonction dans les mains d'experts »[2] ?

L'élection aurait pour fin de donner le pouvoir à une « aristocratie élective »[3]. Concernant la construction d'un droit tel que le droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, peut-être faudrait-il suivre plutôt la voie d'une « aristocratie technocratique », ce qui impliquerait de reléguer au second rang les sources étatiques « politiques » ainsi que la jurisprudence et de conférer aux sources étatiques spécialisées davantage de responsabilités dans la fabrique du droit. En définitive, la démocratie n'est peut-être pas plus légitime que la technocratie, en tout cas pour ce qui concerne l'établissement d'un droit tel que le droit de la communication par internet. Le régime le plus opportun pourrait résider en une étrange démocratie

[1] Il faut néanmoins y associer la certaine représentativité des intérêts en présence.

[2] Cité par P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale – Cours au Collège de France (5/10) », L'Éloge du savoir, France culture, 13 avr. 2013. Selon Benjamin Constant, les « Modernes » ont une conception de la liberté différente de celle des « Anciens » et leur souci premier est de mener leur commerce, préférant déléguer à des professionnels le soin de veiller aux affaires publiques (B. CONSTANT, *De la liberté chez les Modernes*, 1815). L' « homme politique », comme profession spécialisée, trouve ici son origine. Mais une matière telle que le droit de la communication par internet ne doit-elle pas être confiée à des professionnels non de la politique mais de cette matière particulière ? Qu'il soit rappelé que Léon Gambetta pouvait clamer que « c'est à des hommes plus avisés que les autres qu'il appartient de se faire les guides de leurs frères moins avancés » (cité par P. ROSANVALLON, *loc. cit.*). François Guizot, pour sa part, souhaitait encourager la délégation du pouvoir législatif aux hommes disposant de « capacités », chargés non de créer des lois mais de les découvrir, si bien que l'adoption des lois ne serait plus qu'un processus cognitif à la seule portée des élites (P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Gallimard, 1995, p. 87 (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e^ siècle », *op. cit.*, p. 70)). Guizot trouvait là un bel argument contre le suffrage universel. Où rechercher les « hommes plus avisés que les autres » et les hommes doués de certaines « capacités », capables de dresser des cadres juridiques pertinents autour de l'objet internetique ? Au sein d'une volonté populaire de plus en plus évanescente ou bien parmi certaines instances spécialisées, s'attachant entièrement aux seuls problèmes que posent l'internet et les activités qu'il permet ?

[3] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 5.

technocratique. Il importe en tout cas de témoigner du caractère fructueux de l'action créatrice des autorités *ad hoc*, le sacrifice de la démocratie et de la séparation des pouvoirs ne pouvant être éventuellement acceptable que si les normes produites par ces autorités présentent effectivement une qualité très supérieure à celle de la loi ou du règlement[1].

2. La légitimité et l'efficacité supérieures des autorités spécialisées en tant que sources formelles

La part du droit formellement édicté par les institutions étatiques spécialisées est faible parmi l'ensemble du droit de la communication par internet. Elle l'est aussi parmi l'ensemble du droit étatique de la communication par internet, si bien qu'il faut s'attendre à ce que ces institutions ne produisent pas une part importante du « nouveau droit » que le droit de la communication par internet annoncerait. Les raisons de ce caractère marginal du droit d'origine étatique spécialisée sont peut-être à rechercher dans la timidité des pouvoirs publics face à la *révolution légistique* que constituerait le dessaisissement du Parlement et du Gouvernement du soin de produire le droit au profit d'autorités spéciales et autonomes bien plus que dans la qualité substantielle des normes émises par ces dernières. En effet, mis à part le cas de la HADOPI, qui est possiblement une autorité « en crise » et qui, dans tous les cas, n'est guère à l'origine de normes à portée générale, le droit produit par les autorités spécialisées, de celui produit par la CNIL à celui produit par l'ARCEP ou par le

[1] Or, selon le Conseil d'État, ce sont même parfois jusqu'aux autorités spécialisées elles-mêmes qui sont insuffisamment compétentes face aux défis que pose l'internet. En effet, dans son rapport public pour l'année 2014, le Conseil explique que « les problèmes de concurrence posés par l'activité des grandes plateformes impliquent souvent d'analyser le fonctionnement de leurs algorithmes de classement des contenus, ce que les régulateurs peuvent peiner à faire tant pour des raisons juridiques (ces algorithmes sont protégés par le secret industriel) que du fait de la complexité technique du sujet » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 107).

CSA, se démarque par la légitimité et l'efficacité semble-t-il supérieures des normes qu'il renferme[1].

La légitimité et l'efficacité des interventions normatives des autorités spécialisées dans le secteur de la communication par internet peuvent être caractérisées tant négativement, par comparaison avec l'insuccès des interventions normatives des sources étatiques « politiques » (I), que positivement, leur action pertinente étant saluée par beaucoup de commentateurs (II). Les limites du renouvellement des sources étatiques du droit ne pourrait donc qu'être regretté sous l'angle de ces autorités spécialisées.

I. ***Une légitimité et une efficacité caractérisées négativement : par comparaison avec les difficultés de la loi et du règlement.*** **–** Il faut insister, tout d'abord, sur les aprioris négatifs qui entourent désormais toute intervention de la loi dans le domaine de l'internet en raison des mauvaises expériences des années 2000 que le public des internautes garde en mémoire. L'équation est simple : la meilleure maîtrise des données propres à l'objet en cause permettrait de le saisir plus pertinemment. Or, « en matière d'internet, le législateur s'est souvent montré lent parce qu'indécis, confus parce que laborieux et évasif parce qu'aveugle »[2]. En 2007, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e^ République, dit « Balladur », constatait combien les parlementaires « répugnent à s'exprimer en séance publique sur des

[1] Il est dès lors difficilement compréhensible que ce droit soit largement encouragé dans certaines branches du droit plus classiques mais très peu utilisé dans le domaine du droit de la communication par internet. À propos du droit de la communication audiovisuelle, on note ainsi que « le CSA s'est octroyé un vaste pouvoir règlementaire, bien au-delà des prescriptions du Conseil constitutionnel » (J.-Ph. FELDMAN, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010, p. 2852) ; il en va très différemment des autorités intervenant en matière de droit de la communication par internet.

[2] J. HERVOIS, *op. cit.*, p. 387. Dans les années 1930 déjà, Henri Capitant regrettait le manque de compétence global des parlementaires (H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935, p. 77 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 62)) ; il est aisé d'imaginer quel discours l'illustre professeur de droit civil aurait tenu à l'aune des actes législatifs relatifs à l'internet.

questions techniques ». Peut-être faut-il expliquer cette observation par un manque de compétences techniques qui interdirait de se prononcer ni de fournir quelque argument dès que la discussion touche à un domaine spécialisé. Très peu nombreux sont les députés et sénateurs à maîtriser les aspects technologiques afférents aux numéros de port, aux adresses IP ou au DNS, mais aussi à maîtriser les enjeux « politiques » qui y sont attachés. Peu de problématiques ont autant illustré les difficultés d'adaptation des lois aux évolutions technologiques que celles afférentes à la communication par internet[1]. En témoigne la question de la responsabilité liée aux activités des différents acteurs de ce réseau global de communication[2]. Et, pour ne prendre qu'un autre exemple, la copie privée n'a pas le même sens dans l'univers analogique et dans l'univers numérique[3].

Depuis 1880, la loi subirait une « dépréciation continue »[4] ; et, au XXI^e^ s., on interroge de plus en plus ardemment la légitimité de l'outil législatif[5]. La *ratio juris* (raison du droit) ne semble plus pouvoir être assimilée à la *ratio legis* (raison de la loi). Peut-être les lois votées dans le domaine de la communication par internet ne sont-elles pas celles qui illustrent le moins bien la « décadence des lois »[6] et le fait que « les textes de loi sont illisibles [car] les mots eux-mêmes sont parfois utilisés en dépit du bon sens »[7]. Des députés, d'ailleurs, n'hésitent

---

[1] *Cf.*, déjà, X. DALLOZ, « La tectonique des médias ou les axes de rupture technologique », *Revue d'économie financière* 2002, n° 69, p. 39.

[2] *Cf.* C. GATEAU, T. ROUHETTE, « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », *op. cit.*, p. 74 s.

[3] L'univers numérique, d'un côté, autorise un accès aux œuvres à un coût de reproduction et de distribution quasiment nul tout en augmentant, d'un autre côté, les possibilités de contrôle et de rétention du droit d'accès (L. LESSIG, *L'avenir des idées – Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, trad. A. Bony, J.-B. Soufron, Presses universitaires de Lyon, 2005, p. 265).

[4] J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 54.

[5] Par exemple, B. JADOT, F. OST, dir., *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis (Bruxelles), coll. Travaux et recherches, 1999.

[6] S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*, p. 111.

[7] A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 75. Pourtant, si « l'autorité du droit repose sur la force du verbe » (J. DERRIDA (cité par É. NICOLAS, C. SINTEZ, « Par-delà le concept de force dans la philosophie de Jacques Derrida », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 99)),

pas à reconnaître combien la loi leur apparaît tel un instrument fort peu judicieux afin d'encadrer le cyberespace[1]. Platon comparait le législateur au médecin en disant que, dans un cas comme dans l'autre, une grande compétence est requise[2]. Or la communication par internet n'exige-t-elle pas de s'en remettre à un « médecin spécialisé » bien plutôt qu'à un « médecin généraliste »[3] ?

À moins que ce ne soit la démocratie plus que la loi qui mérite d'être remise en cause dans un espace tel que le cyberespace. En effet, si, de façon générale, on constate que « la loi est de plus en plus insuffisante tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration »[4], peut-être cela est-il déjà dû à son caractère démocratique et peut-être, si des spécialistes des questions en cause prenaient la place des députés et sénateurs, en irait-il différemment — et on ne parlerait plus de « cécité de la loi »[5]. Sans doute la « "geekfrienditude" des politiques »[6] se développe-t-elle ; mais il semble impossible que le Parlement et le Gouvernement deviennent, même à moyen terme, des assemblées et réunions de spécialistes des enjeux, possibilités et autres spécificités de la communication par internet. « Les technologies de l'internet et les espaces numériques [sont] une nouvelle *terra incognita* » aux yeux des gouvernants, pour reprendre une

---

le jurislateur devrait nécessairement user du verbe juste, sous peine de se voir disqualifié. En ce sens, M.-F. DELHOSTE, « Le langage scientifique dans la norme juridique », *op. cit.*, p. 53.

[1] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 299-300.

[2] PLATON, *Les lois*, 348 av. J.-C. (cité par J. BENOIST, « Platon – Les lois », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *op. cit.*, p. 450). Et l'illustre philosophe grecque d'opposer « la science de celui qui sait ce qu'il faut faire [à] la loi, qui est une recette toute faite et, comme telle, impropre à saisir la situation à laquelle elle s'applique dans sa complexité et sa particularité, dans sa réalité » (cité par J. BENOIST, *loc. cit.*, p. 449).

[3] Platon articulait savoir et pouvoir, science et politique, contre les sophistes et la démocratie régnante de son temps, qui liaient la politique à l'opinion et niaient la nécessité d'une compétence spécifique pour gérer les affaires de l'État (P. KAHN, *op. cit.*, p. 28). Pourtant les « affaires » en cause dans l'Antiquité étaient loin d'atteindre le niveau de complexité et de technicité de certaines « affaires » contemporaines, au premier rang desquelles figurent les « affaires » internetiques.

[4] J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 54.

[5] *Ibid.*, p. 153.

[6] G. LEDIT, « Un quinquennat de politique numérique », Place de la toile, France culture, 14 janv. 2012.

expression du Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé[1], et il faut croire qu'ils le demeureront longtemps[2]. Puisque, dans le même temps, l'appui des autorités spécialisées en tant que sources matérielles s'avère insuffisant, il paraîtrait normal que celles-ci, jouissant d'un véritable « magistère technoscientifique sur le pouvoir »[3], deviennent des sources formelles de première importance.

Seulement une question demeure-t-elle en suspens : si les élus ne disposent pas des connaissances suffisantes pour concevoir efficacement les normes constitutives des branches spéciales du droit et si leurs choix sont souvent dictés par des considérations « politiciennes » et partisanes, sont-ils en mesure de choisir légitimement les membres des autorités étatiques *ad hoc*, loin de toutes considérations autres que relatives aux compétences techniques et scientifiques[4] ? Ne faudrait-il pas que les experts soient choisis par des experts, ce qui aboutirait à une insoluble *regressio infinitum*[5] ? Il paraît difficile d'éviter tout à la fois la dérive technocratique et les nominations politiques ou de complaisance.

---

[1] J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*, p. 5.

[2] En 2014, un observateur remarquait de même combien « le problème est que le personnel politique n'a aucune conscience des problématiques et des enjeux liés à l'internet » (P. BELLANGER, *op. cit.*).

[3] A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 224.

[4] Aussi considère-t-on que la qualité d'une norme ou d'une personnalité sous l'angle scientifique ou technique serait une donnée subjective et toujours contestable, à moins d'être décidée par le truchement du suffrage populaire (J. HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »* (1973), trad. J.-R. Ladmiral, Gallimard, coll. Tel, 1990).

[5] Certes, les dispositions juridiques pertinentes prévoient que les membres de ces structures atypiques doivent être choisis sur la base de leur compétence, voire de leur « haut degré de compétence ». Elles n'en échouent pas moins à mettre en place un système de sélection objectif ou consensuel dès lors que le juge ne saurait opérer qu'un contrôle restreint de la qualification juridique des faits ayant conduit à ces nominations. Pour pallier cette difficulté, un mode de sélection original s'est progressivement généralisé. Il consiste à faire nommer par une autorité publique des personnalités désignées par d'autres et notamment par les principales institutions scientifiques, économiques ou sociales. Un tel système renforce cependant l'opacité des procédures réelles de sélection des candidats en même temps que les réticences du juge à évaluer lui-même la qualité de ces derniers, de sorte qu'il soit à craindre que la capacité à représenter un groupe social soit privilégiée au détriment de l'expertise technique ou scientifique. Le contentieux des nominations au sein des autorités administratives indépendantes est, dans tous les cas,

Toujours est-il qu'il semble aussi permis de caractériser positivement la légitimité et l'efficacité des interventions normatives des autorités spécialisées, donc de justifier positivement un renouvellement des sources étatiques du droit qui aboutirait à un recul des sources « politiques » et à une avancée des sources « technocratiques ».

II. ***Une légitimité et une efficacité caractérisées positivement : par la preuve de la compétence des autorités et de leurs membres.*** **–** La compétence des membres des autorités *ad hoc* paraît réelle et les louanges adressées au droit qu'ils édictent ne manquent pas[1]. Eux seuls seraient en mesure d'établir une « règlementation spécialisée »[2]. On souligne combien leur droit présenterait les qualités d'adaptabilité et de réactivité éminemment nécessaires dans une sphère telle que celle du droit de la communication par internet. Le droit établi par les institutions *ad hoc* est décrit comme « performant » et « bien accepté » par ses destinataires[3], alors que la légitimité des normes étatiques paraît de plus en plus dépendre de leur contenu et de moins en moins de leur contenant. Et un auteur de conclure :

> *L'autorité et l'unilatéralité ne sont plus passivement acceptées par des destinataires qui cèdent aujourd'hui plus volontiers à des prescriptions proposées et négociées par des « sachants ». On s'éloigne d'une adhésion « de principe » à des normes étatiques classiques auréolées de vérité, raison et justice pour se rapprocher d'une adhésion « acquise » à des normes étatiques*

---

quasi-inexistant, situation dont il est difficile de déterminer si elle s'explique par le fait que les procédures de nomination apparaissent comme particulièrement satisfaisantes aux yeux des acteurs concernés ou bien par le fait que ces derniers ne se font guère d'illusions quant à leur capacité à faire invalider ces nominations au moyen d'un recours administratif ou d'un recours juridictionnel.

[1] Par exemple, R. CASTEL, *op. cit.*, p. 177 s. Rares sont ceux qui les dénoncent comme étant « le dernier avatar du technocratisme, de cette pensée délétère selon laquelle les sachants doivent par ce fait même détenir le pouvoir » (J.-Ph. FELDMAN, *op. cit.*, p. 2852).

[2] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 63.

[3] A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 62. Par exemple, lorsque l'ART a été créée, il s'agissait d' « associer les professionnels à la définition de règles de comportement dans des matières techniques qui supposent, pour être crédibles, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques » (B. LASSERE, « L'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA* 1997, p. 224). Un tel enjeu existe à plus forte raison dans le milieu de la communication par internet.

> *nouvelles auréolées d'expertise, de souplesse et d'adaptabilité. Ici résiderait l'avènement d'un droit « postmoderne » ou, à tout le moins, une adaptation de la technique juridique à la crise générale d'autorité que traversent nos pouvoirs publics. La norme opère par « persuasion », non par « autoritarisme ». Sa légitimité « se gagne ».*[1]

Pour terminer, il faut rappeler que les juges souffrent des mêmes difficultés que les parlementaires[2] ; ces difficultés rendent laborieuse leur création du droit autant que leur application du droit, si bien qu'il faut à nouveau s'étonner d'observer un droit de la communication par internet dans lequel, pour ce qui est des sources étatiques « non politiques », les sources prétoriennes jouent un rôle nettement plus important que les sources spécialisées. C'est là tout le paradoxe de ces sources étatiques « non politiques ». Un avocat général près la Cour de cassation reconnaît que « le droit s'essouffle à accompagner les avancées scientifiques et techniques »[3]. Il faut croire que le droit produit par les autorités spécialisées est mieux en mesure que la loi ou que la jurisprudence de vivre avec son temps et de suivre les rapides mouvements des technologies et des usages. En d'autres termes, au-delà de la compétence de ces autorités, le temps de leur droit n'est pas le même que le temps de la loi ou de la jurisprudence, si bien qu'elles sont moins gravement impactées par l'aspect temporel de l' « impasse des échelles ». Il n'est donc guère surprenant de voir des commentateurs en appeler à un « droit technique plus compétent et réactif que le droit ordinaire »[4].

---

[1] A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 66. Le cas de la CNIL est très illustratif. Son ancienne présidente, Isabelle Falque-Pierrotin, explique ainsi que la Commission met en place des « chantier de prospective », des « sortes de bureau de tendances », afin de « cerner les attentes, les nouveaux enjeux positifs et négatifs de l'évolution des technologies » (I. FALQUE-PIERROTIN, « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *op. cit.*, p. 5).

[2] Ainsi le magistrat Denis Salas relève-t-il combien « le fossé se creuse du fait d'un statut qui suppose d'être généraliste et de changer de fonction pour avancer dans la carrière alors que, par ailleurs, la spécialisation s'accroit sur le terrain » (D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », *op. cit.*, p. 865).

[3] M. DOMINGO, « Éditorial », *Lettre droit et justice* 2011, n° 37, p. 1 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 6).

[4] V. TROVATELLO, *op. cit.*, p. 341. Même les jusnaturalistes tiennent pareil discours : « La règle de droit naturel pour décider du droit est : "choisir la personne qui est la mieux placée, par ses connaissances en droit et en fait" » (A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 67).

À l'occasion d'une allocution prémonitoire prononcée en 1977 devant le Syndicat national de la magistrature, Michel Foucault détaillait sa conception de ce qu'il désignait comme des « organismes nouveaux appelés à se développer dans la perspective de règlements d'un nouveau type »[1]. Il confiait : « C'est à l'intérieur du système de l'information que les fonctions prises par ces organismes trouveront leur place »[2]. Ce propos aurait pu être doué de prescience tant il serait effectivement légitime que les autorités spécialisées occupent un rôle-cadre dans le droit de l'information. Pourtant, l'étude du droit de la communication par internet tend à infirmer l'hypothèse du philosophe[3].

Peut-être ne faut-il pas regretter outre mesure cette situation, ce quasi non-renouvellement des sources étatiques dont le droit de la communication par internet témoigne. En effet, il importe d'insister également sur les réserves que, par ailleurs, un droit produit par des autorités spécialisées suscite, réserves qui, peut-être, justifient dans l'esprit des pouvoirs publics les réticences à encourager plus avant ce droit. Lesdites autorités ne sont pas les moins originales ni même les moins iconoclastes des sources du droit. Si elles venaient à prospérer, elles impliqueraient un réel renouvellement des sources du droit en premier lieu en ce qu'elles tendraient à détacher le droit de la démocratie et de la séparation des pouvoirs, donc, pour une part, de l'État de droit. Aussi semble-t-il nécessaire de ne pas plaider aveuglément en faveur du droit d'origine étatique spécialisée ; celui-ci, s'il paraît pertinent à certains égards, peut également se révéler redoutable ou aventureux à d'autres égards.

[1] M. FOUCAULT, « Michel Foucault à Goutelas : la redéfinition du judiciable », *Justice* 1980, n° 115, p. 36 (cité par N. ISRAEL, « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », [en ligne] <cahiers-ed.org>, 2004, p. 61).

[2] *Ibid.* (cité par N. ISRAEL, *loc. cit.*, p. 61).

[3] En revanche, cette hypothèse se vérifie davantage en droit de la communication audiovisuelle en raison du grand nombre de règles de droit produites par le CSA.

B. L'action normative actuellement périlleuse des autorités *ad hoc*

Des auteurs ont déjà souvent mis en avant combien les autorités *ad hoc* sont utiles à la confection d'un « droit spécial et complexe »[1] et combien, « dans les secteurs régulés où les opérateurs sont tous privés, une autorité indépendante reste le meilleur moyen de faire accepter la contrainte normative exercée sur eux »[2]. Pourtant, l'implication du CSA, de la CNIL ou encore de l'ARCEP dans la construction du droit de la communication par internet est maigre[3], tandis que la HADOPI et l'ARJEL, dont les « cibles d'intervention » sont « extrêmement étroites »[4], ne créent guère de normes générales et impersonnelles. La production juridique des institutions étatiques spécialisées semble pâtir de prérogatives drastiquement limitées par le législateur et, de ce fait, insuffisantes car incomplètes. Les compétences des autorités spécialisées, tant en termes de production de règles de droit que relativement à la communication par internet, sont trop morcelées pour qu'un véritable droit d'essence étatique spécialisée puisse s'affirmer[5]. Une volonté politique se cacherait ainsi derrière le

[1] Ph. AMBLARD, *op. cit.*, p. 75.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610.

[3] Le CSA, en particulier, a vu la loi du 21 juin 2004 (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*), en modifiant la loi du 30 septembre 1986, confirmer qu'il n'est pas compétent en matière de « communication au public en ligne » (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 3-1, al. 1er).

[4] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2328.

[5] La CNIL ne se préoccupe que de la problématique de la protection des données personnelles (par exemple, délibération n° 2005-285, 22 nov. 2005, *Portant recommandation sur la mise en œuvre par des particuliers de sites web diffusant ou collectant des données à caractère personnel dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle* ; délibération n° 01-057, 29 nov. 2001, *Portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence*), le CSA n'intervient qu'au sujet des contenus audiovisuels, l'action de l'ARJEL est cantonnée à la régulation du nouveau marché des jeux et paris par internet (L. n° 2010-476, 12 mai 2010, *Relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* ; D. n° 2011-752, 28 juin 2011, *Modifiant le décret n° 2010-481 du 12 mai 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des jeux en ligne*), tandis que la HADOPI a pour seul objet la prévention et la

renouvellement limité des sources étatiques du droit. Les titulaires des pouvoirs politiques verraient d'un mauvais œil le développement de la capacité normative des autorités spécialisées et refuseraient donc de placer celles-ci au cœur du « nouveau droit ». Par suite, de nombreux problèmes ne peuvent être pris en charge juridiquement par aucune institution étatique *ad hoc*[1]. C'est alors nécessairement aux sources « politiques » ou éventuellement aux sources juridictionnelles qu'il revient d'intervenir.

Si le droit issu des autorités spécialisées est ainsi très en retrait au sein des sources étatiques du droit de la communication par internet, cela s'explique peut-être par son incompatibilité avec les canons du droit moderne (1). Installer ces autorités au centre du jeu juridique, ce serait modifier nombre de paradigmes du droit moderne et, par suite, passer du droit moderne au droit « postmoderne », un droit « postmoderne » peut-être trop incertain pour mériter que l'on s'y risque sans prendre de grandes précautions. Pour cette raison et pour d'autres, l'intention d'édifier une autorité étatique *ad hoc* chargée de se consacrer uniquement mais entièrement à l'internet et aux activités immatérielles paraît devoir demeurer longtemps à l'état de projet, malgré les insuffisances des autorités existantes (2). Il serait donc illusoire de s'attendre à un prochain renouvellement des sources du droit coïncidant avec un essor des institutions spécialisées.

1. L'épreuve des canons du droit étatique

Le droit produit par les autorités spécialisées interroge sous plusieurs angles qui, éventuellement, pourraient conduire, plutôt qu'à le dénoncer, à se réjouir du

répression des contrefaçons commises au moyen des technologies de téléchargement — type de contrefaçons qui ne correspond qu'à une partie aujourd'hui très minoritaire des contrefaçons commises au moyen de l'internet.

[1] Par exemple, les conditions d'utilisation des données personnelles, qui jouent un rôle déterminant au sein du jeu concurrentiel, se situent aujourd'hui dans l'un des nombreux angles morts de l'activité des AAI, puisque l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier le respect de la législation sur les données personnelles et que la CNIL n'a pas à se situer sur un terrain économique.

fait que ce droit n'occupe qu'une place très secondaire parmi l'ensemble du droit de la communication par internet d'origine étatique. En premier lieu, cette forme de droit étatique met à mal la *sécurité juridique*. Les actes normatifs édictés par les autorités spécialisées ne sont souvent accessibles qu'aux seuls spécialistes ; ce sont *des textes écrits par des spécialistes à destination d'autres spécialistes*[1]. Pourtant, les destinataires des normes en cause peuvent être tous les internautes autant que des professionnels de la communication par internet. De plus, outre le problème de la clarté et de l'intelligibilité de ces règles, celles-ci répondent difficilement à l'exigence de stabilité devant prévenir toute imprévisibilité. L'une des spécificités des autorités *ad hoc* réside en effet dans les certaines souplesse et adaptabilité qu'elles assurent. Tout cela n'est pas anodin tant la sécurité juridique est peut-être un « fondement de l'État de droit »[2]. Cependant, il est loin d'être avéré que la loi puisse, dans le domaine du droit de la communication par internet, mieux préserver la sécurité juridique que les actes normatifs des autorités spécialisées. Les normes d'origine législative sont peut-être plus imprécises et ambiguës que les normes provenant des institutions étatiques *ad hoc*[3].

Ce sont davantage la démocratie (I) et la séparation des pouvoirs (II), autres principes-cadres de l'État de droit et de l'État républicain, qu'un renouvellement des sources du droit faisant la part belle aux autorités spécialisées tendrait à malmener.

---

[1] Ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans son rapport public pour l'année 2006, la sécurité juridique implique « que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable » (EDCE 2006, *op. cit.*). Et le Conseil d'État d'ajouter que, « pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles » (*ibid.*).

[2] *Ibid.*

[3] Dans un texte écrit en 1958, Jean Carbonnier décrivait un paysage législatif dans lequel se trouvaient « des lois innombrables, et qui changent vite, souvent incohérentes, rarement bien rédigées » (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 184). Il faut gager que l'illustre professeur n'aurait peut-être pas décrit autrement les lois visant les activités internetiques et que, globalement, la situation, depuis 1958, ne s'est guère améliorée sous cet angle, remettant toujours plus en cause la sécurité juridique.

I. ***Un droit sans la démocratie.*** **–** Par définition, les autorités spécialisées ne sont que très peu politiques et démocratiques : elles ne revêtent d'aspects politique et démocratique qu'à travers le fait que la loi les crée et à travers le fait que ce sont, quoique non systématiquement, des personnalités politiques occupant leurs fonctions en vertu du suffrage universel qui nomment leurs membres[1]. Il semble donc bien s'agir, à l'instar des sources juridictionnelles, de sources étatiques « non politiques ». De plus, l'indépendance et l'autonomie attendues de ces autorités s'opposent à la souveraineté populaire. Et la compétence ne saurait justifier d'occuper une fonction de source du droit car cette qualité serait excessivement subjective et discutable, là où les résultats d'une élection sont normalement incontestables[2]. Partant, « quoi qu'il en soit du savoir, de la compétence et de la "bonne foi" des sages et des techniciens, le droit de décider leur échappe par principe »[3]. La démocratie serait ainsi un obstacle aux capacités normatives des autorités spécialisées[4]. Toutefois, Joseph Barthélemy estimait que « le principe démocratique doit seulement être compris comme un idéal rationnel à tempérer par des considérations d'ordre pratique »[5]. Or, dans une matière telle

[1] *Cf.* M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA* 2005, p. 530 s.

[2] On considère ainsi que « la compétence ne peut autoriser à occuper une autre fonction que celle de conseiller » (J.-P. SIMÉON, « La démocratie selon Rousseau », in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le Seuil, coll. Points politique, 1977, p. 115).

[3] *Ibid.*

[4] On explique que « tout ce que la compétence peut, c'est éclairer les diverses options, les "chiffrer" en quelque sorte. C'est alors que commence le problème proprement politique, qui est de savoir *ce que le peuple veut* » (*ibid.* (souligné dans le texte original)). Seulement est-il contestable que, dans des disciplines techniques, le peuple ait une volonté ou, du moins, une volonté claire. Surtout, au moment de l'élection, ces matières spécifiques sont absentes du débat comme du choix de l'électeur, si bien que la légitimité de l'élu à les encadrer par ses normes peut être mise en doute, même s'il jouit d'un mandat général.

[5] Cité par P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale – Cours au Collège de France (6/10) », L'Éloge du savoir, France culture, 30 avr. 2013. Professeur de droit, Joseph Barthélemy a été ministre de la justice de l'État français entre 1941 et 1943.

que la communication par internet, peut-être nombre de considérations d'ordre pratique invitent-elles à tempérer le principe démocratique[1].

Éventuellement est-ce chez Cicéron qu'il faut rechercher la position la plus pragmatique. En effet, l'illustre consul considérait qu'un régime mixte mêlant l'aristocratie et la démocratie (ainsi que la monarchie) vaudrait toujours mieux qu'un seul de ces régimes mis en œuvre de façon totalitaire à l'exclusion des autres[2]. Si la part du droit du cyberespace produite par les autorités spécialisées venait à croitre considérablement pendant que celle des sources « politiques » diminuerait, il faut gager que ce ne serait pas forcément là le signe de la fin de l'État de droit ni de la République[3]. Il n'est donc pas certain que la « montée en

[1] D'aucuns défenseurs des autorités « technocratiques » considéreront dépassée la vision exposée par un commentateur de l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau : « On pourrait dire que l'exigence démocratique, que l'essence démocratique de toute vie politique d'un corps social tel que le pense Rousseau consiste à disposer de manière inaliénable du droit de mal se gouverner soi-même. "Nous réclamons le droit de mal nous gouverner nous-mêmes", disait un des membres de la conférence de Bandoeng. C'est atteindre l'essence ultime de la démocratie et, selon nous, de la dimension politique elle-même. Cela implique certes le risque de commettre des erreurs que la compétence aurait — peut-être — évitées. Mais le propre de l'existence politique est d'assumer ce risque ; bien plus : elle est ce risque même en tant que sans cesse côtoyé et affronté. Prétendre renoncer à faire appel à l'avis de la majorité sous prétexte de conjurer ce risque revient à quitter le lieu propre du politique. Nulle réussite "technique", nulle prospérité ne peut compenser un semblable amoindrissement de l'existence » (J.-P. SIMÉON, *op. cit.*, p. 116-117). Et Rousseau d'écrire : « En tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher ? » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 12). Le choix entre démocratie et compétence, puisque souvent l'une n'irait pas avec l'autre, semble être affaire d'idéologie et non de vérité. Mais plus les questions auxquelles doivent répondre les représentants du peuple se complexifient, plus il semble que la compétence doive peut-être l'emporter sur la légitimité démocratique, laquelle, au XXI^e^ s. et tout particulièrement dans le cyberespace, est largement mise en doute. *Cf.*, notamment, M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002.

[2] CICÉRON, *De re publica*, Les Belles Lettres, 1980 (cité par J.-P. CORIAT, « Cicéron Marcus Tullius Cicero », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *op. cit.*, p. 93).

[3] Jean-Jacques Rousseau lui-même convenait que, « à prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé de véritable démocratie, et il n'en existera jamais » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 4), et que, « s'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement, [mais] un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes » (*ibid.*).

puissance des instances de régulation non élues »[1], pour ce qui est du droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication en tout cas, puisse être dénoncée en raison de la « régression démocratique »[2] qu'elle impliquerait[3].

Si les autorités administratives indépendantes venaient à dominer la production étatique du droit — ce qui demeure, pour l'heure, loin d'être le cas —, la révolution serait assez radicale à l'aune des canons du droit moderne. Notamment, « le citoyen se trouve[rait] dessaisi de ses responsabilités politiques, si bien qu'on [pourrait] légitimement se demander si l'État ne connaît[rait] pas des administrés plus que des citoyens et si, en fin de compte, il ne [serait] pas en train de sortir du politique »[4]. Mais faudrait-il pour autant engager incontinent une contre-révolution ? Plaider en faveur d'un « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la "qualité des normes" » apparaît de moins en moins iconoclaste[5]. De plus en plus nombreux sont ceux qui relèvent la dissociation qui

---

[1] P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale – Cours au Collège de France (1/10) », L'Éloge du savoir, France culture, 9 avr. 2013.

[2] Réf. à A.-G. SLAMA, *La régression démocratique*, Fayard, 1995.

[3] Et il n'est pas certain que la réalisation de la vision de Tocqueville d'une « souveraineté du peuple conduite par un despote administratif » (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 147) doive être absolument combattue. *Cf.*, plus généralement, D. BORILLO, dir., *Science et démocratie*, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Les publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg, 1993.

[4] P. KAHN, *op. cit.*, p. 60.

[5] On explique notamment que « la logique de l'implication sur la base de l'intérêt ou de la compétence vient directement répondre à certaines critiques de la démocratie représentative. Il s'agit de permettre l'élaboration de normes plus conformes au critère d'efficacité, et parfois d'une qualité formelle supérieure. Le "bon gouvernement" n'est alors plus envisagé comme fondé sur le principe de représentation mais sur la participation d'acteurs sélectionnés pour leurs caractéristiques, leurs compétences ou leurs qualités au regard de l'objet des politiques publiques. La légitimité de la norme n'est pas ancrée dans l'expression politique de citoyens universels, par le biais de la représentation, mais dans un processus d'élaboration ou de coproduction de la norme faisant intervenir des acteurs socio-économiques pour leurs qualités » (N. DOMPNIER, « Le renoncement à la légitimité démocratique au nom de la "qualité des normes" ? », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 92).

existerait, au sein des institutions publiques, entre représentation et compétence et qui entendent mettre l'accent sur la compétence au détriment de la représentation[1]. Ils poussent ainsi pour un renouvellement des sources étatiques allant dans le sens d'un remplacement des sources « politiques » par des sources « technocratiques » ou, du moins, de plus d'équilibre entre les unes et les autres — ce que traduirait le concept émergent de « démocratie technique »[2].

Si les AAI sont à la fois « le symptôme et le remède d'un État en crise »[3], elles sont peut-être plus précisément le symptôme et le remède d'une démocratie « en crise ». En raison de la grande place qu'occupent les sources privées dans la construction du droit de la communication par internet, celui-ci souffre de toute manière d'un grand déficit démocratique. Si elles ne peuvent pas contrer ce dernier, les autorités spécialisées pourraient au moins permettre de diminuer le déficit étatique de ce droit. Pour l'heure, la « mise en péril de la souveraineté de la nation par le droit de l'internet »[4] est davantage à imputer aux sources privées qu'aux sources étatiques spécialisées, eu égard à la faible participation de ces dernières à la production dudit droit.

En revanche, il semble plus difficile de comprendre, d'accepter et de justifier l'atteinte que portent les autorités étatiques spécialisées à la séparation des pouvoirs.

---

[1] Au début des années 1930, des auteurs écrivaient que « nées sous le signe idéologique et philosophique, les institutions de droit public se transforment en problèmes techniques » (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, G. SCELLE, *L'Union européenne*, Delagrave, 1931, p. 30 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 263)). Cela ne semble pas très éloigné de l'ordre logique des choses. Aujourd'hui, certainement les parlementaires redoutent-ils le développement des pouvoirs des autorités étatiques *ad hoc*, concomitant à un recul de leurs prérogatives, mais ces craintes ne sont pas nécessairement justifiées par une méfiance en termes de qualité des normes (P. GÉLARD, *Les autorités administratives indépendantes*, rapport au Sénat n° 404, La documentation française, 2006).

[2] *Cf.* Y. BARTHE, M. CALLON, P. LASCOUMES, *Agir dans un monde incertain – Essai sur la démocratie technique*, Le Seuil, 2001.

[3] P. GÉLARD, *loc. cit.*, p. 21.

[4] M.-Ch. ROQUES-BONNET, *op. cit.*, p. 334.

II. ***Un droit sans la séparation des pouvoirs.*** **–** Après les enjeux attachés à la démocratie, ce sont donc les enjeux attachés à la séparation des pouvoirs qui paraissent malmener la légitimité du droit produit par les sources étatiques spécialisées. Bien que dans des mesures variables et dans des cadres plus ou moins rigoureusement arrêtés par les lois qui les instituent[1], les institutions *ad hoc*, notamment celles qui interviennent en matière de droit de la communication par internet, jouissent à la fois de prérogatives « législatives », de prérogatives « exécutives » et de prérogatives « judiciaires ». Un même organisme peut surveiller un secteur, poser des règles pour encadrer les activités des acteurs concernés, faire appliquer individuellement ces règles et sanctionner les éventuels contrevenants. Plus que l'atteinte à l'idéal démocratique, cette atteinte à la séparation des pouvoirs — l'une n'étant d'ailleurs pas sans rapport avec l'autre[2] — mettrait à mal l'État de droit[3]. La controverse a été vive et beaucoup de professeurs ont noté combien jamais des institutions républicaines n'avaient de la sorte violé un principe phare de l'État de droit[4] — ce qui n'a pourtant le

[1] *Cf.* J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, p. 896 s.

[2] É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 94.

[3] Le principe de séparation des pouvoirs, qui désigne une séparation effective de différents organes indépendants et jouissant de « degrés différents de puissance formelle » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 114) — ce qui conduit à une hiérarchie des organes —, est un principe fondamental de la Constitution politique de l'État, comme l'indique l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon lequel « toute société dans laquelle […] la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de Constitution ». *Cf.* MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. XI, chap. 4 et 6. Également, Ch. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 165 s. ; J.-Ph. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme », *RFD const.* 2010, n° 83.

[4] Cela fait longtemps que plus personne n'ose soutenir, avec Jean Bodin, que l'indivisibilité de la souveraineté impliquerait que le pouvoir appartienne à un seul organe et même à une seule personne, « comme il doit y avoir un seul commandant dans un navire » (J. BODIN, *op. cit.*, L. I, chap. 8), et que les États qui connaissent la séparation des pouvoirs ne serait pas viables (*ibid.*, L. II, chap. 1). L'intérêt politique résidant en la séparation des pouvoirs n'est plus à démontrer — éviter l'arbitraire et prévenir le despotisme — et il est délicat de se contenter de constater que celle-ci serait désormais « dépassée » à l'ère de la régulation (J.-L. AUTIN, *Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public*, th., Université

plus souvent pas amené le Conseil constitutionnel à censurer la confusion des pouvoirs accordée à ces institutions[1].

---

de Montpellier, 1995), que les autorités *ad hoc* et le « droit de la régulation » perdraient toute raison d'être si ces autorités ne concentraient pas les pouvoirs (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610). « Puisque l'objectif de régulation est ce qui fonde les pouvoirs, écrit-on, si ceux-ci sont tous nécessaires pour la réalisation de l'objectif, cela suffit à fonder la détention qu'en a l'autorité » (*ibid.*). De même, le Professeur Jacques Chevallier convient que « le rôle [des AAI] est d'encadrer le développement du secteur dont elles ont la charge, en fixant des règles du jeu et en arbitrant entre les intérêts en présence ; et cette fonction justifie le cumul à leur profit de pouvoirs juridiques habituellement dissociés (réglementation, décision, contrôle, sanction) » (J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Dr. et société* 2001, p. 840). Également, M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », in M.-A. FRISON-ROCHE, dir., *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po-Dalloz, coll. Droit et économie de la régulation, 2004. Sur cette controverse, par exemple, J.-L. AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP* 1988, p. 1213 s. ; M. POCHARD, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001, p. 106 s. ; T. TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *AJDA* 2001, p. 135 s. ; E. DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du CSA », *LPA* 15 mars 2005, p. 5 s. ; C. GAVALDA, « Les sanctions applicables par le CSA », *LPA* 17 janv. 1990, p. 72 s. ; C. TEITGEN-COLLY, « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », *LPA* 17 janv. 1990, p. 40 s. ; I. LUBEN, « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA* 2001, p. 121 s. ; P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger – Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA* 2004, p. 1060 s. ; D. COSTA, « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005 », *RFDA* 2005, p. 1174 s.

[1] Le Conseil constitutionnel a cependant accepté que les autorités administratives en cause disposent, quoique de façon relativement bornée, des pouvoirs règlementaire, de résolution des litiges et de sanction. Peut-être faut-il voir en cela ni plus ni moins qu'une reconnaissance de l'utilité de telles instances spécialisées dans certains domaines particuliers. Contre toute attente, l' « hybridité difficilement conciliable avec les exigences constitutionnelles » de ces instances atypiques n'a pas fait obstacle à leur validation constitutionnelle (C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP* 1990, p. 211). Quant au pouvoir de sanction des AAI, le Conseil constitutionnel a précisé que celui-ci n'est acceptable qu'à condition que, « d'une part, la sanction susceptible d'être infligée soit exclusive de toute privation de liberté » et que, « d'autre part, l'exercice du pouvoir de sanction soit assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnels garantis » (Cons. const., déc. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; également, Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*).

L'absence de séparation des pouvoirs concernant des instances qui ne produisent que très peu des normes constitutives d'une branche du droit donnée n'est pas alarmante, mais elle le deviendrait peut-être si ces instances commençaient à réellement concurrencer le législateur. Cependant, on observe que « les acteurs concernés par l'action des AAI sont plus intéressés par les garanties de compétence technique qu'elles offrent que par la séparation des pouvoirs »[1]. Le fait que les autorités administratives indépendantes soient de « petits États sectoriels »[2] ou des « quasi-Léviathan »[3] ne serait donc pas ce qui préoccuperait au premier chef les destinataires de leurs normes et, plus largement, de leur régulation[4]. La compétence et la respectabilité qui s'attachent aux interventions de ces autorités pourraient dès lors l'emporter sur le principe de séparation des pouvoirs autant que sur la démocratie.

Toujours est-il que, quelles qu'en soient les explications — et qu'il faille s'en féliciter ou non —, les autorités spécialisées ne sont que des sources secondaires du droit de la communication par internet, si bien que leur apport à un éventuel renouvellement des sources du droit apparaît bien modeste. Il convient, enfin, d'interroger plus précisément les limites des interventions normatives des autorités spécialisées dont la communication par internet intègre le champ des compétences. Ces limites semblent confirmer les difficultés à procéder à un renouvellement des sources étatiques du droit y compris lorsque les objets à régir appellent fortement un tel renouvellement. Par suite, pourra être

[1] A. PEZARD, *op. cit.*, p. 124.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », t. II, Office parlementaire d'évaluation de la législation, n° 3166, 15 juin 2006 (cité par A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 67).

[3] *Ibid.* (cité par A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 67).

[4] À une autre échelle, on remarque un « recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs » (A. SUPIOT, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 224). En somme, une séparation des pouvoirs laisserait la place à une autre : la séparation organique-fonctionnelle des pouvoirs s'effacerait au profit d'une concentration organique-fonctionnelle des pouvoirs, mais se déploierait en même temps une division organique-matérielle du pouvoir, les institutions étatiques étant de plus en plus spécialisées, loin de toute compétence générale. *Cf.*, notamment, O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 47 s.

posée, sous un angle plus prospectif, cette ultime question : serait-il opportun et serait-il possible de confier le droit de la communication par internet à une autorité unique de régulation ?

2. L'absence d'autorité spécialisée unique

L'action normative des autorités spécialisées est périlleuse parce qu'il est difficile aux actes normatifs émanant de ces institutions de ne pas souffrir des mêmes faiblesses que les lois sous la parenté desquelles elles se situent (I). Néanmoins, leurs insuffisances semblent surtout devoir être imputées au fait que le législateur n'a pas souhaité accompagner la convergence des médias, au centre de laquelle l'internet et le web se trouvent, d'une convergence concomitante des autorités de régulation des médias (II). À nouveau, la question d'un renouvellement des sources se pose de manière pressante et pourtant les pouvoirs publics n'y répondent guère. C'est pourquoi il est tentant de considérer que les limites des sources étatiques spécialisées seraient davantage voulues que subies. L'arrivée de l'internet et du web dans le paysage des médias et de la communication invite à évoluer *d'une régulation plurielle et sectorielle vers une régulation unitaire et centralisée* (III). Quelques propositions ont d'ailleurs déjà été formulées dans le sens, si ce n'est d'une fusion des diverses institutions étatiques spécialisées, du moins d'un rapprochement de ces institutions et de la modification de leurs attributions respectives, souvent au profit du CSA (IV). Mais il est peu probable que de tels changements adviennent au cours des prochains temps, si bien que le divorce entre autorités *ad hoc* et droit de la communication par internet serait voué à perdurer.

Il semble exister une forme d' « effet cliquet » rendant assez irréaliste l'intention de supprimer certaines autorités ou, moins radicalement, celle de les réunir au sein d'instances aux compétences plus globales. Or on ne peut renouveler des sources du droit sans détruire certaines sources du droit. Cet « effet cliquet » serait ainsi un frein important au renouvellement des sources étatiques et peut-être même au renouvellement des sources publiques en général. Le droit de la communication par internet devrait donc continuer à être peu

impacté par les interventions normatives des autorités spécialisées et, par suite, à être peu significatif d'un renouvellement des sources du droit induit par l'essor de telles institutions originales. Le « droit de demain » ne paraît pas pouvoir être façonné dans une mesure importante par des sources étatiques spécialisées, quel que soit le besoin de telles sources « technocratiques ».

I. ***Les conséquences des origines législatives des autorités de régulation des médias.*** **–** Si le droit créé par les autorités spécialisées souffre moins que la loi du problème du « temps du droit », car il est plus souple et donc réactif et adaptable, il éprouve en revanche autant qu'elle les conséquences des différences d'échelles spatiales entre activités de multinationales de l'internet déterritorialisées et champ d'application du droit territorialisé. Aussi va-t-on jusqu'à juger le débat afférent aux AAI dépassé et vain dès lors que national[1]. L'effectivité des interventions de ces autorités[2] interpelle comme interpelle l'effectivité de la loi. Les institutions étatiques spécialisées étant créées par la loi, elles échappent en partie mais non totalement au discrédit qui frappe l'instrument législatif dans l'esprit de beaucoup d'internautes. Ainsi la HADOPI souffre-t-elle du rejet

[1] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 97.

[2] Par exemple, depuis 2007, l'ARCEP demande à l'entreprise Skype de faire auprès d'elle la déclaration à laquelle elle est, selon l'Autorité, tenue, en vertu de l'article L. 33-1 du Code des postes et des communications électroniques, dès lors qu'elle fournit au public français un service de communications électroniques. Or Skype, sans autre forme de procès, refuse de se conformer à cette exigence. L'ARCEP a porté plainte auprès du procureur de la République et une enquête préliminaire a été ouverte en mars 2014. Skype fournit un service de « voix sur IP », c'est-à-dire que la communication téléphonique est traitée comme un échange de données sur internet au lieu de passer par la réservation d'une ligne comme dans la téléphonie classique. La société Skype soutient qu'elle serait un simple service en ligne et qu'elle ne serait donc pas soumise à cette obligation de déclaration. Au-delà de cette obligation, l'ARCEP cherche vainement à appliquer à Skype l'ensemble du régime des opérateurs de télécommunications intervenant sur le territoire français, ce qui implique notamment l'acheminement des appels d'urgence, la mise en œuvre des moyens nécessaires à la réalisation des interceptions judiciaires et le paiement de la contribution au service public universel.

suscité par la loi qui l'a instituée[1]. Ce n'est que le temps qui peut faire oublier, progressivement, qu'une loi se cache derrière l'institution.

Ensuite, les autorités spécialisées ne disposent toujours que des compétences que le législateur et, éventuellement, le Conseil constitutionnel ont daigné leur accorder. Or, en matière de droit de la communication par internet, ces autorités n'ont jamais paru constituer des priorités pour le Parlement. Cette branche du droit permettrait ainsi de vérifier que, sous l'angle de la production juridique, la fonction première des autorités *ad hoc* ne serait « pas de faire la législation ni de faire la réglementation mais de réguler, [c'est-à-dire de] prendre des décisions au quotidien, le plus souvent des décisions individuelles avec un fort contenu économique »[2]. Aussi serait-ce presque par nature que ces organes ne pourraient contribuer au renouvellement des sources du droit[3].

---

[1] Mais les difficultés de la HADOPI trouvent aussi d'autres causes. En 2010, l'autorité relevait elle-même les grandes limites de son action, notamment le déplacement de l'activité des internautes du pair-à-pair vers le *streaming*, alors qu'elle ne se préoccupe que du premier (HADOPI, « Rapport d'activité 2010 », [en ligne] <hadopi.fr>, sept. 2011, p. 8). Son bilan ne paraît guère plus satisfaisant que celui qu'a laissé l'Autorité de régulation des mesures techniques que la loi DADVSI et un décret subséquent avaient instituée (L. n° 2006-961, 1er août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* ; D. n° 2007-510, 4 avr. 2007, *Relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée par l'article L. 331-17 du code de la propriété intellectuelle*). L'ARMT était chargée d'opérer la difficile conciliation entre les mesures techniques de protection et certaines exceptions au droit d'auteur dont l'exercice doit être garanti, notamment l'exception de copie privée. Cette autorité ne disposait d'aucun pouvoir normatif, si ce n'est celui de fixer le nombre minimal de copies privées autorisées.

[2] P.-A. JEANNENNEY, « Le rôle de l'ART dans la régulation de l'Internet », *Légipresse* 2001, p. 53.

[3] Pourtant, dans les domaines de l'audiovisuel et des réseaux de communications électroniques, lesdits organes font dans une mesure importante la « loi ». Si la mission première des AAI n'est pas de créer du droit mais de donner des avis, de procéder à des contrôles et de prononcer des sanctions, cela semble vérifié en droit de la communication par internet beaucoup mieux qu'en droit de la communication audiovisuelle ou qu'en droit des réseaux de communications électroniques (C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 9). Pour ne prendre qu'un exemple, la HADOPI, outre le volet répressif de son action bien connu, est chargée, au titre de sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale prévue aux articles L. 331-13 et L. 331-23 du Code de la propriété intellectuelle, d'attribuer un label (le label « PUR ») permettant aux internautes d'identifier clairement le caractère légal des offres en ligne portant sur des œuvres et objets protégés par un droit de propriété intellectuelle. Ce label est accordé par l'autorité à l'issue d'une procédure encadrée par les dispositions des articles R. 331-47 et suivants du Code de la

Une autre limite de l'action des sources étatiques spécialisées, qui pourrait expliquer les réticences des pouvoirs publics à leur abandonner davantage le soin de confectionner le droit de la communication par internet, mérite d'être signalée : la distance qui les sépare des destinataires de leurs normes. Où revient la dénonciation du « technocratisme juridique »[1]. « *Publicus* s'adonne à la négation de *publicus* quand il prend la forme de la bureaucratie », explique-t-on[2] ; et les risques d'une « technocratie dévorante »[3] ou du déploiement d'un « droit technocrate indéchiffrable »[4], si ce n'est d'un « contre-droit »[5], sont mis en avant. C'est le problème de la simplicité et donc de l'accessibilité du droit qui se pose en particulier dès lors que des experts formulent ou même inspirent le droit[6]. Et cela serait d'autant plus problématique que l'idéal de l'expert indépendant et objectif deviendrait chaque jour un peu plus évanescent[1].

---

propriété intellectuelle. Dans ce cadre, elle crée quelques normes à portée individuelle mais aucune norme à portée générale. Parmi les quelques 200 délibérations de la HADOPI depuis 2010, la plupart concernent exclusivement l'attribution du label prévu par l'article L. 331-23 du Code de la propriété intellectuelle.

[1] En ce sens, dans son rapport public pour l'année 2001, le Conseil d'État soulignait combien l'action des autorités *ad hoc* serait antinomique de l'intention par ailleurs affichée par l'État de rapprocher l'administration et les administrés, car un recours excessif aux AAI renforcerait la centralisation (EDCE 2001, *op. cit.*, p. 376). Sur ce point, Max Weber, au début du XX^e^ s. déjà, décrivait : « À aucune autre époque, ni dans aucune autre contrée, on n'aura éprouvé à ce point combien l'existence sociale tout entière, sous ses aspects politiques, techniques, économiques, dépend inévitablement, totalement, d'une organisation de bureaucrates spécialisés et compétents. Les tâches majeures de la vie quotidienne sont entre les mains de bureaucrates qualifiés sur le plan technique et commercial, et surtout de fonctionnaires de l'État qualifiés sur le plan juridique » (M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1920), Pocket, coll. Agora, 1967, p. 10).

[2] R. DRAÏ, *op. cit.*, p. 115.

[3] S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, *op. cit.*, p. 139.

[4] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 22.

[5] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 200.

[6] L'État de droit serait ainsi fragilisé de ce point de vue également et le Professeur Michel Troper peut remarquer que, « avec l'État moderne, la technicité de la législation s'accentue, de sorte qu'il est impossible de prétendre aujourd'hui que tout citoyen, connaissant la loi qui lui est applicable, est en mesure d'apprécier les conséquences de ses actions » (M. TROPER, « Le concept d'État de droit » *Droits* 1992, n° 15, p. 61). Sur ce point, *cf.*, par exemple, J.-L. WARSMANN, « Simplifier le droit, une obligation pour le législateur », *Courrier juridique des finances et de l'industrie* juin 2008, p. 7 s.

Que ce soit pour ces motifs ou pour d'autres, le législateur n'a guère favorisé l'essor d'une véritable autorité *ad hoc* en charge des activités du cyberespace. Cela explique également la faible part de droit d'origine étatique spécialisée dans l'ensemble du droit de la communication par internet. Pour que cette branche du droit soit révélatrice d'un renouvellement des sources sous l'angle des institutions spécialisées, il aurait sans doute fallu que la convergence internetique des médias suscite une convergence internetique des autorités de régulation des médias.

II. ***La convergence des médias non suivie d'une convergence des autorités de régulation des médias.*** **–** Avant l'émergence de l'internet, il existait une parfaite superposition entre la forme d'expression, le moyen technique employé pour la transmettre, le régime juridique applicable et l'autorité de régulation associée[2].

---

[1] Prospèrerait l'idée selon laquelle « les raisonnements scientifiques ne sont pas exempts de jugements de valeur, qui agissent en secret, tels des "passagers clandestins" » (T. ALAM, « Le rôle de l'expertise scientifique sur les ESST dans le processus d'action publique », in L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, C. ROBERT, P. WARIN, dir., *op. cit.*, p. 86). « Le politique, décrit-on, se trouve dans les ambivalences de chaque arbitre, dans les dénis de chaque bureaucrate, dans les déchirements éthiques de chaque expert, partout où le droit se fait et se pense » (M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 52). Selon la « théorie de la capture », mise en évidence aux États-Unis, où l'expérience en la matière est plus longue qu'en Europe, les agences et administrations indépendantes seraient insensiblement et involontairement portées à intérioriser la rationalité du secteur qu'elles sont chargées d'encadrer et de réguler, de telle sorte qu'elles tendraient à faire leurs les intérêts défendus par les opérateurs dominants de ce secteur (J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 842). L'indépendance même qui leur est reconnue favoriserait cette collusion, en interdisant toute immixtion d'autres acteurs dans le processus décisionnel (*ibid.*). Finalement, le Professeur Denis Baranger peut conclure que, globalement, « les autorités *ad hoc* permettent de régler les petits problèmes mais pas les grands » (D. BARANGER, « Les fausses institutions », Le bien commun, France culture, 23 mai 2013).

[2] On distinguait ainsi la presse, diffusée sous la forme de journaux imprimés et régie par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; la communication téléphonique, assurée par les opérateurs de télécommunications et régie par le Code des postes et des télécommunications ; la communication audiovisuelle, transmise par radiodiffusion hertzienne, par câble ou par satellite et encadrée par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Des autorités particulières ont été instituées afin de prendre en charge, de façon très autonome, chacun de ces médias et mediums particuliers — mise à part la presse dont la liberté a, semble-t-il, justifié de ne jamais ériger nulle autorité administrative

La convergence des médias, c'est-à-dire des supports, des technologies, des services et des plateformes, permise par la numérisation des signaux et l'interconnexion des réseaux[1] pose la question de la pérennité de la segmentation des autorités étatiques spécialisées[2]. Le Conseil d'État ne manque pas de relever que « les activités des entreprises du numérique tendent à s'interpénétrer » et que cela « rend difficile la mise en œuvre de règlementations sectorielles »[3]. Notamment, le développement de la consommation par internet de contenus audiovisuels, spécialement de films et de séries, met en doute le grand écart existant entre le régime juridique de l'audiovisuel et celui de la communication au public en ligne : un même contenu peut être soumis à deux statuts très différents en fonction de son mode de diffusion[4]. Les activités immatérielles sont

---

chargée de la surveiller. Par ailleurs, le développement de l'informatique et des bases de données a, à la fin des années 1970, justifié l'instauration de la CNIL.

[1] F. BALLE, *op. cit.*, p. 222. L'internet est bien le vecteur premier de la convergence et d'aucuns peuvent expliquer qu' « Internet est l'illustration de la convergence puisque le support, le vecteur de diffusion de l'information, devient neutre et n'est plus dédié à un service d'une nature particulière » (D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 467). D'ailleurs, cette convergence est une donnée encore récente. Ainsi, en 2003, le rapporteur de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* à l'Assemblée nationale pouvait-il encore écrire qu' « Internet, c'est d'abord du texte ». Néanmoins, en 1997, la Commission européenne publiait déjà un livre vert intitulé « La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information ». La convergence y était définie comme la « capacité de différentes plateformes de transporter des services essentiellement similaires, soit le regroupement des équipements grand public comme le téléphone, la télévision et les ordinateurs personnels » (cité par F. BALLE, *op. cit.*, p. 223).

[2] B. RETAILLEAU, « Dix après, la régulation à l'ère du numérique », rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, n° 350, 27 juin 2007, p. 83. Par exemple, quant aux offres « triple play » ou « quadruple play », il est toujours possible de procéder à une application distributive des régimes juridiques, mais celle-ci complexifie les activités des professionnels autant que celles des particuliers.

[3] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 46. Le haut Conseil, dans le même sens, souligne que « de nombreuses règlementations sectorielles sont fragilisées par le numérique » (*ibid.*, p. 108).

[4] Dans un rapport consacré à la télévision connectée, il est souligné que celle-ci « fait cohabiter sur le même écran des services régulés par une autorité dédiée, le CSA, et des services issus d'internet pour lesquels le CSA n'est pas compétent. Cette cohabitation de services qui sont, dans les faits, tous

souvent dans une situation juridiquement complexe puisque soumises à plusieurs corps de règles, éventuellement hiérarchisés mais aussi éventuellement contradictoires, ce qui engendre de la confusion[1].

Que la convergence des médias ne s'accompagne guère d'une convergence des droits et que l'avènement du « terminal à tout faire »[2] ou « terminal universel »[3] ne soit pas suivi de l'avènement d'un « droit à tout faire » ou « droit universel » apparaît problématique[4]. Or, sur ce point, le recours aux autorités étatiques spécialisées ne semble guère pouvoir être, en l'état, d'un grand secours. Un renouvellement des sources étatiques aboutissant à conférer un rôle cardinal à des autorités spécialisées dont l'organisation n'aurait pas tiré les conséquences de la révolution de l'internet et du numérique ne saurait profiter véritablement au droit de la communication par internet. Le législateur a les cartes en mains ; et, jusqu'à présent, il n'a pas souhaité les rebattre.

---

concurrents pour l'accès à l'utilisateur final s'accompagne d'une différence de traitement qui peut avoir plusieurs types d'effets négatifs : elle peut affaiblir les acteurs les plus régulés qui font l'objet de restrictions plus importantes ; elle peut réduire l'efficacité de la réglementation, certaines règles n'étant *de facto* pas applicables ou pas appliquées, ne serait-ce que pour des motifs de territorialité » (M. ADNÈNE TROJETTE, « La télévision connectée », rapport remis au ministre de la culture et de la communication et au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, nov. 2011). Partant, l'idée d'un droit, si ce n'est unitaire, du moins tendant vers l'unité ou en tout cas vers l'harmonisation semble bien devoir s'imposer.

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », *op. cit.*, p. 57.

[2] F. BALLE, *op. cit.*, p. 222.

[3] *Ibid.*, p. 223.

[4] Mais cela du point de vue des contenants plus que du point de vue des contenus. Il n'est, en effet, peut-être pas inconséquent de s'interroger en ces termes : « Trompeuse, l'image de la convergence peut aussi être dangereuse [car] ne risque-t-elle pas de conduire à penser que, désormais, pour utiliser les mêmes réseaux ou les mêmes terminaux, la communication "*one to many*" se rapproche de la communication "*one to one*" ? N'y a-t-il pas alors un risque de voir la notion de convergence servir d'alibi pour aligner le régime de l'audiovisuel sur celui des télécommunications, confondant par conséquent ce que le droit garantissant les libertés s'est toujours efforcé de distinguer, la publication et l'échange privé, ou bien, si l'on préfère, la communication "publique" et la communication "privée" ? » (*ibid.*).

Pourtant, ne devrait-il pas suivre la voie d'un cadre juridique commun et unitaire confié à une instance unique et *ad hoc* plutôt que celle du pluralisme[1] ? Depuis plusieurs années, la question d'une fusion du CSA et de l'ARCEP est posée[2]. Au-delà, il faudrait interroger la possibilité et l'opportunité de la constitution d'une autorité globale de la communication par internet capable de se saisir de toutes les problématiques, de celle des données personnelles à celle de la lutte contre les contrefaçons. Peut-être même un mouvement similaire à celui qui a permis à l'Ofcom[3] au Royaume-Uni ou au Défenseur des droits[4] en France de voir le jour serait-il envisageable dans le domaine de la communication ou, plus modestement, dans celui de la communication par voie électronique. La régulation plurielle des communications n'est guère la conséquence d'une évolution historique ou des circonstances mais plutôt celle d'un choix politique[5]. Il est possible à tout moment, comme l'ont fait les pouvoirs publics du Royaume-Uni en 2003, de subroger aux autorités sectorielles une autorité générale unique.

III. ***L'utilité des réflexions dans le sens d'une régulation unitaire et centralisée plutôt que plurielle et sectorielle.*** **–** Qu'il n'existe pas d'autorité *ad hoc*

[1] Un rapport remis au Sénat en 2007 soulignait le besoin de mettre en place une « nouvelle architecture institutionnelle adaptée au numérique » et proposait d' « abandonner la régulation sectorielle au profit de la régulation de droit commun » (B. RETAILLEAU, *op. cit.*, p. 118).

[2] D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 3 (« le rôle de la régulation audiovisuelle ne cesse d'évoluer et l'on peut s'interroger sur la pertinence de la séparation organique entre l'ARCEP et le CSA, compte tenu des évolutions technologiques liées aux services à la demande et aux télévisions dites "connectées" »). Les liens entre les deux instances sont déjà réels : par exemple, le CSA peut être amené à saisir pour avis l'ARCEP, notamment lorsque ses décisions sont susceptibles de restreindre l'offre de services de communications électroniques (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 17-1 et 23).

[3] L'Ofcom (*Office of Communications*), régulateur unique des communications, est né de la fusion de cinq anciennes autorités spécialisées (dont les équivalentes du CSA et de l'ARCEP). Il existe également un OFCOM en Suisse (Office fédéral de la communication).

[4] Le Défenseur des droits a remplacé tout à la fois le Médiateur de la République, la Commission nationale de déontologie de la sécurité, le Défenseur des enfants et la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

[5] Ch. PAUL, *op. cit.*, p. 65.

spécialement chargée de réguler les communications par internet pourrait s'expliquer par le fait que le réseau mondial n'est pas un média mais un médium ; autrement dit, tant la presse que la communication audiovisuelle peuvent être mises à disposition du public par internet, lequel est par essence « transmédia ». Et l'internet véhicule autant des communications privées que des communications publiques. Partant, l'érection d'une autorité supplémentaire consacrée à la communication par internet donnerait lieu à une peu satisfaisante concurrence des autorités, dont les champs de compétences se recouvriraient plus qu'ils ne se compléteraient[1]. La solution serait donc moins de créer une nouvelle institution que de refondre l'architecture institutionnelle actuelle[2]. Il s'agirait non d'instituer quelque « Autorité de régulation de la communication par internet » mais de remplacer les diverses autorités sectorielles par une « Autorité générale des médias » ou « Autorité générale de la communication »[3]. Alors un renouvellement des sources étatiques par l'essor du droit d'origine étatique

[1] On dénonce souvent la multiplication des institutions spécialisées au sein de l'État (par exemple, D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*), le « polycentrisme » et la « fragmentation » de ce dernier (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 131), et il est bien connu que l'administration française gagne régulièrement de nouvelles structures mais n'en perd que rarement — où revient l' « effet cliquet » : parmi les structures préexistantes, on n'accepte pas de voir celles-ci disparaître ni même de devoir céder une part de leurs ressources ou de leurs attributions à de nouvelles venues. Par exemple, concernant le problème de l'incorporation de l'ARCEP dans le CSA ou du CSA dans l'ARCEP, on souligne simplement qu' « il paraît exclu de sanctionner l'une des deux autorités existantes, en provoquant sa disparition » (L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *op. cit.*) et qu' « aucune n'a démérité ou apporté la preuve de son inutilité » (*ibid.*).

[2] En ce sens, Isabelle Falque-Pierrotin regrette que « le dispositif public relatif à l'Internet s'est émietté en multipliant les organismes, notamment les autorités administratives indépendantes » (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 299). Et d'ajouter qu'il serait « temps de resserrer cette organisation » (*ibid.*).

[3] Une autorité générale des médias serait compétente uniquement en matière de communications publiques, tandis qu'une autorité générale de la communication serait compétente à la fois en matière de communications privées et en matière de communications publiques — cette dernière voie étant plus discutable sous l'angle des droits et libertés fondamentaux. Éventuellement s'agirait-il d'une « autorité de régulation de la communication numérique » ou « de la communication électronique » laissant à part la presse papier (J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 95), mais ne pas appliquer exactement les mêmes règles à la presse matérielle et à la presse immatérielle susciterait peut-être nombre de critiques, en tout cas pour ce qui est des normes applicables aux contenus et à la recherche des informations.

spécialisée pourrait être davantage favorisé qu'actuellement. Encore faudrait-il, pour que les sources spécialisées prospèrent, que le législateur concède à cette autorité générale des compétences suffisantes. Mais le passage d'autorités faibles car éparpillées à une autorité forte car unique devrait être favorable à l'essor du droit d'origine étatique spécialisée[1].

Une « autorité spécialisée générale » serait peut-être la bonne échelle pour réguler un secteur tel que celui de la communication dès lors que ce dernier tend désormais à se confondre avec le secteur de la communication par internet[2]. Le réseau informatique mondial est devenu le support de diffusion et d'utilisation de la plupart des contenus informationnels, ce qui rend au moins en partie inopérants les réglementations et modes de régulation traditionnels. Aussi, depuis quelques années, des spécialistes plaident-ils pour un passage « des droits des médias au droit des médias »[3], soit pour une unification des règles applicables aux diverses formes de communication publique, unification qui devrait logiquement impliquer la fusion des autorités sectorielles en une autorité

[1] En ce sens, les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère lient très directement l'inefficacité de la régulation des communications par internet à l'absence d'autorité de régulation globale, la fragmentation des prérogatives entre CSA, CNIL, ARCEP, Autorité de la concurrence, HADOPI et ARJEL étant selon eux l'une des premières explications aux difficultés du droit étatique (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 294). Et de préciser qu' « aucune autorité n'est ici en cause spécifiquement car aucune n'a été créée pour réguler l'univers très particulier d'Internet ».

[2] L'internet devient la plate-forme technologique des échanges, mais aussi du stockage et du traitement de toute l'information, quels que soient sa forme (voix, image, écrit, données) et son contenu, de telle sorte que la différenciation des régulations entre télécommunications, audiovisuel, presse, édition etc. ne peut qu'être remise en cause. La séparation des régulations des télécommunications et de l'audiovisuel, par exemple, s'expliquait en grande partie par les économies différenciées des divers réseaux techniques qui n'avaient ni les mêmes fonctionnalités ni les mêmes contraintes de coûts. L'attribution de licences d'exploitation dans l'audiovisuel se justifiait par la contrainte de gestion d'une ressource rare : la fréquence hertzienne. La distinction des législations en matière de contrôle des contenus entre l'audiovisuel et l'écrit provenait de la difficulté technique à organiser dans les mass-médias un filtrage en fonction des destinataires. Mais tout cela paraît appartenir de plus en plus au passé. En ce sens, É. BROUSSEAU, *op. cit.*, p. 19.

[3] E. DERIEUX, *Le droit des médias*, *op. cit.*, p. 167.

générale unique[1]. Les régulations plurielles devraient *a minima* entrer dans l'ère de l' « interrégulation »[2]. Mais cette dernière ne pourrait être qu'un pis-aller par rapport à l'avènement d'une régulation unifiée et unitaire, tant du point de vue des régimes juridiques applicables que du point de vue des institutions participant de cette régulation.

Seulement une telle régulation unifiée et unitaire était-elle encore il y a peu qualifiée d' « irréaliste »[3]. Aucune tentative de création d'un « office de la communication » n'est jamais venue en France, « ni de gauche ni de droite »[4] — comme si la méfiance à l'égard des sources « technocratiques » du droit faisait consensus parmi les gouvernants. Et les discussions en la matière s'avèrent globalement peu nombreuses, ce qui amène à ne pas croire en un possible essor prochain des sources étatiques spécialisées en droit de la communication par internet. Que ce soit pour des motifs légitimes ou illégitimes, et que cela doive être regretté ou non, peut-être ces sources ne seront-elles pas au cœur du « droit

[1] Le mouvement d'unification du droit du contenant des communications électroniques peut-il être reproduit en matière de droit du contenu des communications électroniques ? En effet, en créant de toutes pièces un nouveau concept, celui de réseaux et de services de communication électronique, les directives communautaires du 7 mars 2002 ont montré la voie : elles ont invité à soumettre au même régime juridique toutes les infrastructures de communication. Les lois de transposition dans les États et tout particulièrement en France ont fait le reste, à partir de définitions qui désormais assimilent toutes les infrastructures filaires ou hertziennes, de distribution comme de diffusion, y compris le réseau électrique.

[2] L'interrégulation « conduit à établir des relations entre les autorités, de sorte qu'elles conservent leur autonomie tout en se prenant en considération les unes les autres » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », *op. cit.*, p. 57). Mais, dans ce cas, il demeurerait toujours des pans entiers des activités internetiques qui ne seraient pris en charge par aucune autorité spécialisée. Ainsi Jacques Toubon, actuel Défenseur des droits, juge-t-il que le secteur des nouvelles technologies de l'information et de la communication manque cruellement d'un régulateur comme d'autres activités sensibles et bouleversées par les nouvelles technologies en connaissent (cité par P. SAMAMA, « Jacques Toubon, membre de la Hadopi, répond à VideoLAN », [en ligne] <01net.com>, 11 avr. 2013). Également, G. ECKERT, J.-Ph. KOVAR, dir., *L'interrégulation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015 ; L. IDOT, « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP* 2008, p. 787 ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2326 ; J. ZILLER, *op. cit.*, p. 18.

[3] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 296.

[4] J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 97.

de demain ». Aussi faudrait-il rechercher les sources typiques du droit « postmoderne » essentiellement du côté des sources privées et très peu — trop peu ? — du côté des sources étatiques.

IV. ***La rareté des réflexions dans le sens d'une régulation unitaire et centralisée plutôt que plurielle et sectorielle.*** **–** Les propositions de fusion ou, au moins, de rapprochement des différentes autorités sont relativement rares. On a, un temps, avancé l'idée que pourrait être institué un Haut Conseil ou une Haute Autorité de l'internet et le CSA a été pressenti pour occuper cette fonction[1]. À quelques reprises, on a également envisagé de transformer le CSA en « Autorité générale des médias », si bien que toutes les communications publiques par internet auraient relevé de sa compétence[2]. Et revient de temps à autre la question d'une fusion de l'ARCEP et du CSA[3].

---

[1] *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 2326. Le CSA, actuellement, n'est compétent qu'à l'égard de la télévision et de la radio par internet, ainsi qu'à l'égard de services dits « de rattrapage » ou « à la demande ».

[2] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 294.

[3] *Cf.*, par exemple, E. BERRETTA, « Fusion programmée », *Le Point* 9 févr. 2012, p. 24 ; P. GONZALES, « Michel Boyon appelle à la fusion CSA-ARCEP », [en ligne] <lefigaro.fr>, 26 juin 2012. Avec l'évolution de la convergence des procédés de communications électroniques, dont la télévision connectée paraît être l'une des dernières et des meilleures expressions, le problème de savoir s'il ne faudrait pas unir le CSA et l'ARCEP survient avec de plus en plus d'acuité. À tout le moins conviendrait-il de redistribuer les prérogatives de chacune des autorités dès lors qu'un réseau de communication audiovisuelle permet désormais d'acheminer des services de télécommunication et que, à l'inverse, un réseau de télécommunication est en mesure de transporter des services de communication audiovisuelle. Le temps paraît venu de repenser cette division essentielle des activités de communication audiovisuelle et de télécommunication, au profit de distinctions nouvelles entre réseaux et services, infrastructures et programmes, contenants et contenus. Le CSA notait récemment que « la multiplication prévisible des sujets communs à l'ARCEP et au CSA milite pour un rapprochement dans trois domaines au moins : la gestion du spectre, la régulation économique et la régulation des services en ligne » (CSA, « Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques », oct. 2012, p. 16). Le problème du rapprochement ou de la fusion entre le CSA et l'ARCEP est régulièrement évoqué, alors que plusieurs pays disposent d'une seule et même autorité pour exercer leurs compétences. La Commission pour la libération de la croissance française, dite « commission Attali », dans son rapport rendu en janvier 2008, avait par exemple préconisé de coordonner l'ARCEP et le CSA. Pour elle, « la convergence entre téléphonie fixe et mobile, télévision et accès à Internet est devenue

Actuellement, un même contenu se voit appliquer des règles substantiellement divergentes selon qu'il est accessible par un média audiovisuel ou par un site de partage de vidéos. Notamment, divers contenus interdits à la télévision ne le sont guère sur le web. Aussi le CSA peut-il émettre les propositions suivantes : il conviendrait d' « étendre à l'ensemble des services de vidéo en ligne les compétences du Conseil […] s'agissant de la protection de l'enfance et de l'adolescence, du respect de la dignité de la personne et de la prohibition de l'incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité »[1]. Dès lors, confier la création et l'application du droit de la communication publique par voie électronique à une autorité unique — qui pourrait être un CSA transformé — ne permettrait-il pas un rajeunissement bienvenu de ce droit[2] ? Le CSA souligne combien « les

---

aujourd'hui une réalité. Elle concerne aussi bien les réseaux que les terminaux ou les services. Pourtant, l'organisation de la régulation reste marquée en France par une séparation "verticale" entre l'univers audiovisuel régulé par le CSA, aussi bien en ce qui concerne les réseaux (fréquences de diffusion) que les contenus (radio, télévision) et le monde des communications électroniques dont les règles relèvent entièrement de l'ARCEP. La révolution numérique appelle des arbitrages procédant d'une vision d'ensemble » (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 295). Le rapport du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, présenté en octobre 2010 par les députés René Dosière et Christian Vanneste, proposait la fusion de l'ARCEP, du CSA et de l'HADOPI ; mais l'enjeu paraît moins être celui de la réunion des régulateurs des contenants et des régulateurs des contenus que celui de la réunion des seuls régulateurs des contenus. En effet, le Professeur Lucien Rapp peut écrire qu' « il faut reconnaître que les questions juridiques soulevées par la régulation des industries du contenu ne sont pas de même nature que les problèmes posés par la régulation des industries du contenant » (L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *op. cit.*).

[1] CSA, « Lettre du CSA », [en ligne] <csa.fr>, janv. 2013. De plus, il faudrait « revoir les catégories juridiques (et les obligations correspondantes) auxquelles se rattachent certains acteurs de la télévision connectée, en particulier les sites de partage de vidéos (actuellement considérés comme des hébergeurs alors qu'ils jouent souvent un rôle proche de celui d'un éditeur et, pour certains aspects de leur activité, de celui d'un distributeur) » (*ibid.*).

[2] Dans le rapport remis par Pierre Lescure en 2013, est esquissé ce que pourrait être une autorité générale de la communication au public par voie électronique. Ainsi a-t-il été proposé d'instaurer des mécanismes applicables « à l'ensemble des services culturels numériques, pour *faire du CSA l'autorité de régulation des médias audiovisuels et culturels, linéaires et non linéaires* » (P. LESCURE, « Mission "Acte 2 de

frontières traditionnelles entre contenus régulés et contenus non régulés, entre services linéaires et services non linéaires, entre audiovisuel et télécommunications, entre éditeurs, distributeurs et hébergeurs, s'estompent »[1]. Pourtant, le droit de la communication publique par voie électronique n'évolue guère, ni dans son contenu ni dans sa structure institutionnelle. Cela paraît devoir être imputé aux sources « politiques », lesquelles entretiennent le statut quo et ne souhaitent pas se reposer davantage sur les sources « technocratiques »[2].

Il semble que l'organisation étatique soit plus empreinte de conservatisme que de pragmatisme et que, par conséquent, le renouvellement des sources du droit puisse difficilement s'y épanouir. L'étude du droit de la communication par internet conduit à conclure, dans l'ensemble, à un renouvellement des sources du droit impulsé par les sources privées bien plus que par les sources publiques. Alors que l'État est le point focal du droit moderne, la société civile serait au cœur du droit « postmoderne ». Les sources du droit en devenir comporteraient ainsi un « secteur public » et un « secteur privé ». Le droit ne pourrait plus se résumer au droit de l'État et les sources du droit ne pourraient plus se limiter aux sources étatiques du droit. Et cela s'expliquerait notamment par les difficultés des institutions publiques à s'adapter et à répondre aux besoins normatifs du

---

l'exception culturelle" – Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », mai 2013, p. 15 (non souligné dans le texte original)).

[1] CSA, « Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques », oct. 2012, p. 16. Et les spécialistes du droit des médias ne manquent pas d'interroger : « En quoi un droit de la communication audiovisuelle particulier, initialement justifié par le nombre limité des canaux de diffusion, est-il encore nécessaire ? » (E. DERIEUX, *Le droit des médias*, *op. cit.*, p. 168).

[2] En ce sens, il est remarquable que, en 2013, les ministres de la culture et de la communication, du redressement productif et de l'économie numérique, dans un rapport confidentiel commandé par le Premier ministre et que la presse s'est procuré, se sont opposés fermement à la fusion des autorités de régulation des télécommunications et de l'audiovisuel. Ils ont néanmoins, à cette occasion, proposé la création d'une instance commune, composée à parité de membres du CSA et de l'ARCEP, qui « aurait un pouvoir de décision sur des sujets de convergence précisément identifiés ». Mais ces sujets communs ou de convergence devraient toujours être d'ordre secondaire afin de « ne pas affecter fondamentalement les structures existantes, ni bouleverser les modalités de la régulation actuelle » (cité par J. HENNI, « Vers un rapprochement a minima entre le CSA et l'Arcep », [en ligne] <bfmbusiness.bfmtv.com>, 15 mars 2013).

« droit de demain » tels que le droit de la communication par internet permet de les concevoir.

Conclusion du second titre

Parmi les différentes sources étatiques — le pluralisme des sources, si ce n'est le « désordre des sources »[1], existe déjà au seul niveau étatique —, les sources étatiques dites « politiques » semblent moins problématiques que les sources étatiques dites « non politiques », en premier lieu en raison justement de ce caractère politique. Au-delà, la loi, le décret et la Constitution sont bien connus des professeurs et des étudiants en droit. Tant d'un point de vue qualitatif que d'un point de vue quantitatif, ils ne sauraient exprimer un quelconque renouvellement des sources du droit. Il n'en va pas de même des décisions juridictionnelles à portée jurisprudentielle et des actes normatifs émis par les autorités spécialisées, lesquels sont relativement nouveaux dans le paysage des sources du droit et interrogent l'observateur à différents titres — les jurisprudences surtout sous l'angle quantitatif et les actes des autorités spécialisées surtout sous l'angle qualitatif.

Il existe néanmoins peut-être quelques contradictions et paradoxes parmi toutes les sources étatiques du droit de la communication par internet, contradictions et paradoxes qui seraient en premier lieu provoqués par l' « impasse de la règlementation étatique face à l'internet »[2] et qui seraient révélateurs de futures difficultés de l'État à jouer un rôle clé dans le cadre du « nouveau droit ». Tout d'abord, la loi, qui, il y a peu, se présentait encore comme la source unique du droit aux yeux de beaucoup, est loin de dominer la matière et, si elle reste première quantitativement, il est tentant de dire, en faisant

[1] M. MIAILLE, « Désordre, droit et science », in P. AMSELEK, dir., *op. cit.*, p. 92.

[2] M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I*, *op. cit.*, p. 26.

œuvre caricaturale, qu'elle serait en revanche dernière qualitativement[1]. À l'échelle du droit de la communication par internet, la loi semble bien être une source dépréciée[2]. Si elle signale un non-renouvellement des sources du droit, ce non-renouvellement ne paraît pas profiter au droit et cette situation deviendra peut-être, à l'avenir, chaque jour un peu moins supportable.

Quant à la Constitution et au décret, s'ils sont depuis longtemps considérés telles des sources classiques du droit par excellence, ils sont pourtant relativement secondaires dans la construction du droit de la communication par internet, lequel, s'ils n'existaient pas, ne changerait pas fondamentalement de visage.

Pour ce qui est des sources étatiques « non politiques », les décisions juridictionnelles à portée jurisprudentielle jouent un rôle nettement plus important que les actes normatifs des autorités étatiques *ad hoc*, alors pourtant que ces dernières paraissent davantage que les juges légitimes à élaborer un droit aux enjeux très particuliers et techniques tel que le droit de la communication par internet. Les magistrats peuvent nier qu'ils créent une partie du droit : la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le rôle du juge se limite à trancher des espèces, ses décisions ne devant en aucun cas être considérées comme obligatoires dans les litiges postérieurs[3] ; et l'ancien président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré de soutenir que « le Conseil constitutionnel a

[1] Cela n'est guère étonnant car, lorsqu'on constate la « crise quantitative et qualitative de la loi » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 2), l'aspect quantitatif de cette crise correspond à un excès de lois et non à un manque de lois. Quant à l'aspect qualitatif, il est remarquable qu'on en vienne à comparer la « loi HADOPI » avec le « *Locomotive Act* » britannique de 1865, loi sur la circulation automobile qui obligeait à faire précéder tous les véhicules à moteur d'un piéton agitant un drapeau rouge et qui s'est retrouvée très vite désuète, inapplicable et inappliquée (B. BAYART, « Comprendre un monde qui change : Internet et ses enjeux », conférence à Mines Télécom, 8 nov. 2013).

[2] F. LATTY, *op. cit.*, p. 52.

[3] Notamment, Cass. civ. 1ère, 21 mars 2000. Et Christian Atias de commenter : « La sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (*D.* 2000, p. 593).

une gomme mais il n'a pas de crayon »[1]. Il semble fort, pourtant, que les juges disposent d'un crayon et qu'ils en fassent un usage abondant en matière de droit des nouvelles technologies de la communication[2]. Ils seront peut-être de plus en plus contraints de se saisir du pouvoir normatif à mesure que le « droit de demain » s'affirmera.

Ainsi l'étude des origines du droit de la communication par internet amène-t-elle à confirmer le renversement des rapports de forces normatifs parmi les sources du droit que des ouvrages récents cherchent à identifier[3]. Les sources auparavant premières deviendraient secondaires quand les sources qui hier demeuraient à l'arrière-plan seraient bientôt sur le devant de la scène. *À l'échelle de l'ensemble des sources, cela vaudrait quant au rapport de forces entre sources publiques et sources privées ; concernant les seules sources étatiques, cela vaudrait quant au rapport de forces entre sources « politiques » et sources « non politiques »*. Il semble cependant nécessaire de parler de « rééquilibrage » plutôt que de « renversement » des rapports de forces normatifs : en effet, quantitativement, les sources publiques l'emportent encore sur les sources privées, tandis que les sources « politiques » l'emportent encore sur les sources « non politiques ».

Il n'en demeure pas moins que le « nouveau droit » se caractérisera peut-être par le fait que *toutes les sources étatiques seront, pour une raison ou pour une autre, « en crise » si elles ne parviennent pas à se renouveler*. Et, au-delà de la problématique des évolutions légistiques que l'époque actuelle appelle, ce « nouveau droit » ne saurait aller sans dépréciation des droits nationaux. Dès lors, il devrait logiquement se spécifier par un recul des sources étatiques au profit des sources supra-étatiques et, plus encore, para-étatiques — *i.e.* privées.

---

[1] J.-L. DEBRÉ, « Le Conseil constitutionnel hier et aujourd'hui », conférence à l'Université Paris 13, 12 mars 2014.

[2] Selon le Professeur Pascale Deumier, « la réalité juridique oppose avec éclat des règles jurisprudentielles bénéficiant d'une vigueur supplantant parfois celle des règles légales » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 194). Dans le domaine du droit de la communication par internet, c'est même « souvent » que la jurisprudence doit suppléer une loi déficiente.

[3] Notamment, V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*

La loi (au sens large), douée à l'ère moderne d'une force symbolique et pratique sans égale, ne paraît être que l'ombre d'elle-même à l'ère « postmoderne », tant elle est concurrencée et tant elle peine à apporter la preuve de la pérennité de ses qualités. La loi était puissante, elle deviendrait faible ; et c'est dans cette faiblesse qu'il faudrait rechercher la cause première de la réalité du pluralisme juridique[1], *mais aussi la cause première de la réalité du pluralisme du droit d'origine étatique* — qui est essentiellement le fait de la jurisprudence. Le « chaos qui afflige la production du droit »[2] ne s'expliquerait donc pas moins par les difficultés et les mouvements touchant les sources étatiques que par le développement des sources privées. Si la réalité, à l'échelle des institutions étatiques, semble être celle d'un non-renouvellement des sources du droit, ce non-renouvellement serait un facteur décisif, bien que paradoxal, du renouvellement des sources qui se laisse observer à une échelle plus globale.

[1] A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », *op. cit.*, p. 146.

[2] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique*, *op. cit.*, p. 2.

Conclusion de la seconde partie

Alors que les précédentes innovations technologiques, à l'instar des télécommunications, avaient suscité la création d'organisations intergouvernementales spécialisées, la « gouvernance » de l'internet se distingue par *l'absence d'autorité centrale* et par le rôle décisif joué par diverses instances de droit privé[1]. Dans ce modèle dit « multiacteurs », les États ne semblent plus être que des parties prenantes parmi d'autres ; ils seraient « banalisés » comme jamais ils ne l'ont été depuis la fin du Moyen Âge. Tel pourrait être le visage du « droit du futur » : un droit sensiblement désétatisé. Et ce phénomène s'accompagne forcément d'un renouvellement des sources du droit, mais un renouvellement portant la marque des sources privées bien plus que celle des sources publiques.

Tout d'abord, la situation des sources internationales du droit de la communication par internet n'apparaît guère satisfaisante. Si le cyberespace est désormais au cœur des relations internationales, celles-ci prennent surtout un tour conflictuel. Le paradoxe des sources publiques est ainsi le suivant : *le droit de la communication par internet d'origine publique requiert, pour des raisons bien comprises, d'être établi par des instances à compétence planétaire ; mais, pour des raisons là aussi bien comprises, ce droit est essentiellement produit par les*

[1] Les sources privées tendent à concurrencer les sources publiques tout particulièrement en matière de droit du contenant de la communication par internet : la régulation des technologies et des équipements se trouve largement entre les mains d'organismes privés qui élaborent des standards par un processus collaboratif d'échanges entre experts, lequel diffère de la mise en place ordinaire de standards de communication à l'échelle internationale jusque-là confiée principalement à des institutions publiques. Sont concernés, notamment, l'ICANN pour la gestion des noms de domaine, l'IETF et le W3C pour la définition des standards techniques, l'Internet Society et le Forum pour la gouvernance d'internet concernant les questions politiques, économiques et de société. *Cf.* E. LAGRANGE, *op. cit.*, p. 199 s.

États. Par conséquent, il est difficile pour les sources internationales de se développer et de se renouveler. Elles ne paraissent pas pouvoir être des acteurs centraux du « droit de demain ».

Il faut dès lors, à défaut de sources publiques mondiales, se tourner en direction des sources publiques régionales et en particulier en direction des sources européennes. Or la réalité de ces dernières est fort différente. L'étude des sources du droit de la communication par internet permet d'observer combien l'Union européenne, malgré les difficultés institutionnelles et politiques qu'elle traverse actuellement en raison de la sortie de la Grande-Bretagne et du développement de l'euroscepticisme, joue aujourd'hui un rôle utile en même temps qu'original dans le processus de fabrication du droit. Mais le caractère territorialisé des normes produites par l'Union amène à considérer que le droit d'origine publique devrait longtemps encore demeurer fractionné en divers droits locaux[1]. Parmi les sources publiques du droit de la communication par internet, les sources internationales sont de peu de poids par rapport aux sources étatiques, tandis que les sources européennes jouent un rôle important, mais uniquement à l'échelle d'un continent. Ces sources européennes n'en témoignent pas moins d'un intéressant renouvellement des sources du droit, spécialement en raison du darwinisme dont elles font souvent preuve, si bien qu'elles s'opposent peut-être aux sources étatiques comme les sources « postmodernes » aux sources modernes.

La variété des lois et des règlementations nationales, permettant aux multinationales de mettre les systèmes nationaux en concurrence et de créer ainsi une forme de *dumping* législatif et règlementaire, ne semble pouvoir qu'être regrettée[2]. Et il faut gager qu'à l'avenir il en ira *a fortiori* ainsi. Dans le même

[1] Concrètement, *les sources européennes se placent du côté des sources étatiques bien davantage que du côté des sources internationales*, même si, à des fins pédagogiques, il est peut-être permis de distinguer les sources publiques internes et les sources publiques externes (parmi lesquelles les sources européennes).

[2] Rousseau et Voltaire se réfugièrent en Suisse pour y narguer une censure qui n'est jamais parvenue à empêcher la diffusion en France de leurs œuvres, même les plus subversives. À l'ère contemporaine, rien

temps, le morcellement du droit en de multiples droits territorialisés ne saurait être évité. *Les voies du droit semblent ainsi moins performantes que les voies de la pratique et, plus spécialement, que les voies de la pratique illégale*[1] *ou, du moins, immorale*[2]. Et l'Union européenne n'est que d'un maigre secours à l'égard de ces problématiques. Si renouvellement du droit et de ses sources publiques externes il y a, ce ne saurait être que dans une mesure limitée et, en tout cas, insuffisante.

Le droit international serait donc actuellement plus proche du « chaos » que de l' « ordre »[3] et plus proche du « bric-à-brac » que du « système »[4]. Il ne connaît pas de Constitution[5] ni de différenciation des organes de création et d'application du droit — lequel ne saurait être mieux que du « droit souple »[6] — ; les États sont à la fois ses destinataires, ses producteurs et ceux qui le sanctionnent, ce qui serait à l'origine d'une « faiblesse structurelle [qui] favorise

---

ne paraît vraiment changé, alors que certains bouleversements technologiques ont décuplé les enjeux, les possibilités et les dangers.

[1] Par exemple, un site web connu de tous les internautes et dont la vocation première est de garantir l'accès à un catalogue immense d'œuvres en contrefaçon des droits de leurs auteurs peut sans difficulté changer d'extension de nom de domaine dès que les autorités publiques du pays dans lequel il est installé se décident à l'attaquer.

[2] Le Professeur Mireille Delmas-Marty explique que l'intégration normative permettant d'aboutir à un *droit commun* pourrait se réaliser suivant trois modèles qui seraient, par niveaux d'intégration croissants, la coopération, l'harmonisation et l'unification (M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*). Le professeur ne manque pas d'ajouter que, au niveau mondial, il serait aujourd'hui difficile d'aller plus loin que la *coopération* en raison de la barrière que constituerait la souveraineté des États (*ibid.*). Et la réalité de cette coopération, en droit de la communication par internet comme dans beaucoup d'autres branches du droit, est qu'elle est très modeste et incomplète, ne permettant guère de s'approcher de l'idéal d'un droit commun.

[3] Réf. à F. ATTAR, *Le droit international entre ordre et chaos*, *op. cit.*

[4] Réf. à J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, p. 85 s.

[5] M. DRAIN, *op. cit.*, p. 27.

[6] Aussi le Conseil d'État propose-t-il que « la gouvernance d'internet pourrait être décrite comme le fruit de la superposition d'un droit souple à l'échelle mondiale et d'un droit dur à l'échelle nationale ou régionale pour l'Europe » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 133).

dans une certaine mesure [son] ineffectivité »[1]. Les organisations internationales, parce qu'elles n'ont ni le mandat ni les ressources pour surveiller l'infrastructure mondiale de l'information, se bornent à établir des *orientations politiques évasives et abstraites*. Ce constat s'avère problématique pour un droit ayant avant tout un sens au-delà des territoires et des populations nationaux. Or le « nouveau droit », conçu tel un « droit global », pourrait présenter des caractères proches de ceux du droit de la communication par internet.

Bien sûr, les États n'ont de cesse de règlementer l'internet et ses activités et, de ce point de vue, plaider pour un droit international de la communication par internet peut sembler quelque peu éculé et archaïque ; mais se posent ensuite les questions de la pertinence et de l'efficacité de ces règlementations, notamment dès lors que les États se retrouvent engagés dans une course au moins-disant normatif et fiscal. Le « *law shopping* » et le « *forum shopping* » sont des phénomènes de plus en plus massifs qui ne paraissent pouvoir qu'être regrettés. Reste que la responsabilité de la création publique du droit retombe bel et bien sur les épaules des États, lesquels, malgré toutes leurs difficultés, se doivent d'être des nœuds normatifs de poids. *Par choix ou par obligation, c'est bien à l'État qu'il incombe d'édicter la majeure partie du droit de la communication par internet d'origine publique.* Il pourrait le faire en repensant plus ou moins radicalement ses institutions. Mais, de fait, il s'appuie très essentiellement sur les organes et sur les procédures d'hier, un peu comme s'il pensait pouvoir créer le droit « postmoderne » au moyen des institutions modernes.

L'examen des sources du droit de la communication par internet devait ainsi permettre de tirer quelques enseignements relativement à l' « état de l'État ». Sous cet angle, l'internet et le web, ainsi que les pratiques et la culture qui les accompagnent, confirmeraient combien « les États maîtrisent de moins en moins leurs destins »[2] et combien les gouvernants seraient de plus en plus

[1] X. MAGNON, *op. cit.*, p. 112.

[2] P. TÜRK, *op. cit.*, p. 1489.

« désorientés »[1]. D'aucuns présentent une loi qui serait « toujours plus insuffisante tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration »[2]. Pour ce qui est de la branche du droit étudiée en cette thèse et du « droit de demain » dont elle serait révélatrice, ce constat ne pourrait que valoir *a fortiori*[3]. Aussi ne peut-on que s'étonner devant l'absence de toute velléité de renouvellement de la loi (comprise au sens large). Ensuite, peut-être le taux de droit d'origine prétorienne est-il élevé en droit de la communication par internet à proportion des manques (imprécisions, errements et absences) propres aux actes du législateur[4].

Il n'en demeure pas moins que, politiquement, les enjeux et les réponses à leur apporter continuent d'être *définis au niveau étatique*, bien que, sociologiquement, économiquement, culturellement ou encore physiquement, lesdits enjeux tendent à s'émanciper des territoires étatiques et que lesdites réponses devraient peut-être suivre ce mouvement. Les sources privées, elles, semblent en mesure d'approcher l'idéal d'un droit sans territoire. *Les actes normatifs transnationaux dominent ainsi les actes normatifs internationaux* et l'État se présente peut-être au moins *autant tel le foyer des difficultés que tel le foyer des solutions*. En matière de création du droit des technologies et des activités internetiques, *l'État ne subit pas moins les évènements qu'il les influence*[5]. N'en ira-t-il pas de plus en plus généralement ainsi à l'avenir ?

---

[1] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières*, *op. cit.*, p. 36.

[2] J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 54.

[3] En témoigne l'intitulé d'une étude du Professeur Christophe Caron consacrée aux difficultés des lois relatives aux activités internetiques : « Malédictions numériques » (Ch. CARON, « Malédictions numériques », *op. cit.*).

[4] De telle sorte que, si, comme le pensait Friedrich Hayek, le passage d'un droit fait par les juges à un droit édicté par le législateur aurait constitué la transformation fondamentale de l'idée de droit en occident, se produirait, sur ce point et à l'heure du droit « postmoderne », une sorte de retour en arrière (F. A. HAYEK, *op. cit.*, p. 146 (cité par L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 85)).

[5] Par exemple, si tant le rapport public du Conseil d'État de 1998 (EDCE 1998, *op. cit.*) que le rapport du député Christian Paul de 2000 (Ch. PAUL, *op. cit.*) ont abouti à la conclusion selon laquelle il serait nécessaire d'encourager la « corégulation » (dans laquelle la régulation par les acteurs privés et la régulation par l'État trouvent chacune sa place), dans les faits, cependant, l'autorégulation paraît être le

Le terme « cyberespace », dans *Neuromancien* de William Gibson[1], désigne un espace détaché de la souveraineté des États et entièrement libéré de toute règle. Cette définition, si elle ne correspond pas exactement à la réalité, n'en est néanmoins peut-être pas totalement éloignée tant, s'il y a des règles, elles possèdent souvent une origine privée, tandis que les règles publiques, lorsqu'elles existent, pèchent régulièrement par manque d'effectivité. Trop d'acteurs et d'utilisateurs du web et de l'internet seraient de ces « gens heureux [qui] vivent comme si le droit n'existait pas »[2]. L'État peut-il tolérer cette situation qui remet en cause sa souveraineté, sa puissance, sa légitimité et, *in fine*, sa raison d'être, donc son existence même[3] ? Les fondations du « contrat social » paraissent s'écrouler, si tant est que ce « contrat » ait été un jour « conclu » par les internautes — *les individus se présentent sous un jour très différent selon qu'ils agissent dans le monde physique ou dans le cyberespace*[4]. À l'aune de ces problèmes, l'appel à un renouvellement des sources du droit, et en premier lieu à un renouvellement des sources étatiques du droit, se révèle fort et pressant.

---

plus souvent choisie « souverainement » par lesdits acteurs privés, indépendamment des pouvoirs publics et des orientations qu'ils décident.

[1] W. GIBSON, *Neuromancien* (1984), J'ai lu, coll. Science-fiction, 2001.

[2] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 38.

[3] Notamment, le droit de la communication par internet interroge les deux principes qui, dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau, régissent toute communauté politique : celui de la « liberté-légitimité » (tout pouvoir humain renvoie à une décision fondatrice libre qui l'institue comme pouvoir légitime) et celui de l' « utilité » (les hommes « n'aliènent leur liberté » — c'est-à-dire ne consentent à se soumettre à une autorité — « que pour leur utilité ») (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 2). L'État et son droit ne tiendraient debout qu'à condition que les sujets dudit État et que les destinataires dudit droit perçoivent en eux une « liberté-légitimité » et une « utilité ». Sans cela, ils risqueraient fort de se trouver déstabilisés, fragilisés et, finalement, de s'écrouler. Or, dans le cyberespace, la « liberté-légitimité » et l' « utilité » de l'État et de son droit s'avèrent trop peu de choses.

[4] La plupart de ceux qui téléchargent illégalement des œuvres de l'esprit ou qui assistent à des compétitions sportives par le biais de sites « pirates » n'auraient jamais l'idée d'entrer par effraction dans une salle de spectacle ou dans un stade.

Le diagnostic établi à l'égard de la place de l'État dans le monde des institutions sociales et de la place du droit étatique dans le monde des normes ne paraît pouvoir qu'être sévère. Certainement cette place n'est-elle pas inexistante ni même marginale ; mais, par rapport à ce qu'elle est habituellement depuis le début de l'ère moderne et par rapport à ce qu'elle devrait être afin de défendre des principes cardinaux tels que l'intérêt général ou la sécurité juridique, il ne serait que possible d'observer combien les sources étatiques seraient ébranlées, combien leur capacité à intervenir efficacement serait douteuse et combien leur avenir demeurera assombri tant qu'elles ne trouveront pas les moyens de se régénérer. C'est pourquoi a été souligné à quel point l'organisation moderne des sources étatiques apparaît mal adaptée aux exigences d'une branche du droit telle que le droit de la communication par internet et à quel point il est peut-être regrettable que les pouvoirs publics n'amorcent pas plus radicalement *la mutation légistique espérée par qui aspire à disposer d'un droit étatique légitime et efficace*[1]. L'enjeu, en 2001, au moment d'instituer le Forum des droits sur l'internet, était de « construire les règles en évitant de plaquer sur l'internet les modèles du passé »[2] ; mais le Forum a été dissous et le droit étatique de la communication par internet a, semble-t-il, été largement élaboré sur la base des modèles du passé.

Néanmoins, y compris une profonde refondation des institutions étatiques pourrait ne pas suffire à les « sauver » et l'on peut se demander s'il faudrait percevoir l'éventuel État « postmoderne » comme un modèle durable ou comme *une transition temporaire vers une conception différente de l'organisation politique rompant avec la rationalité et la légitimation étatiques*. L'État est-il voué à connaître un retrait progressif mais inéluctable, ainsi que le prédisait

[1] Si, au XX^e^ s., l'administration était tout à la fois « simple, nationale, centralisée, hiérarchisée et secrète » (G. BRAIBANT, « Panorama de l'administration français », in F. GALLOUÉDEC-GENUYS, dir., *À propos de l'administration française*, La documentation française, 1998, p. 9), à l'ère du droit « postmoderne » qu'annoncerait le droit des nouvelles technologies de la communication, ne devra-t-elle pas se présenter sous les traits d'*une administration complexe, ouverte, décentralisée, réseautique et publique* ?

[2] Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », *op. cit.*, p. 11.

Pierre Bourdieu à la fin du XX^e^ s.[1] ? C'est notamment une esquisse de réponse à cette question, que l'internet comme le renouvellement des sources et le « droit de demain » posent avec une grande acuité, qui sera proposée au sein de la conclusion générale de cette thèse.

[1] P. BOURDIEU, *Sur l'État – Cours au Collège de France – 1989-1992*, Le Seuil-Raisons d'agir, coll. Cours et travaux, 2012.

CONCLUSION

Au sein de la première partie de cette thèse, les sources privées du droit de la communication par internet ont été étudiées. Tout d'abord, les particularités de ces sources privées, qui sont celles qui contribuent le plus fortement — tant quantitativement que qualitativement — au renouvellement des sources du droit et qui apparaissent comme les plus spécifiques au « droit de demain », ont été présentées et expliquées. En effet, si les sources publiques envisagées à l'intérieur de la seconde partie ne sauraient, semble-t-il, constituer un objet d'étude original en elles-mêmes, il en irait différemment des sources privées, qui s'avèreraient fort étonnantes et détonantes dans un paysage, une musique et un tableau classiques des sources formelles du droit généralement réduits à trois éléments : la loi, la jurisprudence et la coutume. Plus précisément, ont été envisagés tour à tour les usages privés, les règlements privés, les jugements privés et, quoique leur singularité soit moindre, les contrats privés. Si les sources du droit de la communication par internet témoignent peut-être de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit, ce serait principalement en raison de l'essor de ces actes jus-*normatifs privés qui demeurent, pour l'heure, plutôt mal connus des chercheurs en droit, habitués à réduire le monde du droit au monde du droit de l'État, aux* mondes de la loi et de la jurisprudence.

Dans un second temps à l'intérieur de la première partie, il s'est agi de réfléchir, d'un point de vue subjectif et critique, *à l'état des sources du droit de la communication par internet, d'exprimer l'opinion selon laquelle une part élevée de droit d'origine privée serait le signe de temps difficiles à vivre pour le droit, si ce n'est le signe d'un délitement du droit, le signe d'une dégradation de la qualité des règles juridiques. A ainsi été estimé que les normes d'origine privée seraient, globalement, peu profitables à l'intérêt général, à la démocratie, à la sécurité*

juridique ou encore à la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. Et les sources publiques, à l'inverse, seraient en général davantage garantes de cet intérêt général, de cette démocratie, de cette sécurité juridique et de cette sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. Surtout, il faut gager que cette croyance en une légitimité supérieure des sources publiques par rapport aux sources privées du droit de la communication par internet est largement partagée par les pouvoirs publics, si bien qu'ils se seraient efforcés, depuis l'invention de l'internet, et continueraient de s'efforcer à prendre autant que possible le contrôle de la production des régimes juridiques constitutifs de ce droit. C'est cela qui a justifié la transition de l'étude des sources privées à l'étude des sources publiques, ces dernières étant — à l'inverse des sources privées — peut-être moins dignes d'intérêt en raison de ce qu'elles sont qu'en raison de ce qu'elles font (ou ne font pas), qu'en raison des réactions qui ont été (ou n'ont pas été) les leurs et qui sont (ou ne sont pas) les leurs au vu du développement du droit d'origine privée. En effet, le renouvellement des sources du droit ne paraît empreindre que modestement les sources publiques, surtout par comparaison avec l'effervescence propre aux sources privées. L'examen des sources publiques du droit de la communication par internet devait donc faire suite à l'examen de ses sources privées et non le précéder, cela car, si ces sources privées sont possiblement originales en elles-mêmes, il en irait autrement de ces sources publiques qui ne présenteraient d'intérêt que sous l'angle des défis que leur pose la privatisation de la production des normes et des moyens qu'elles mettent (ou ne mettent pas) en œuvre dans le but de publiciser autant que possible cette production.

Au sein de la seconde partie de cette thèse, les sources publiques du droit de la communication par internet ont ainsi été étudiées en ayant à l'esprit les enjeux qui résideraient, de leur point de vue, dans la « lutte » pour le contrôle du droit face à la grande ambition normatrice de certaines puissances privées. Dans un premier temps, ont été observées et analysées les sources publiques externes, c'est-à-dire les sources internationales et les sources européennes. Ces observations et analyses ont permis de constater combien il existe des contrastes forts entre les développements institutionnels, les productivités normatives et les efficacités juridiques des unes et des autres. Les sources internationales paraissent ne pas pouvoir, même à long terme, devenir des sources premières, tant quantitativement que qualitativement, du droit de la communication par internet et donc du « droit de demain » si ce premier est révélateur de ce second, car les velléités de

construire dans leur cadre des régimes juridiques précis, complets et pertinents achopperaient inéluctablement sur des barrières structurelles, idéologiques, culturelles et surtout politiques. Si l'échelle mondiale est peut-être l'échelle la plus naturelle pour qui souhaite encadrer par le droit les activités et les objets transnationaux qui se développent au XXI^e^ s., présentant souvent des dimensions planétaires, il fallait, après avoir pris acte des limites des organisations et des relations internationales, se tourner en direction des sources européennes et rechercher si celles-ci parviennent à constituer un pis-aller de droit supranational. Or il semble que le « développement normatif » des sources européennes du droit de la communication par internet tranche fortement avec le « dénuement normatif » des sources internationales de ce droit. Ainsi a-t-il été souligné combien les interventions normatives de l'Union européenne seraient autrement nombreuses, originales, pertinentes et efficaces que celles des organisations internationales ; mais elles sont bornées par la territorialité continentale de leur applicabilité. A également été observé que les succès relatifs des normes d'origine européenne sont peut-être à mettre au crédit d'une savante légistique qui, notamment, repose sur une large implication de la société civile et des experts. Néanmoins, si les sources européennes sont davantage au centre du « nouveau droit » que les sources internationales, elles le sont moins que les sources étatiques. Le processus d'européanisation du droit de la communication par internet, s'il est largement engagé, demeure loin d'être achevé, bien que ces sources européennes semblent être, parmi toutes les sources publiques, les plus sujettes au renouvellement car les plus ouvertes au renouvellement.

Aussi restait-il à aborder, au moyen du dernier titre de cette thèse, la question des continuités, des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit dont témoigne le droit de la communication par internet ; cela bien que ces sources soient les moins pittoresques de toutes — car les plus signes de continuités plutôt que de mouvements ou de ruptures et donc les mieux connues — dans le grand spectacle de la création du droit. Et, parmi les sources étatiques, les sources à caractère non politique que sont les juridictions et les autorités spécialisées sont peut-être un peu moins bien comprises et un peu plus problématiques que les sources à caractère politique que sont le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre, donc la loi, la Constitution et le décret. C'est pourquoi a été opéré le choix de traiter les premières plus substantiellement que les secondes. Cela n'a

toutefois pas interdit d'obtenir quelques enseignements à l'égard de l'état des sources étatiques dites « politiques » : la loi serait paradoxalement très présente mais trop fragile, tandis que la Constitution et le décret seraient paradoxalement très attendus mais trop discrets. Quant aux sources étatiques dites « non politiques », leur situation s'avère elle-aussi quelque peu contradictoire : les sources étatiques spécialisées seraient bien plus que les sources étatiques juridictionnelles légitimes à élaborer le droit de la communication par internet et pourtant elles édictent bien moins qu'elles de normes intégrant ce droit. Or c'est principalement au moyen des autorités spécialisées que les sources étatiques pourraient potentiellement se renouveler ; mais, pour l'heure, elles se reposent toujours sur la loi et la jurisprudence.

Après avoir ainsi constaté, à l'échelle du droit de la communication par internet, échelle hypothétiquement révélatrice du visage que pourrait présenter demain le droit dès lors que l'ère du droit transnational aurait subrogé l'ère du droit étato-national, combien les sources étatiques du droit feraient face à des mouvements non anecdotiques — plus souvent subis que voulus et touchant davantage leur environnement que leur être —, mais aussi après avoir étudié la condition contrastée des sources publiques externes (dont le développement affecterait la souveraineté juridique de l'État) et surtout après avoir observé et discuté la prospérité et l'originalité normatives des sources privées (dont le développement affecterait la puissance factuelle de l'État), il est tentant de terminer cette thèse en tirant quelques conclusions du point de vue de la perturbation de l'État *dont ces travaux attesteraient et en émettant quelques propositions sous l'angle de la* rénovation de l'État *qu'ils appelleraient.*

I. En 1923, au cours de la discussion devant le Sénat d'une loi dont l'objet était d'encadrer les communications téléphoniques, un parlementaire suscita les rires de la Haute assemblée en décrivant sa situation en ces termes : « Étant à Paris, dans un appartement pourvu du téléphone, j'ai fait l'expérience suivante : demander mon domicile à Versailles, prendre une voiture automobile, rentrer chez moi à Versailles et, après mon arrivée, y recevoir mon appel ! »[1]. Un siècle plus tard, à l'heure de l'internet, le paysage des médias et de la communication n'a plus rien à voir avec ce qu'il était au sortir de la Première Guerre mondiale. En revanche, le droit d'origine étatique repose toujours sur la loi et, donc, sur les débats parlementaires. Si, en 1925, Paul Valéry pouvait décrire des « changements [qui] ont dépassé toute prévision et ont, en quelques années, rendu le monde méconnaissable »[2], les bouleversements technologiques, économiques, sociaux et culturels qui ont suivi ont eux-aussi chamboulé la face du monde. Le XXI^{e} s. ressemble peut-être moins au XX^{e} s. que le XX^{e} s. a ressemblé au XIX^{e} s. Et l'internet ne serait pas étranger à cette révolution du monde qui, par exemple, tend à faire des données personnelles le « nouveau pétrole » : après l' « or noir », l' « or immatériel ». Les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère peuvent ainsi retenir que

> *La révolution numérique […] est cette conjonction historique de la numérisation généralisée de l'information et de sa mise en réseau au niveau planétaire, via Internet, qui constitue non pas une simple rupture technologique mais bien une révolution en raison de ses conséquences sur nos comportements, sur nos manières de penser et sur l'organisation politique, économique, sociale et culturelle de nos sociétés dans un monde global.*[3]

Il est tentant de voir dans l'internet et dans les services qu'il supporte les inventions majeures de l'histoire récente de l'humanité, au moins à l'échelle du

---

[1] Cité par P. MUSSO, « Les débats autour du vote de la loi de 1923 », in C. BERTHO-LAVENIR, dir., *L'État et les télécommunications en France et à l'étranger 1837-1987*, Librairie Droz (Genève), coll. Hautes études médiévales et modernes, 1991, p. 68.

[2] P. VALÉRY, « Sur la crise de l'intelligence », *Revue de France* 1925, p. 617 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières*, *op. cit.*, p. 11).

[3] P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 15.

secteur de la communication[1]. De beaucoup de points de vue, il a existé une ère anté-internetique et il existe une ère internetique[2]. Mais cela vaut-il plus particulièrement du point de vue juridique ? Le droit de la communication par internet pourrait être annonciateur de profondes mutations de l'univers juridique et notamment des sources de normes.

II. Révolutionnaire en soi, véritable « média-choc »[3], l'internet exerce fatalement son influence dans le domaine juridique. C'était l'objet de cette thèse que de mesurer l'impact de l'internet et du web sur le monde du droit, spécialement concernant la question des sources formelles, c'est-à-dire des organes ou ensembles d'organes qui édictent des types particularisables d'actes normatifs. L'hypothèse initiale était que les sources du droit de la communication par internet pourraient être significatives d'un *renouvellement des sources du droit en cours et à venir*. La présente thèse devait ainsi *interroger les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit*, étant considéré qu'étudier le droit de la communication par internet revenait à *étudier un « exemple prospectif » révélateur du « droit de demain »*, certainement pas représentatif de la réalité

[1] Par exemple, Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, voit dans l'internet une « révolution technologique comparable dans ses effets à celle qui suivit l'invention de l'imprimerie à l'époque moderne » (J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*, p. 5). Un ancien Premier ministre raconte que, à la fin des années 1990, alors qu'il était ministre des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le président de France Télécom d'alors (dont il dit taire le nom « par charité ») lui avait conseillé de « ne pas perdre [son] temps avec internet », imaginant que c'était là « une mode dont on ne parler[ait] plus dans six mois » (F. FILLON, allocution aux Assises du numérique 2011 (cité par M. ALBERGANTI, « Quels sont les enjeux technologiques de la révolution numérique ? », Science publique, France culture, 9 déc. 2011)). L'internet a été et est bien plus qu'une mode, même si on en vient désormais à l'imaginer en train de disparaître (notamment, B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, *op. cit.*) et à envisager la figure d'un « post-Internet » aux « conséquences économiques et politiques imprévisibles » (B. BENHAMOU, « Internet des objets : défis technologiques, économiques et politiques », *op. cit.*, p. 5).

[2] Par exemple, L. SORBIER, « Quand la révolution numérique n'est plus virtuelle… », *Esprit* 2006, p. 121 s. ; B. BEAUDE, *Internet – Changer l'espace, changer la société*, *op. cit.* ; J. RIFKIN, *op. cit.*

[3] Réf. à A. MINC, *Le média-choc*, Grasset, 1993.

générale du droit actuelle mais symptomatique de ce à quoi pourrait peut-être ressembler le paysage juridique à moyen terme.

Or il s'avère que, bien que par nature mondial, l'internet ne favorise que peu le développement des sources internationales ; parmi les sources publiques, les sources étatiques demeurent au centre du jeu. Partant, l'enjeu essentiel de cette thèse a consisté à témoigner du poids et de l'originalité des sources privées. Quantitativement, mais souvent aussi qualitativement, les sources privées dominent le droit du contenant de la communication par internet, tandis que, pour ce qui est du droit du contenu de la communication par internet, elles tendent à concurrencer les sources étatiques.

Les difficultés de ces dernières s'expliquent peut-être en premier lieu par leur inadaptation à cet environnement spécifique qu'est le cyberespace. La loi et la jurisprudence pourraient difficilement être pertinentes et efficaces dès lors qu'il s'agit de saisir les technologies et les activités de l'internet ; or les principales sources étatiques du droit de la communication par internet restent, faute de véritable renouvellement, le Parlement et les tribunaux. Par conséquent, il serait potentiellement utile d'engager un travail de recherche et de réflexion autour des causes de la prospérité des sources privées en droit de la communication par internet et des enseignements à en tirer en termes d'évolution de la légistique, d'évolution des sources publiques. Ne convient-on pas que, « pour résoudre les difficultés, il est temps d'engager un double effort *de lucidité et d'inventivité* »[1] ?

III. Au-delà des informations qu'il livrerait à l'égard du « droit du futur » et de ses sources, c'est aussi en soi-même que le droit de la communication par internet interroge. Les problématiques liées à l'internet et à ses usages comptant pour beaucoup parmi les plus décisives à l'heure actuelle, les problématiques juridiques et politiques liées au droit de la communication par internet compteraient forcément pour beaucoup parmi les plus décisives à l'heure actuelle. Par exemple, on compare l'avantage stratégique donné par la science de

[1] J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*, p. 6 (non souligné dans le texte original).

l' « *information warfare* » à celui qui est assuré aux détenteurs de l'arme atomique[1]. La maîtrise des technologies est depuis toujours un domaine dans lequel se joue la puissance économique, militaire et politique d'un pays ; et le contrôle des technologies de l'information, la « suprématie informationnelle »[2], est aujourd'hui une figure universelle de la puissance et l'internet en est le lieu et le levier[3].

Ensuite, à l'échelle non plus de la géopolitique mais du citoyen, il est désormais possible, grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, de commettre des attentats, d'escroquer, de faire grève, de lever des fonds, de consulter des livres et même simplement de vivre dans l'espace immatériel, autant d'agissements entièrement réels et qui peuvent avoir de lourdes répercussions dans l'espace matériel[4]. Un commentateur va jusqu'à estimer que, en 2030 au plus tard, aura été opérée la « fusion des hommes et des machines »[5]. Si ce n'est sans doute pas là une perspective réaliste, il n'en demeure pas moins que le monde présente, à l'aube du troisième millénaire, un visage incomparable à ce qu'il a été par le passé et d'aucuns en viennent à décrire des robots prenant le pouvoir, ce phénomène étant favorisé par leur interconnexion permanente, source d' « intelligence »[6]. Ce n'est pas autre chose que l' « internet des objets » qui est ici en cause, lequel tend à faire disparaître la

[1] B. BENHAMOU, *Souveraineté et réseaux numériques*, Armand Colin, 2006.

[2] *Ibid.*

[3] Il serait tentant d'opérer le raccourci consistant à mesurer la puissance d'un État à l'aune de son niveau de maîtrise de l'internet et des communications qu'il véhicule, les États-Unis et la Chine, pour des raisons et de façons très différentes, étant les deux États parvenant le mieux à contrôler la technologie internetique. On écrit ainsi que, « sur internet, certains États sont plus souverains que d'autres » (É. TARDIEU GUIGUES, « Internet et territoire », *op. cit.*, p. 66).

[4] Ce serait même, à l'heure de l' « homme numérique », le sort de l'humanité qui dépendrait des orientations prises par l'internet et, surtout, par les utilisations qui en sont faites (R. TREGOUËT, *op. cit.*, p. 145 s.).

[5] P. BELLANGER, *op. cit.* Peut-être le « rêve cybernétique de mise en pilotage automatique des affaires humaines » (A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012) n'a-t-il jamais été aussi près de devenir réalité.

[6] Notamment, J.-F. FOGEL, B. PATINO, *op. cit.* ; É. SADIN, *op. cit.*

frontière entre espace matériel et espace immatériel, l'internet devenant autant matériel qu'immatériel et, de la sorte, changeant de nature. Avec le développement des objets connectés, pratiquement plus aucun pan de la vie et de la société ne pourrait échapper à la connexion internetique. De plus en plus d'actes auparavant réservés aux humains sont désormais effectués par des machines sans cerveau mais non sans capacité de discernement. « Nous forgeons nos outils et par la suite nos outils nous forgent à leur tour », prévenait déjà Marshall McLuhan dans les années 1960[1]. Peut-être les « prolongements technologiques de l'homme »[2] risquent-ils de laisser prochainement la place à quelques « prolongements humains des technologies ».

Face à ces nouveaux enjeux, le Conseil d'État observe qu' « une éthique de l'interaction entre les êtres humains et les machines intelligentes […] reste largement à bâtir »[3]. Or les lois censées encadrer les agissements internetiques des hommes et des machines, au-delà de l' « impasse des échelles » temporelle et spatiale qui fait dans tous les cas douter de la possibilité de leur efficacité, ressemblent peut-être aux lois du XVIII[e] s. que Voltaire décrivait en ces termes : « Les lois sont établies par l'intérêt du législateur, pour le besoin du moment, par l'ignorance, par la superstition. On les fait à mesure, au hasard, irrégulièrement, comme on bâtit les villes »[4]. De telles lois ne sauraient répondre utilement aux problématiques « postmodernes » qui émergent. En conséquence, la loi étant l'acte symbolique des institutions étatiques et le droit d'origine étatique se réduisant toujours majoritairement au droit d'origine législative, c'est l'État dans son ensemble qui serait remis en cause par l'internet. *Toutes les caractéristiques de la technologie internetique entrent en contradiction plus ou moins frontale avec les caractéristiques étatiques.* Ainsi qu'en témoigne la problématique du

[1] M. MCLUHAN, *Understanding Media – The Extensions of Man*, McGraw Hill (New York), 1964 (cité par J. CATTAN, *op. cit.*, p. 551).

[2] Réf. à M. MCLUHAN, *Pour comprendre les médias – Les prolongements technologiques de l'homme*, *op. cit.*

[3] Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 53.

[4] VOLTAIRE, V° « Loi », in *Dictionnaire philosophique portatif*, 1764 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *op. cit.*, p. 50).

renouvellement des sources du droit, là où l'État n'évolue qu'à la marge, son environnement connaît des ruptures brutales et change de plus en plus rapidement.

Par ailleurs, aux premiers temps de l'internet, on a imaginé que celui-ci entraînerait une totale homogénéisation des valeurs et des croyances à l'échelle mondiale et, par suite, qu'il serait la cause de la fin de l'État-nation. Cette prophétie ne s'est pas réalisée et, en 2015, le globe terrestre est toujours parsemé de peuples qui s'entretuent parce que leurs valeurs et leurs croyances ne pourraient, pensent-ils, cohabiter. Le web propage la guerre au moins autant que la paix. Néanmoins, les peuples en question sont de moins en moins attachés à des États et, si l'internet ne contribue pas à faire disparaître l'État, il l'affaiblit peut-être grandement. Il importerait dès lors de rechercher les moyens de le défendre, si ce n'est de le « sauver ». Et tout cela ne s'applique-t-il pas plus particulièrement au problème de la souveraineté de l'État ?

IV. Une question que cette thèse invite tout spécialement à poser, en guise d'ouverture ou de prolongement, est celle de *la remise en cause de la souveraineté étatique par le pluralisme des sources du droit* — pluralisme favorisé à la fois par le profond renouvellement qui marque les sources privées et par le maigre renouvellement des sources publiques, étatiques en particulier[1]. Le pluralisme juridique, la complexité et le « réseau » pourraient être au droit « postmoderne » ce que le monisme juridique, la rectitude et la « pyramide » sont au droit moderne.

[1] Blackstone reconnaissait au Parlement britannique un pouvoir « transcendant et absolu » (cité par Ph. LAUVAUX, C. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 735). Continuer à analyser ainsi les choses conduirait peut-être à commettre quelques erreurs de diagnostic à l'heure où il apparaît de plus en plus évident que la puissance privée est en mesure de rivaliser avec la puissance publique, à l'heure où, parmi les 100 entités les plus riches de la planète, il se trouve autant d'entreprises multinationales que d'États (F. DEDIEU, « Des entreprises multinationales plus riches que des pays », [en ligne] <geopolintel.fr>, 13 avril 2012).

La souveraineté, véritable dogme[1], est au cœur du droit de l'État, bien que son sens, son contenu et sa portée soient aujourd'hui encore débattus[2]. Simplement faut-il ici se contenter de voir dans la souveraineté une « puissance absolue »[3] qui s'exprime en premier lieu dans la production des normes juridiques, donc dans les sources du droit[4]. Ainsi est-elle souvent définie telle la « monopolisation du droit positif par l'État »[5]. « Grâce à la souveraineté, retient-on encore, […] l'État crée du droit par ses lois et règlements […] [et] il *contrôle sa création* par d'autres acteurs juridiques »[6]. L'État se spécifierait donc par la maîtrise de la production juridique, *édicter le droit étant l'acte de souveraineté par excellence*. Il disposerait de la « compétence de la compétence », laquelle serait plus précisément la « compétence de la compétence de créer le droit ». Une telle conception de la souveraineté et, par suite, du droit pourra-t-elle être perpétuée pertinemment demain ?

Certes, il est loisible de considérer que, en raison de ce « droit au droit » propre à l'État, les normes d'origine privée indépendantes de la puissance publique, quels que soient leur nombre et leurs qualités, ne seraient pas juridiques et n'entreraient par conséquent pas dans l'objet d'étude du juriste. Mais, plutôt que de se montrer ainsi indifférent aux normes privées, peut-être mieux vaut-il s'intéresser à elles, donc les considérer telles des règles de droit en

---

[1] F. FARDELLA, « Le dogme de la souveraineté de l'État – Un bilan », *Arch. phil. droit* 1997, p. 115.

[2] En particulier, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.* Également, H. DUMONT, « La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif », in Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 452 s. ; Th. BERNS, « Souveraineté, droit et gouvernementalité », *Arch. phil. droit* 2002, p. 351 s. ; F. FARDELLA, *loc. cit.*, p. 115 s. ; A. TRUYOL Y SERRA, « Souveraineté », *Arch. phil. droit* 1990, p. 313 s.

[3] J. BODIN, *op. cit.*, L. I, chap. 10.

[4] Cela même si la souveraineté et la puissance étatiques pourraient être distinguées, la souveraineté étant alors au droit ce que la puissance serait au fait. Ainsi, *le développement des sources publiques externes tendrait à diminuer la souveraineté juridique quand le développement des sources privées tendrait à diminuer la puissance factuelle*.

[5] O. BEAUD, *loc. cit.*, p. 197.

[6] *Ibid.* (non souligné dans le texte original). Cette conception est tout à fait traditionnelle puisque Jean Bodin écrivait déjà que « la première marque et la plus évidente de la souveraineté est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier » (J. BODIN, *op. cit.*, L. I, chap. 10).

bonne et due forme, et pouvoir tirer de ces observations quelques conclusions relativement à l' « état de l'État », relativement au niveau de dégradation de sa souveraineté-puissance. Il pourrait alors y avoir beaucoup à dire, *a fortiori* si était également pris en compte le prisme de l'effectivité des normes[1].

Les sources étatiques sont concurrencées par des sources non étatiques, si bien que la souveraineté de l'État serait mise en doute à l'échelle du droit de la communication par internet. Si le soin d'élaborer le droit devrait appartenir à une puissance « une, inaliénable, indivisible et imprescriptible », suivant les conditions affirmées par le Constituant en 1791, le droit de la communication par internet s'associe à un pluralisme des sources bien plutôt qu'à une telle puissance monolithique. Et il en va de la *fonction d'application du droit* autant que de la fonction de création du droit, spécialement car les modes privés de résolution des litiges tendent à subroger la justice rendue dans les prétoires étatiques. Dans son célèbre avis sur le Sahara occidental de 1975, la Cour internationale de La Haye a précisé que, pour reconnaître la souveraineté à une organisation sociale, et donc en faire un État, des actes qui démontrent une intention d'agir en tant que souverain et un exercice actuel et effectif de l'autorité y correspondant sont nécessaires[2]. Ainsi y aurait-il souveraineté et étaticité à condition qu'une juridiction, une administration, une législation et une force capable de faire respecter la législation s'imposent. Or, pour ce qui est du cyberespace, cette juridiction, cette administration, cette législation et cette force ne restent-elles pas, au moins en partie, à inventer ? C'est le « droit de demain » qui resterait à inventer ; à moins que, à l'aune des présentes recherches, il ne faille plutôt

[1] Par exemple en se basant sur la pensée hobbesienne selon laquelle « l'obligation des sujets envers le souverain s'entend aussi longtemps, et pas plus, que dure la puissance grâce à laquelle il a la capacité de les protéger » (Th. HOBBES, *Léviathan*, 1651, chap. 21 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *op. cit.*, p. 225)). Or la capacité de l'État à protéger ses « sujets » lorsqu'ils s'aventurent dans le cyberespace semble plus difficile à établir que son incapacité à le faire. Les conséquences de ce constat pourraient être grandes dès lors que le lien entre puissance et État a pour corolaire nécessaire un lien entre fin de la puissance et fin de l'État. Peut-être faudra-t-il, à moyen ou long terme, *soit réviser la définition habituelle de l'État, soit prendre acte de l'extinction du phénomène étatique*.

[2] Cour internationale de Justice, avis, 15 oct. 1975, *Sahara occidental*.

envisager de le réinventer tant son visage, tel que le droit de la communication par internet permet de l'imaginer, s'avère souvent insatisfaisant. Mais la tâche s'annonce ardue pour des États qui apparaissent souvent sclérosés et dont la souveraineté semble appelée à se dégrader sans cesse.

Peut-être faudrait-il s'autoriser à interroger la pérennité de la souveraineté, puisqu'elle est le produit contingent de l'histoire et de la volonté humaine et puisqu'on annonce depuis quelques temps que sonnerait l'heure de son « crépuscule »[1]. Seulement, un État sans souveraineté, est-ce bien raisonnable[2] ? Reste que, loin de l'étude des sources du droit et du cyberespace, on s'inquiète de l'effritement et de la « crise » de la souveraineté[3], on juge que la souveraineté des États serait « soumise à rude épreuve »[4], passant « de l'absolu au relatif »[5], spécialement en raison de la mondialisation[6]. On va même jusqu'à proposer que la souveraineté serait « condamnée à disparaître »[7] et à décrire un « monde sans souveraineté »[8]. Dans le cyberespace, où « la puissance de Facebook et de

---

[1] E. WRISTON, *The Twilight of Sovereignty*, 1992 (cité par J. A. GRAHAM, *op. cit.*).

[2] Selon Jean Bodin, la « République » — c'est-à-dire l'État — aurait, par rapport aux autres communautés, « cela d'avantage que c'est une communauté gouvernée par puissance souveraine » (J. BODIN, *op. cit.*, L. III, chap. 7). La souveraineté se présenterait donc tel le premier critère de l'État. L'étaticité dépendant de la souveraineté, c'est l'existence même de l'État qui serait interrogée — pour l'instant à l'aune du droit de la communication par internet et non de manière absolue.

[3] F. FARDELLA, *op. cit.*, p. 115 s. ; B. CUBERTAFOND, « Souveraineté en crise ? », *RDP* 1989, p. 1273 s. Et cela depuis longtemps : *cf.*, en particulier, É. GIRAUD, « Le rejet de l'idée de souveraineté, l'aspect juridique et l'aspect politique de la question », in *Mélanges Georges Scelle*, LGDJ, 1950, p. 253 s.

[4] R. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 118.

[5] H. DUMONT, *op. cit.*

[6] Ch.-A. MORAND, « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation », in *Mélanges Georges Abi-Saab*, Nijhoff (La Haye), 2001, p. 151 s. ; Ch. LEBEN, « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{e} s. », in *Mélanges Philippe Kahn*, *op. cit.* ; E. COHEN, *La tentation hexagonale – La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Fayard, 1996 ; G. TEUBNER, dir., *Global Law without a State*, *op. cit.*

[7] A. HAQUET, « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs* 2000, n° 94, p. 141.

[8] B. BADIE, *Un monde sans souveraineté – Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, coll. L'espace du politique, 1999.

Google est beaucoup plus importante que celle de tout État »[1], ces constats se trouvent plus souvent confirmés qu'infirmés et on en vient à avancer que le combat des États pour leur souveraineté serait aujourd'hui déjà « dépassé »[2].

Ensuite, on propose de « redéfinir la souveraineté »[3], spécialement afin de ne plus en faire un pouvoir exclusif. Le constat du renouvellement des sources du droit, qui est essentiellement le fait des sources privées et qui aboutit à consacrer le pluralisme juridique, incite à suivre cette voie. Un professeur spécialiste du « droit du cyberespace » décrit ainsi une « souveraineté plurielle et composite »[4] induite par la « coexistence de plusieurs systèmes normatifs appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace »[5]. Mais pareille vision de la souveraineté est, semble-t-il, antithétique à la notion habituelle de souveraineté. En tout cas cette proposition est-elle significative des difficultés rencontrées par la souveraineté dans le cyberespace, où sa logique s'avère peu opératoire[6]. Peut-être en ira-t-il bientôt de la sorte en général et non plus à une échelle particulière. Ces limites de la souveraineté et, par suite, de l'État ne s'expliquent-elles pas, en premier lieu, par la remise en cause des idées de peuple et de nation — ainsi que, surtout, de leurs réalités — que provoquerait cette globalisation que l'internet favorise ô combien mais qui le déborde allègrement ?

V. L'article 2 alinéa 5 de la Constitution française affirme, quant à la République, que « son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Le peuple est ainsi placé, ou plutôt se place ainsi, tout à la fois comme source et comme destinataire de son propre gouvernement, c'est-à-dire de

[1] B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, *op. cit.*

[2] P. TÜRK, *op. cit.*, p. 1489.

[3] T. JACOBSEN et *alii*, *Re-envisioning Sovereignty,* Ashgate (Farnham), 2008 ; W. SHAN et *alii*, *Redefining Sovereignty in International Economic Law,* Hart Publishing (Oxford), 2008.

[4] K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit.*, p. 1.

[5] *Ibid.*

[6] On observe que la « nouvelle culture numérique » serait la cause de la « disparition de la souveraineté des États » (P. BELLANGER, *op. cit.*) ou encore qu' « internet est exactement contradictoire avec l'idée de souveraineté » (B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, *op. cit.*).

ses propres lois. *Dans le cyberespace, il est difficile d'identifier ce peuple sur qui reposerait l'État.* Or c'est bien lui qui « proclame solennellement son attachement […] aux principes de la souveraineté nationale »[1]. La souveraineté de l'État reposerait donc sur une autre souveraineté, primaire et première : celle de la nation sans laquelle nulle souveraineté étatique ne serait autorisée. Dès lors que la nation et sa volonté collective se font de moins en moins palpables, de plus en plus évanescentes, ce sont la souveraineté de la nation et, par ricochet, celle de l'État qui se feraient de moins en moins palpables, de plus en plus évanescentes[2]. Et cela s'exprimerait tout spécialement à travers l'essor des sources privées, l'État souverain laissant la place à un État concurrencé[3].

Sitôt que, dans les faits, s'opère une « révolution des pouvoirs »[4] se traduisant par un renouvellement des sources du droit, la théorie devrait en rendre compte — la souveraineté appartenant peut-être avant tout au champ théorique. Ainsi, de plus en plus nombreux sont ceux qui entendent détacher la souveraineté de la nation et, surtout, de l'État. Étant donnée l'histoire de cette notion, cela ne pourrait que signifier son entrée dans une période d'incertitude et de tergiversation risquant d'aboutir à la placer très en retrait au sein du langage des

[1] Const. 4 oct. 1958, préambule.

[2] Si l'État-nation laisse la place à l' « État dénationalisé » (S. SASSEN, *La globalisation – Une sociologie* (2007), Gallimard, 2009, p. 39), cela signifie-t-il que l'État pourrait exister sans nation ? Plusieurs exemples historiques montrent que, si l'État sans nation n'est pas inenvisageable, sa stabilité et sa pérennité peuvent difficilement être garanties.

[3] Il faut rappeler combien cette analyse est exprimée uniquement au vu des comportements des individus dans le monde immatériel. Toutefois, c'est bien à l'aune de la situation d'ensemble qu'un auteur en vient à considérer que le concept de souveraineté serait « condamné à disparaître » (A. HAQUET, « La (re)définition du principe de souveraineté », *op. cit.*, p. 141). La souveraineté connaît des heures difficiles parce que la puissance privée ne semble plus comme avant soumise à la puissance publique. De plus, dans de nombreux domaines, les pouvoirs publics acceptent de déléguer à des institutions supra-étatiques (européennes essentiellement) la mission de créer le droit — *l'existence d'un « effet cliquet » les empêchant de revenir raisonnablement sur leurs engagements par une décision « souveraine »*.

[4] Réf. à M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation*, Gallimard, coll. NRF, 1995.

politistes et des juristes publicistes, là où, jusqu'à présent et depuis longtemps, elle était au tout premier plan[1].

Plus concrètement, l'architecture du droit étatique devrait peut-être, dans ce contexte, connaître quelques évolutions, si ce n'est quelques révolutions — loin de l'immobilisme des sources étatiques du droit que cette thèse a souligné. Est annoncé l'avènement des « *États post-modernes*, dans lesquels la souveraineté tend à faire place à une logique nouvelle d'interdépendance et de coopération »[2], étant entendu que « la postmodernité est indissociable de l'avènement d'une économie post-industrielle reposant sur les *technologies de l'information* »[3]. Dès lors, faut-il prévoir un avenir radieux pour l'État sous la forme de l' « État postmoderne » ou cette dernière expression serait-elle une manière édulcorée de désigner l' « l'État effondré » qui, au XXI^e^ s., serait appelé à prendre la succession de l' « État effronté » du XX^e^ s. ? Il semble que ce soit sur une telle interrogation que débouche, *in fine*, l'étude du renouvellement des sources du droit et, plus précisément, du déploiement de l'empire des sources privées du droit.

VI. *Malgré son apparente évidence, l'État est contingent* ; tout comme les sources étatiques du droit, tout comme la loi et la jurisprudence. L'État ne saurait être le seul mode d'organisation des rapports humains et sociaux et il s'est en conséquence toujours trouvé, au moins potentiellement, concurrencé par d'autres structures socio-politiques[4]. Si « l'État n'appartient qu'aux Temps modernes », comme l'écrivait Karl Marx[5], se pose la question du jour ou de l'époque où ces « Temps modernes » seront remplacés par des « Temps postmodernes ». « Limité

[1] *Cf.*, notamment, B. CUBERTAFOND, « Souveraineté en crise ? », *op. cit.*, p. 1273 s.

[2] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 18 (non souligné dans le texte original).

[3] *Ibid.* (non souligné dans le texte original).

[4] « La forme de l'État souverain, enseigne-t-on, n'est, dans l'histoire, *qu'un moment de l'organisation politique* » (É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1438 (non souligné dans le texte original)).

[5] K. MARX, « Critique de la philosophie politique de Hegel » (1843), in *Œuvres*, t. III, Gallimard, coll. La Pléiade, 1982, p. 904 (cité par Y.-Ch. ZARKA, *op. cit.*, p. 4).

dans son domaine de validité temporelle » selon les mots de Kelsen[1], l'État pourrait avoir une « longue durée »[2] mais il ne saurait être éternel et, quoi qu'il en soit, sa forme actuelle-moderne ne saurait perdurer toujours[3]. Aujourd'hui, il paraît « plus qu'auparavant confronté à un certain nombre de phénomènes — *on se contentera ici de viser internet* — »[4] qui le débordent, qui sont hors de son contrôle et qui font douter de sa capacité à demeurer le cadre pertinent d'organisation politique de la société[5].

Dans *L'Homme révolté*, Albert Camus souligne que « toutes les révolutions modernes ont abouti à un renforcement de l'État »[6]. Peut-être toutes les révolutions « postmodernes », dont celle de l'internet serait l'une des premières en même temps que l'une des plus intenses, aboutiront-elles à un affaiblissement de cet État dont l' « histoire créatrice » serait « parvenue à son terme »[7]. L'internet semble symptomatique de cette réalité et de cet avenir qui échappent de plus en plus à toute autodétermination nationale et étatique. Dans le cyberespace, on entend plus attentivement que nulle part ailleurs la proposition de Jean Carbonnier : « Si l'État vous inquiète, que ne le jetez-vous par-dessus bord ? »[8]. Et, si Pierre Bourdieu envisageait le retrait progressif mais inéluctable

---

[1] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 383.

[2] Réf. à A. BRUGUIÈRE, J. REVEL, *Histoire de la France – La longue durée de l'État*, Le Seuil, coll. Points Histoire, 2000.

[3] *Cf.*, par exemple, J. CHARPENTIER, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in SFDI, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Pedone, 1994, p. 11 s.

[4] F. POIRAT, *op. cit.*, p. 644 (non souligné dans le texte original).

[5] En ce sens, il est remarquable que des députés estiment que ce serait aux citoyens et non aux États d'imposer aux multinationales du web de respecter leurs droits et libertés : P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, *op. cit.*, p. 306 (« la mission a la conviction que c'est par la pression que pourront exercer les citoyens que l'on amènera les grands groupes du numérique à des positions tout à fait respectueuses des droits des individus »).

[6] A. CAMUS, *L'Homme révolté* (1951), Gallimard, coll. Folio essais, 1985.

[7] A. LECA, *Les métamorphoses du droit français – Histoire d'un système juridique des origines au XXI^e siècle*, LexisNexis, 2011, p. 301.

[8] J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *op. cit.*, p. 36.

de l'État[1], l'observation du droit de la communication par internet et du renouvellement des sources du droit dont il témoigne ne pourrait qu'amener à abonder dans le sens de l'illustre sociologue.

Maurice Hauriou imaginait que l'État moderne allait « durer plus d'un millénaire »[2]. Seulement le professeur toulousain ne pouvait-il fonder sa prophétie qu'à la vue du paysage socio-culturel et politique du début du XX^e^ s. et peut-être aurait-il tenu un tout autre discours s'il avait pu prendre en compte les inventions de l'internet et du web ainsi que le déploiement de la mondialisation. De même, peut-être Rudolf von Ihering n'écrirait-il plus aujourd'hui, après que certaines formes d'autorégulation aient montré qu'on peut éventuellement « vivre sans État »[3], que « la forme la plus insupportable d'État est toujours meilleure que l'absence d'État »[4]. L'auteur germanique n'en viendrait-il pas plutôt à tirer quelques conclusions du fait que beaucoup d'acteurs de la communication par internet supportent très bien l'absence d'État et même l'espèrent ou, plus encore, l'exigent ? Or la diminution de la croyance et de la confiance en l'État, que l'émancipation de diverses sources privées du droit et la « crise » des sources publiques traduisent, est peut-être ce qui menace le plus sa pérennité.

VII. Comme celles du droit ou des sources du droit quelles qu'elles soient[5], *la force et la réalité de l'État reposent sur un phénomène de croyance et de confiance*[6]*, sur une fiction*[7]*, sur des piliers psychologiques*, donc sur des piliers relativement fragiles et instables car versatiles. L'institution étatique puise son

---

[1] P. BOURDIEU, *Sur l'État*, *op. cit.*

[2] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. VIII.

[3] Réf. à J.-W. LAPIERRE, *Vivre sans État ?*, Le Seuil, 1977.

[4] R. VON IHERING, *Der Zweck in Recht*, 3^e^ éd., t. I, 1878, p. 245 (cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3^e^ éd., De Boccard, 1928, p. 47).

[5] Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1991, p. 21 (« est droit ce que le groupe social s'accorde à traiter comme tel »).

[6] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 360.

[7] R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 93.

énergie dans les mœurs, à l'instar de la coutume qui ne prend corps que grâce à une « *opinio juris sive necessitatis* »[1]. L'État « n'a pas d'existence en dehors de la reconnaissance de ses sujets, qui, à elle seule, suffit à le constituer »[2]. En somme, comme Dieu et la religion, *l'État et le droit disparaitraient dès lors que l'on n'y croirait plus*[3].

Cette consistance principalement psychologique de l'être étatique, alors que nombre des acteurs de la communication par internet ne semblent guère croire en lui, serait lourde de conséquences : si c'était la majorité de la population qui en venait à se montrer assez indifférente à l'État, peut-être ne pourrait-il guère demeurer longtemps sur son piédestal, car il lui serait impossible de s'imposer unilatéralement sans s'imposer dans la psyché collective, sans cette croyance et cette autorité dans l'esprit de ceux qui doivent constituer son peuple. Dès lors que la condition de reconnaissance sociale en viendrait à ne plus être remplie, peut-être l'État s'écroulerait-il, deviendrait-il un « État-fantôme » et, bientôt, n'existerait-il plus. Le renouvellement des sources du droit, compris comme remplacement des sources étatiques par des sources non étatiques, est peut-être une traduction concrète de ce retrait de l'État. L'idée d'un État immortel trouvant ses origines dans celles de corps mystiques qui ont un commencement mais guère de fin n'engage que ceux qui s'adonnent au culte de l'État, de moins en moins nombreux, semble-t-il, à l'ère des activités et des pensées globales. « Pour aussi

---

[1] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 364.

[2] C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 5. C'est ce que Nietzsche a mis en exergue à la fin du XIX^e^ s., lorsqu'il a annoncé la « mort de Dieu » et son remplacement, en tant qu'« idole » du peuple, par l'État (F. NIETZSCHE, « La nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra*, Verlag von Ernst Schmeitzner (Chemnitz), 1883). Et Léon Duguit pouvait qualifier l'État d'« être artificiel, irréel et imaginaire » (L. DUGUIT, *loc. cit.*, p. 138).

[3] Et le Professeur Michel Troper, avec les réalistes scandinaves selon lesquels l'État s'appuierait uniquement sur la croyance des gouvernés et avec Maurice Hauriou qui faisait dépendre la « valeur juridique » de l'« adhésion des esprits » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. XIX), de relever que, « de même qu'on conçoit un Dieu transcendant au monde, on conçoit un État transcendant au droit » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 149). Aussi a-t-on pu parler de « mythe de l'État » (E. CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1946).

immémoriale qu'en soit l'habitude, l'État n'est pas inscrit dans la nature des choses », avertissait Nietzsche[1], avant de prédire qu' « une génération future verra l'État perdre toute importance »[2].

Reste que l'internet et le web concourraient à la « banalisation » de l'État[3], contribueraient à fragiliser la croyance en l'État, ce qui se traduirait, notamment, par une fragilisation concomitante du droit de l'État, par un développement croissant des foyers privés de normes et par une situation de pluralisme juridique qui ne pourrait guère aller de pair avec une grande puissance étatique. Toutefois, est-il vraiment judicieux de sonder l'avenir du droit et de l'État à l'aune de la communication par internet et des normes qui la régissent ? Cela n'amène-t-il pas à établir des diagnostics erronés ou, du moins, insuffisants ? Le pari pris en cette thèse était qu'il serait possible d'envisager l'actualité et, plus encore, l'avenir du droit et de ses sources à travers le cas symptomatique du droit de la communication par internet.

VIII. Toutes les branches du droit ne suivent pas le modèle du droit de la communication par internet, bien au contraire, ce qui est peut-être heureux pour l'État. Cependant, la tendance ne semble pouvoir être qu'au développement des branches du droit « postmodernes » et « globales » et au retrait des branches du droit modernes et nationales, ainsi qu'à la transformation de certaines branches du droit modernes en branches du droit « postmodernes ». C'est pourquoi le droit de la communication par internet a pu être envisagé tel un *« exemple prospectif »*. « Le temps des États-Nations et des droits nationaux est révolu », gage-t-on désormais sans ambages[4]. Aussi le regard porté sur le droit de la communication par internet, *droit en avance sur son temps*, pouvait-il peut-être servir à anticiper quelques phénomènes d'ordre général à venir, à court ou moyen terme, au premier rang desquels figureraient l'avènement d'une « nouvelle constellation

[1] F. NIETZSCHE, *Le gai savoir* (1882), Gallimard, 1981, p. 333.

[2] *Ibid.*

[3] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 65.

[4] A. LECA, *Les métamorphoses du droit français, op. cit.*, p. 302.

politique »[1] et juridique. Il apparaît de plus en plus contestable que les travaux portant sur l'abandon de l'État ne seraient là que pour « faire sensation », à mille lieues de toute réalité factuelle[2]. Et l'observation du droit de la communication par internet pourrait également être utile à ceux qui recherchent les solutions pertinentes afin de « sauver l'État » ; à moins qu'il faille comprendre que la meilleure solution serait de « sauver le droit » sans « sauver l'État ». Qu'on se souvienne, avec Raymond Carré de Malberg, combien « l'État n'est pas une fin mais un moyen »[3].

L'État « ne mérite ni l'excès d'hommage que lui rendent les uns ni la honte dont le couvrent les autres ; il exige une analyse aussi froide que lui-même »[4]. D'une telle analyse entreprise dans le domaine de la communication par internet, il ne semble pouvoir ressortir qu'un bilan peu satisfaisant pour l'État et pour les sources du droit qui en relèvent. Partant, s'il lui est encore possible de suivre la voie de la « renaissance » plutôt que celle de l' « érosion »[5], l'État devrait peut-être se réformer et, en particulier, ne plus élaborer le droit applicable aux objets « postmodernes » en suivant les canons modernes de la production du droit. En un mot, il devrait devenir cet « État postmoderne » que d'aucuns imaginent, soit un État plus ressemblant qu'antinomique par rapport aux caractéristiques de l'internet. Ce cadre étatique « postmoderne » pourrait, notamment, correspondre au passage d'un « régime de sujétion », de « puissance dominatrice » et de « puissance coercitive » à un « régime de collaboration », ce qu'imaginait déjà Raymond Carré de Malberg au début du XX^{e} s.[6]. Et l' « État postmoderne »

---

[1] Réf. à J. HABERMAS, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

[2] On peut ainsi écrire que la seule ambition de l'État serait « de végéter et de se survivre » et que « le souligner, c'est refuser de céder à aucun obscur sentiment "décliniste". C'est respecter plutôt une irréfragable obligation de lucidité » (R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *op. cit.*, p. 85).

[3] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 25.

[4] H. LEFEVBRE, *De l'État – t. I : L'État dans le monde moderne*, 10/18, 1976, p. 24.

[5] Réf. à O. PAYE, dir., *Que reste-t-il de l'État ? Érosion ou renaissance*, Bruylant (Bruxelles), 2004.

[6] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. VI. L'illustre professeur strasbourgeois s'interrogeait en ces termes : « Le rapport entre l'État et ses membres individuels continuera-t-il à s'analyser en un rapport de commandement et de soumission ? ou, au contraire, le droit

produirait un « droit postmoderne »[1], c'est-à-dire un droit « mou, négocié, pluraliste et réflexif »[2]. Le pluralisme des sources du droit ne serait dès lors plus le symptôme de la « crise » de l'État mais le résultat de la réforme de l'État.

En tout cas l'État d'aujourd'hui ne saurait-il être celui d'hier[3] — à moins qu'il faille plutôt envisager que l'État de demain ne puisse être celui d'aujourd'hui. Selon Maurice Hauriou, il incomberait à l'État de « s'appuyer sur le passé et s'élancer vers l'avenir »[4]. À l'heure de l'internet, il lui appartiendrait surtout de savoir « s'élancer vers l'avenir ». Or, en matière de sources du droit, ainsi que l'indique l'étude qui s'achève, il tend surtout à « s'appuyer sur le passé ». Si des concepteurs de l' « État postmoderne » en font le fruit d'une « pensée de la déconstruction de l'État »[5], n'est-il pas possible de penser la reconstruction de l'État en pensant l' « État postmoderne » ? En particulier, il s'agirait de penser *la reconstruction des sources étatiques du droit*, de penser le dépassement de la loi mais aussi la refondation de la loi.

IX. Peut-être l'État n'a-t-il jamais été aussi contesté et menacé qu'actuellement et continue-t-il d'exister seulement parce qu'aucun modèle alternatif efficace n'est proposé. Rien n'assure que cette situation puisse se prolonger durant des

---

public interne est-il parvenu à l'aube d'une ère meilleure, au cours de laquelle le fonctionnement de l'activité étatique sera assuré, non plus au moyen d'ordres impérieux et de contraintes irrésistibles s'exerçant sur les individus et impliquant l'existence d'une volonté étatique supérieure à eux, mais par le libre jeu des efforts individuels que chaque citoyen sentira le besoin de fournir spontanément et bénévolement […] ? Domination ou collaboration : dans lequel de ces deux sens se formera le droit de l'avenir ? » (*ibid.*, p. VII). Et d'écrire plus loin : « Il est entendu que l'État ne peut pas plus fonctionner sans le concours de l'ensemble des citoyens qu'une société ou un groupement quelconque ne pourrait subsister sans le concours de ses membres. […] La notion de puissance dominatrice devrait céder le pas devant celle, plus haute, de collaboration » (*ibid.*, p. XIII-XIV).

[1] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 99. Toutefois, du point de vue du professeur, les phénomènes ne seraient pas liés par un lien de causalité mais par un lien de concomitance (*ibid.*).

[2] J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », *op. cit.*, p. 681.

[3] Réf. à R. MASPÉTIOL, « L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? », *Arch. phil. droit* 1976, p. 3 s.

[4] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. XIII.

[5] L. ROUBAN, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 13.

décennies et peut-être la « crise de l'État », phénomène préoccupant à plus d'un titre que la problématique du renouvellement des sources du droit permet d'éclairer, doit-elle être prise au sérieux[1].

Selon Jean-Jacques Rousseau,

> *Le corps politique, aussi bien que le corps de l'homme, commence de mourir dès sa naissance et porte en lui-même les causes de sa destruction. Mais l'un et l'autre peuvent avoir une constitution plus ou moins robuste et propre à les conserver plus ou moins longtemps. La constitution de l'homme est l'ouvrage de la nature, celle de l'État est l'ouvrage de l'art. Il ne dépend pas des hommes de prolonger leur vie, mais il dépend d'eux de prolonger celle de l'État aussi loin qu'il est possible, en lui donnant la meilleure constitution qu'il puisse avoir. Le mieux constitué finira, mais plus tard qu'un autre, si nul accident imprévu n'amène sa perte avant le temps.*[2]

Or la Constitution ne comporte-t-elle pas l'essentiel du « droit des sources », si bien que, pour rénover les sources étatiques, il faudrait nécessairement rénover la Constitution ? Peut-être importe-t-il en tout cas de retenir la leçon selon laquelle un État dont les institutions sont adaptées à son environnement et sont capables de s'ajuster en fonction de l'évolution de cet environnement aurait autrement plus de chances de survivre aux crises qu'il pourrait devoir affronter qu'un État sclérosé et se reposant sur une structure qui, étant ancestrale, risque fort d'être aussi archaïque. « La véritable mesure de performance des organisations modernes, écrit-on, est leur capacité de lire et de comprendre la situation, et de se transformer rapidement afin de pouvoir répondre de façon créatrice aux défis que posent les nouveaux contextes »[3].

---

[1] Sur ce point, il est remarquable que le Professeur Olivier Beaud expliquait, en 1994, que « le problème certainement le plus actuel et passionnant [est celui] de l'éventuelle péremption de l'État. La grande question philosophico-juridique d'aujourd'hui est celle de savoir si l'État n'est pas dépassé en tant que forme d'expression juridique du pouvoir politique. Le contraste toujours plus grand entre cette forme juridico-politique et la réalité sociale frappe les observateurs lucides » (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 13).

[2] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 11.

[3] G. PAQUET, « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », *op. cit.*, p. 215. Et cet auteur d'ajouter que « les vieilles organisations hiérarchiques et contrôlées centralement, comme l'État, sont plutôt

L'étude des sources du droit de la communication par internet est, sous cet angle, ô combien révélatrice des modestes « performances » de l'État, notamment en comparaison de celles de certaines organisations privées.

L'institution étatique et le droit qui l'accompagne auraient connu, depuis leur apparition, trois métamorphoses : la première daterait de la réforme protestante, qui aurait donné naissance à un pouvoir souverain émancipé du Pape mais non de toute référence spirituelle ; la seconde, inaugurée par la Révolution française de 1789, aurait vu disparaître l'équilibre entre pouvoir temporel et autorité spirituelle, conférant à l'État une grande puissance ; la troisième serait venue en réponse à la crise de légitimité qui a frappé l'être étatique lorsque, avec l'essor du capitalisme industriel et du positivisme scientifique, on a commencé à voir en lui un simple instrument d'administration ou de domination[1]. C'est cette crise qui aurait favorisé l'avènement de l'État actuel[2]. À l'aune des enseignements tirés de l'étude des sources du droit de la communication par internet, dont celui selon lequel la hiérarchie des « faits normatifs » pourrait se renverser, au profit des puissances privées et au préjudice de la puissance publique[3], une quatrième métamorphose du droit et de l'État n'est-elle pas à attendre ?

---

inefficaces dans ce genre d'adaptation car elles étouffent l'innovation, répriment les aspirations et ralentissent la croissance de la productivité. […] Pour sortir de la situation fâcheuse dans laquelle elles se trouvent, ces organisations hiérarchiques (dont l'État centralisateur) doivent adopter des stratégies paradoxales et apparemment contradictoires qu'elles ont de la difficulté à conceptualiser et pour lesquelles elles sont bien mal équipées. D'un côté elles doivent s'organiser et se structurer, et de l'autre se désorganiser et se déconcentrer ; devenir plus petites (à mesure que les firmes s'éclatent), et plus grandes (à mesure que leurs réseaux grandissent) ; avoir plus d'autonomie et plus de latitude, mais également plus de partenaires. Les organisations qui réussissent sont celles qui trouvent les moyens de réconcilier ces besoins contradictoires de concurrence et de coopération » (*ibid.*).

[1] A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard, coll. Leçons inaugurales du Collège de France, 2013.

[2] M. CROZIER, *État modeste, État moderne – Stratégies pour un autre changement*, *op. cit.*

[3] Au moyen de son vocabulaire particulier, Gurvitch expliquait que « s'est établie, depuis le XVI^e^ siècle, la primauté du "fait normatif" de l'État sur les autres "faits normatifs", primauté dont la seule justification juridique était la carence, jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle, d'autres "faits normatifs" de caractère commun et

X. *In fine*, tout dans l'histoire des sociétés ne serait fait que d'éternels recommencements et, face à cet objet « postmoderne » que serait l'internet et face à cette branche du droit « postmoderne » que serait le droit de la communication par internet, il faut peut-être observer, aux côtés de Tocqueville, classique parmi les classiques, que « le nouveau monde qui s'élève est encore à moitié engagé sous les débris de l'ancien monde qui tombe, et, au milieu de l'immense confusion que présentent les affaires humaines, nul ne saurait dire ce qui restera debout des vieilles institutions et ce qui achèvera d'en disparaître »[1]. Il semble fort que seul l'avenir puisse établir avec précision ce que deviendront les sources du droit et ce que deviendra l'État.

Dans les années 1920, le juriste belge Paul Otlet exposa le projet de réunir toutes les connaissances du monde en un lieu unique et centralisé, sorte de bibliothèque universelle. Il reçut notamment l'appui du Roi de Belgique et Le Corbusier dessina les plans du bâtiment. Déjà des équipes rédigeaient, répertoriaient et classaient des notices avec pour but affiché de contribuer au progrès de l'intelligence humaine en recensant et en organisant l'ensemble des savoirs. Mais, à partir de 1934, Otlet perdit un à un tous ses soutiens après avoir esquissé une prophétie en laquelle personne ne crut et qui le fit passer pour utopiste :

> *La table de travail ne sera plus chargée d'aucun livre. À leur place se dressera un écran et à portée un téléphone. Là-bas au loin, dans un édifice immense, seront tous les livres et tous les renseignements. De là, on fera apparaître sur l'écran la page à lire pour connaître la réponse à la question posée par téléphone, avec ou sans fil. […] Cette utopie, parce qu'elle n'existe encore*

---

non de caractère particulariste. Mais cette primauté est une question de fait : au moment où s'organisent des communautés et des organisations pouvant représenter l'intérêt général sous l'aspect économique, international etc., la hiérarchie des "faits normatifs", établie par la primauté de l'État, s'ébranle et ne peut plus se justifier » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 148).

[1] A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 272.

> *nulle part, pourrait bien devenir la réalité pourvu que se perfectionnent encore nos méthodes et notre instrumentation.*[1]

Qui sait quels objets « néo-postmodernes » les normes seront bientôt chargées d'encadrer et quelles conséquences le droit « néo-postmoderne » qui en résultera emportera pour la doctrine des sources du droit ? En définitive, le renouvellement des sources du droit et le droit de la communication par internet enseignent que la seule règle universelle et immuable de la pensée et de la science juridiques pourrait être :

Le droit est mort, vive le droit !

[1] P. OTLET, *Traité de documentation – Le livre sur le livre – Théorie et pratique*, Éditions Mundaneum (Bruxelles), 1934, p. 428.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires, encyclopédies et codes annotés

ATELIN Ph., DORDOIGNE J., *Réseaux informatiques – Notions fondamentales*, 5e éd., Eni éditions, 2013

BADILLO P.-Y., ROUX D., *Les 100 mots des télécommunications*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2009

BALLE F., COHEN-TANUGI L., dir., *Dictionnaire du web*, Dalloz, 2009

COMMISSION FRANÇAISE POUR L'UNESCO, *La société de l'information : glossaire critique*, La documentation française, 2005

GHORRA-GOBIN C., *Dictionnaire des mondialisations*, Armand Colin, 2006

GUALINO J., *Dictionnaire pratique informatique, Internet et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Gualino, 2006

LECOQ T., LISARELLI D., *Encyclopédie de la web Culture*, Robert Lafont, 2011

QUECK R. et alii, *Code thématique de droit des communications électroniques*, Larcier (Bruxelles), 2009

STENER C., dir., *Dictionnaire politique d'Internet et du numérique – Les 66 enjeux de la société numérique*, La Tribune, 2009

TRÉZÉGUET M., dir., *Lamy droit de l'immatériel – Code annoté*, coll. Droit de l'immatériel, Lamy, 2010

II. Traités, manuels et guides

AGOSTINELLI X., DEBBASCH Ch., ISAR H., *Droit de la communication – Audiovisuel, presse, internet*, Dalloz, coll. Précis, 2001

BALLE F., *Les médias*, 5e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2010

BATTU D., *Télécommunications – Principes, infrastructures et services*, 3e éd., Dunod, 2002

BENSOUSSAN A., dir., *Internet, aspects juridiques*, 2e éd., Hermès, 1998

BENYEKHLEF K., TRUDEL P. et *alii*, *Droit du cyberespace*, Thémis (Montréal), 1997

BISMUTH Y., *Droit de l'informatique – Éléments de droit à l'usage des informaticiens*, L'Harmattan, 2011

BRUGUIÈRE J.-M., DEPREZ P., FAUCHOUX V., *Le droit de l'internet – Lois, contrats et usages*, LexisNexis, coll. Professionnels, 2014

CAPRIOLI É. A., *Droit international de l'économie numérique*, 2e éd., Litec, 2007

CASTETS-RENARD C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, 2e éd., Montchrestien, coll. Cours, 2012

CHATILLON G., dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2009

COSTES L., dir., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux – Guide*, Lamy, coll. Droit de l'immatériel, 2011

COUSIN B., DELCROS B., *Le droit de la communication*, Le Moniteur, 1990

DEBBASCH Ch., dir., *Droit des médias*, Dalloz, 1999

DE BELLESCIZE D., FRANCESCINI L., *Droit de la communication*, 2e éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011

DEHOUSSE F., VERBIEST Th., ZGAJEWSKI T., *Introduction au droit de la société de l'information : synthèse en droits belge et européen*, Larcier (Bruxelles), 2007

DEPREZ P., FAUCHOUX V., *Le droit de l'Internet – Lois, contrats et usages*, Litec, coll. Professionnels, 2008

DERIEUX E., GRANCHET A., *Droit des médias – Droit français, européen et international*, 6e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2010

DERIEUX E., GRANCHET A., *Le droit des médias*, 4e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010

DERIEUX E., GRANCHET A., *Droit de la communication – Lois et règlements – Recueil de textes*, Victoires Éditions, 2011

DEVÈZE J., FRAYSSINET J., LUCAS A., *Droit de l'informatique et de l'internet*, Puf, coll. Thémis droit privé, 2001

DREYER E., HUET J., *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011

FERAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit 2011 / 2012*, 5e éd., Dalloz, 2010

FOREST D., KAUFMAN G., *Droit de l'informatique*, Gualino, coll. Droit en action, 2010

GAVALDA Ch., SIRINELLI P., dir., *Lamy droit des medias et de la communication*, t. II, Lamy, 2012

GRYNBAUM L., LE GOFFIC C., MORLET-HAÏDARA L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. Précis, 2014

HAAS G., *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2004

HOLLANDE A., LINANT DE BELLEFONDS X., *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, 6e éd., Dalloz, coll. Delmas, 2008

HUET J., MAISL H., *Droit de l'Informatique et des Télécommunications*, Litec, 1989

LARRIEU J., *Droit de l'Internet*, 2e éd., Ellipses, coll. Mise au point, 2010

LINNANT DE BELLEFONDS X., *Le droit du commerce électronique*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2005

POULLET Y., *Le droit des contrats informatiques*, Larcier, 1983

PUJOLLE G., *Les réseaux*, 7e éd., Eyrolles, 2011

RABAGNY-LAGOA A., *Droit du commerce électronique*, Ellipses, coll. Mise au point, 2011

RICARD J.-D., *Droit et jurisprudence en matière de postes, télégraphes, téléphones*, Sirey, 1931

TCHIKAYA B., *Droit international des télécommunications*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2008

TRUDEL P., *Droit de l'information et de la communication – Notes et documents*, Thémis (Montréal), 1984

VERBIEST Th., *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, De Boeck-Larcier (Bruxelles), 2005

VERBIEST Th., WERY E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information, droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), coll. Création information communication, 2001

VIVANT M., *Le droit de l'entreprise et internet*, PUAM (Aix-en-Provence), 2002

VIVANT M., dir., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, coll. Droit de l'immatériel, 2011

WERY E., *Paiements et monnaie électronique : droits européens, français et belge*, Larcier (Bruxelles), 2007

III. Monographies collectives

ALBROW M., KING E., dir., *Globalization, Knowledge and Society: Readings front International Sociology*, Sage (Londres), 1990

ALLOTT A., WOODMAN G. R., dir., *People's Law and State Law*, Foris Publications (Dordrecht), 1985

ANCEL P., RIVIER M.-C., dir., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001

ANCEL P., AUBERT J.-L., DE BÉCHILLON D. et *alii*, *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006

ARCEP, *Économie numérique et mondialisation*, Les cahiers de l'ARCEP, 2012

Arch. phil. droit 1968, « Sur les notions du contrat »

Arch. phil. droit 1980, « La loi »

Arch. phil. droit 1982, « Les sources du droit »

Arch. phil. droit 1985, « La jurisprudence »

Arch. phil. droit 1987, « Le droit international »

Arch. phil. droit 1999, « Le droit et l'immatériel »

Arch. phil. droit 2003, « La mondialisation entre illusion et utopie »

Arch. phil. droit 2007, « La création du droit par le juge »

Arch. phil. droit 2009, « L'arbitrage »

Arch. phil. droit 2011, « L'e-justice »

Arch. phil. droit 2013, « L'entreprise multinationale dans tous ses États »

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Economica, 1980

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Economica, 1983

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1996

ASSOCIATION SUISSE D'ÉTUDE DE LA CONCURRENCE, CENTRE DE DROIT COMPARÉ ET EUROPÉEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE, *Le droit au défi d'Internet*, Droz (Genève), 1997

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES, *Neutralité des réseaux – Network Neutrality*, 2010

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, 2012

BAHU-LEYSER D., FAURE P., dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000

BEAUD M., DOLLFUS M., GRATALOUP C., HUGON Ph., KÉBADJIAN G., LÉVY J., *Mondialisation, les mots et les choses*, Karthala, 1999

BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme – Le renouvellement des sources du droit*, Economica, coll. Études juridiques, 2011

BELLEY J.-G., ISSALYS P., dir., *Aux frontières du juridique – Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Faculté de droit de l'Université Laval (Montréal), 1993

BEN ACHOUR R., LAGHMANI S., dir., *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Pedone, 2002

BENSOUSSAN A., dir., *Internet, aspects juridiques*, Hermès, 1998

BENYEKHLEF K. et *alii*, *Le règlement en ligne des conflits : enjeux de la cyberjustice*, Romillat, 2003

BENYEKHLEF K. et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008

BENYEKHLEF K., dir., *Vers un droit global ?*, Thémis (Montréal), 2016

BERGEL J.-L., dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix en Provence), 2001

BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005

BERLEUR J., LAZARO Ch., QUECK R., dir., *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant-Presses universitaires de Namur (Bruxelles-Namur), 2002

BERTHOUD A., SERVERIN É., dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000

BLANDIN-OBERNESSER A., dir., *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Publications du Pôle européen Jean-Monnet (Rennes), 2001

BOISSON DE CHAZOURNES L., MEHDI R., dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005

BONNEAU Th., MAZEAUD D., dir., *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Éditions Panthéon-Assas, 2016

BOURCIER D., DULONG DE ROSNAY M., dir., *International Commons at the Digital Age ou la création en partage*, Romillat, 2004

BOURCIER D., THOMASSET C., dir., *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Diderot, 1996

BOYER R., DRACHE D., dir., *States against Markets – The Limits of Globalization*, Routledge (Londres), 1996

BRETON A., DES ORMEAUX A., PISTOR K., SALMON P., dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010

BROUSSEAU E., MARZOUKI M., MEADEL C., dir., *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012

CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD Ph., HACHEZ I., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013

CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD Ph., HACHEZ I., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 2 : Normes internes infraconstitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013

CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD Ph., HACHEZ I., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 3 : Normativités concurrentes*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013

CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD Ph., HACHEZ I., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013

CARTY A., dir., *Post-Modern Law*, Edinburg University Press, 1990

CHATILLON G., dir., *Droit européen comparé d'Internet*, Bruylant (Bruxelles), 2000

CHATRY S., dir., *La régulation d'internet – Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2016

CHEMILLIER-GENDREAU M., MOULIER-BOUTANG Y., dir., *Le droit dans la mondialisation*, Puf, coll. Actuel Marx-confrontations, 2001

CHEVALIER J.-M. et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000

CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012

CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998

COLONOMOS A., dir., *Sociologie des réseaux transnationaux*, L'Harmattan, 1995

COMMAILLE J., JOBERT B., dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, 1998

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our global Neighborhood – Report of the Commission on Global governance*, Oxford University Press, 1996

CONSEIL D'ÉTAT, *Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1998

CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2008

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 2013

CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014

CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, *La protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet*, 2012

CRÉPEAU F., dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant (Bruxelles), 1997

CZEMPIEL E.-O., ROSENAU J. N., dir., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992

DEBLOCK Ch., DELAS O., dir., *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2003

DEIBERT R., PALFREY J. dir., *Access Denied – The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, MIT Press (Cambridge), 2008

DEMUIJNCK G., VERCAUTEREN P., dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009

DIEUX X. et *alii*, *L'autorégulation*, Bruylant (Bruxelles), 1995

DREYFUS N., dir., *Marques et noms de domaine de l'internet*, Hermès Science, 2001

Droit et société 2011/3, « Le rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes »

Droit et société 2011/1, « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi »

Droit et société 1997/35, « Globalisation des échanges et espaces juridiques »

Droit et société 1995/29, « La médiation »

Droit et société 1994/27, « Production de la norme juridique »

Droit et société 1989/13, « Lumières – Révolution – Post-modernisme »

Droit et société 1989/11-12, « Niklas Luhmann : autorégulation et sociologie du droit »

ESPOSITO F., LEVRAT N., dir., *Europe : de l'intégration à la fédération*, Bruylant (Bruxelles), 2010

FAUVARQUE-COSSON B. et *alii*, *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2003

FEATHERSTONE M., dir., *Undoing Culture – Globalization, Postmodernism and ldentity*, Sage, 1995

FESLER D., SIMONART V., STEENBERGEN J., *L'autorégulation*, Bruylant (Bruxelles), 1995

FORNACCIARI M. et *alii*, *Droit et informatique – L'hermine et la puce*, Masson, 1992

FRISON-ROCHE M.-A., GÉLARD P., dir., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, AN, n° 3166, 2006

FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016

FRYDMAN B., MANDOUX P. et *alii*, *Internet sous le regard du droit*, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997

FUENTES-CAMACHO T., dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, 2000

GAUTIER P.-Y. et *alii*, *Internet saisi par le droit*, Parques, 1997

GAUTRAIS V., dir., *Droit du commerce électronique*, Thémis (Montréal), 2002

GHERARI H., SZUREK S., dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003

GREFFE X., SONNAC N., dir., *Culture web*, Dalloz, 2008

GROUPE DE HAUT NIVEAU SUR LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION, *L'Europe et la société de l'information planétaire*, 1994

GUICHARD É., dir., *Mesures de l'Internet*, Les canadiens en Europe, 2004

HIRVONEN A., dir., *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press (Londres), 1998

HUET P., dir., *Le droit du multimédia (de la télématique à l'internet)*, Éditions du Téléphone, 1996

HULIN A., SMITH J., dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias – Les questions et les réponses*, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Vienne), 2008

JESTAZ Ph., THOMASSET C., VANDERLINDEN J., dir., *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, Dalloz-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2000

KASIRER N., NOREAU P., dir., *Sources et instruments de justice en droit privé*, Thémis (Montréal), 2002

KIRBY M. et *alii*, *Les droits de l'homme dans le cyberespace*, UNESCO-Economica, coll. Droit du cyberespace, 2005

LEBESSIS N., PETERSON J., SCHUTTER O., dir., *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes (Bruxelles), 2001

LÉVY J. et *alii*, *L'invention du monde – Une géographie de la mondialisation*, Presses de Sciences Po, 2008

LOQUIN É., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000

MAGNETTE P., REMACLE E., dir., *Le nouveau modèle européen, vol. 1 : Institutions et gouvernance*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000

MATHEWS R., dir., *Informal Justice?*, Sage Publications (Londres), 1988

MOCKLE D., dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruylant (Bruxelles), 2002

MOLFESSIS N., dir., *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005

MONTERO É., dir., *Internet face au droit*, Story Scientia (Bruxelles), 1997

MONTERO É., dir., *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Bruylant (Bruxelles), 1999

MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001

OLIVENNES D., dir., *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux – Rapport au ministre de la culture et de la communication*, 2007

PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet*, 2009

PROULX S., VITALIS A., dir., *Vers une citoyenneté simulée : Médias, réseaux et mondialisation*, APOGEE, coll. Médias et nouvelles technologies, 1998

RACINE J.-B., dir., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002

RICOU B., TOUZEIL-DIVINA M., dir., *Communications électroniques – Objets juridiques au cœur de l'Unité des droits*, L'Epitoge-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012

SECRÉTARIAT DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La gouvernance de l'internet et ses ressources critiques*, Conseil de l'Europe (Strasbourg), 2009

SNYDER F., dir., *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing (Oxford), 2000

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Pedone, 2000

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013

TEUBNER G., dir., *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997

TEYSSIÉ B., dir., *La communication numérique, un droit, des droits*, Éditions Panthéon-Assas, 2013

VIER C. et *alii*, *L'internet et le droit – Droit français, européen et comparé de l'internet*, Victoires éditions, coll. Légipresse, 2001

IV. Monographies individuelles

AGUADO A., *Le droit de l'internet*, Sud-ouest, 2003

ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2005

AMBLARD Ph., *Régulation de l'internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), coll. Cahiers du CRID, 2004

ANDRÉ B., PIETTE-COUDOL Th., *Internet et le droit*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1999

ANDREFF W., *Les multinationales globales*, La découverte, 1995

ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003

AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010

AUERBACH J. S., *Justice Without Law?*, Oxford University Press (New York), 1983

BADIE B., *La fin des territoires*, Fayard, 1995

BALLE F., *Médias et sociétés*, 14e éd., Montchrestien, 2009

BARBET P., LIOTARD I., *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, L'Harmattan, 2006

BARBIER F., BERTHO LAVENIR C., *Histoire des médias – De Diderot à Internet*, 3e éd., Armand Colin, coll. U histoire, 2009

BASTIT M., *Naissance de la loi moderne*, Puf, coll. Léviathan, 1989

BAUCHET P., *Régulation et mondialisation, le modèle américain revu par l'Europe*, L'Harmattan, 2007

BAYART J.-F., *Le gouvernement du monde – Une critique politique de la globalisation*, Grasset, 2004

BEAUDE B., *Internet – Changer l'espace, changer la société*, FYP, coll. Société de la connaissance, 2011

BEAUDE B., *Les fins d'internet*, FYP, coll. Stimulo, 2014

BEAULANDE-BARRAUD V., CLAUSTRE J., MARMURSZTEJN E., *La fabrique de la norme – Lieux et modes de production des normes au moyen-âge et à l'époque moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2012

BEAURAIN N., JEZ E., *Les noms de domaine de l'internet*, Litec, 2001

BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994

BECK U., *What is Globalization?*, Polity Press (Cambridge), 2000

BECK U., *Pouvoirs et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Flammarion, 2003.

BELAID S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974

BELLANGER A., *La théorie de l'information*, Gallimard, 2012

BELLEY J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société*, Éditions Yvon Blais (Cowansville), 1998

BELLI L., *De la gouvernance à la régulation de l'internet*, Berger-Levrault, coll. Au fil des études, 2016

BENHAMOU B., *Souveraineté et réseaux numériques*, Armand Colin, 2006

BENYEKHLEF K., GÉLINAS F., *Le règlement en ligne des conflits – Enjeux de la cyberjustice*, Romillat, 2003

BERGER M., *Le droit communautaire des télécommunications*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1999

BERGER S., *Notre première mondialisation – Leçons d'un échec oublié*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2003

BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973

BERTRAND A., PIERRE-COUDOL Th., *Internet et le droit*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2000

BLAMPAIN J., PALUT L., *Résistance sur Internet, utopie technologique contre logique marchande*, L'Harmattan, 2000

BLANDIN A., *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant (Bruxelles), 2016

BLOCHE P., VERCHÈRE P., *Les droits de l'individu dans la révolution numérique*, rapport d'information n° 3560, AN, 2011

BOISVERT Y., *Le postmodernisme*, Boréal, coll. Boréal express, 1995

BONAFÉ A., GUIEYSSE M., THÉRY G., *Les autoroutes de l'information – Rapport au Premier Ministre*, La documentation française, 1994

BONAFÉ-SCHMITT J.-P., *La médiation : une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992

BONAFÉ-SCHMITT J.-P., GÉRARD C., PICON D., PORCHER P., *Les justices du quotidien : les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, Presses de l'Université de Lyon II, 1986

BRUNET P. J., *Éthique et internet*, Presses Universitaires de Laval (Québec), 2002

BUHLER P., *La puissance au XXI^{ème} siècle – Les nouvelles définitions du monde*, CNRS Éditions, 2011

CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002

CAPRIOLI E. A., *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, Litec, 2007

CARDON D., *La démocratie Internet, promesses et limites*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2010

CASILI A., *Les liaisons numériques*, Le Seuil, 2010

CASSESE A., *Droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, 1986

CASSESE A., WEILER J. H., *Change and Stability in International Law-making*, De Gruyter, 1988

CASTELLS M., *La société de l'information, t. I : L'ère de l'information*, Fayard, 1998

CASTELLS M., *La galaxie Internet*, Fayard, 2001

CASTELLS M., *La société en réseau, l'ère de l'information*, Fayard, 2001

CASTELLS M., *The power of identity*, Blackwell Publishers, 2004

CATALA P., *Le droit à l'épreuve du numérique – Jus ex machin*a, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1998

CATTAN J., *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Droit de l'information et de la communication, 2015

CHAUVIER S., *Justice et droits à l'échelle globale*, Vrin-EHESS, 2006

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008

CHICHE N., *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014

COHEN E., *La tentation hexagonale – La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Fayard, 1996

COHEN-TANUGI L., *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, 1999

COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, 2e éd., Puf, coll. Quadrige - Essais débats, 2007

COLIN N., VERDIER H., *L'âge de la multitude – Entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Armand Colin, 2012

COLOMBAIN J., *La cyberculture*, Milan, 1997

COLOMBAIN J., *Surfez tranquille – Internet en toute sécurité*, Milan, coll. Les essentiels, 2007

CORNIOU J.-P., *Le web 15 ans déjà… et après ?*, Dunod, 2009

CROCQ I., *Régulation et règlementation dans les télécommunications*, Economica, 2004

CRUQUEMAIRE A., *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine*, Bruylant (Bruxelles), coll. Cahiers du CRID, 2002

CUBERTAFOND B., *La création du droit*, coll. Le droit en questions, Ellipses, 1999

CURIEN N., MAXWELL W., *La neutralité d'Internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011

CZEMPIEL E.-O., ROSENAU J. N., *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992

D'ALMEIDA F., DELPORTE Ch., *Histoire des médias en France – De la Grande Guerre à nos jours*, Flammarion, coll. Champs Histoire, 2010

DANILENKO G. M., *Law-making in the International Community*, Nijhoff, 1993

DE LA RAUDIÈRE L., ERHEL C., *Rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, AN, n° 3336, 2011

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994

DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998

DELPLANQUE M., *Gouvernance globale, gouvernement du monde*, Bénévent, coll. Libelli, 2004

DELPRAT L., HALPERN C., *Communication et Internet : pouvoirs et droits*, Vuibert, 2007

DEPREZ P., FAUCHOUX V., *Lois, contrats et usages du multimédia*, 2e éd., Dixit, 2000

DERIEUX E., GRANCHET A., *Réseaux sociaux en ligne – Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, coll. Axe droit, 2013

DE SENARCLENS P., *La mondialisation – Théorie, enjeux et débats*, 4e éd., Armand Colin, 2005

DE SOUSA SANTOS B., *Law and Globalization from Below*, Cambridge University Press, 2005

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, 2002

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013

DEVINAT M., *La règle prétorienne en droit civil français et dans la* common law *canadienne*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005

DEZALAY Y., *Marchands de droit – La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992

DIONNE-BALZ A., HIANCE O., *Business et droit d'Internet*, Best of, 1996

DOLLFUS O., *L'espace-monde*, Economica, 1994

DONDERO B., *Droit 2.0 – Apprendre et pratiquer le droit au XXIe s.*, LGDJ, coll. Forum, 2016

DUHEN W., *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Droit de l'information et de la communication, 2013

DUPUY G., *Internet, géographie d'un réseau*, Ellipses, 2002

EHRLICH E., *Contribution à la théorie des sources du droit*, 1902

ENGHELARD Ph., *L'homme mondial – Les sociétés peuvent-elles survivre ?*, Le Seuil, 1996

FALQUE-PIERROTIN I., *Internet : enjeux juridiques*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1997

FALQUE-PIERROTIN I., THERY J.-F., *Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, 1998

FENOLL-TROUSSEAU M.-P., HAAS G., *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2000

FERRY J., QUEMENER M., *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, Economica, 2007

FLICHY P., *Une histoire de la communication moderne – Espace public et vie privée*, La découverte, 1991

FLICHY P., *L'imaginaire d'Internet*, La découverte, coll. Sciences et société, 2001

FOGEL J.-F., PATINO B., *La condition numérique*, Grasset, 2013

FRYDMAN B., *Les transformations du droit moderne*, Story-Scientia-Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. À la rencontre du droit, 1999

FRYDMAN B., *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), 2014

FUENTES CAMACHO T., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, 2000

GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle – L'exemple des communications électroniques*, Bruylant (Bruxelles), 2010

GAUTRAIS V., *Le contrat électronique international*, Bruylant (Bruxelles), 2002

GÉA F., *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, LGDJ, 2009

GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991

GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I et II, LGDJ, 1954

GERRY-VERNIÈRES S., *Les « petites » sources du droit*, Economica, 2012

GHESTIN J., *La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1993

GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006

GILLIERON Ph., *La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine*, Cedidac (Lausanne), 2002

GODELUCK S., *La géopolitique d'Internet*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2002

GOLDSMITH J., WU T., *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, 2006

GRISET P., *Les révolutions de la communication, XIXe-XXe siècles*, Hachette, coll. Carré histoire, 1991

GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1995

HALPÉRIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009

HALPERN C., *Droit et internet*, De Vecchi, 2003

HAQUET A., *La loi et le règlement*, LGDJ, coll. Systèmes, 2007

HARVEY D., *The Condition of Postmodernity*, Blackwells (Oxford), 1989

HELD D., *Democracy and the Global Order: from Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press (Cambridge), 1995

HENNO J., *Tous fichés – L'incroyable projet américain pour déjouer les attentats terroristes*, Télémaque, 2005

HENRY S., *Private Justice – Toward Integrated Theorising in the Sociology of Law*, Routledge and Kegan (Londres), 1983

HILAIRE J., *La vie du droit – Coutumes et droit écrit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994

HIRVONEN A., *Polycentricity – The multiple scenes of law*, Pluto Press (Londres), 1998

HUITEMA Ch., *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, 1995

HUYGHEBAERT P., MARTIN B., *Quand le droit fait l'école buissonnière : Pratiques populaires de droit*, Éditions Charles Leopold Mayer, 2002

IGALENS J., PENAN H., *La normalisation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1994

ITEANU O., *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996

ITEANU O., *L'identité numérique en question*, Eyrolles, 2008

JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987

JEAN-BAPTISTE M., *Créer et exploiter un commerce électronique*, Litec, 1998

JEANNENEY J.-N., *Une histoire des médias – Des origines à nos jours*, Points, coll. Points histoire, 2011

JESSUP Ph., *Transnational Law*, Yale University Press (New Haven), 1956

JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2015

KASSIS A., *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria)*, LGDJ, 1984

KATSH E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995

KORSGAARD C., *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, 1996

KRUGMANN P., *La mondialisation n'est pas coupable*, La découverte, 1998

KULESZA J., *International Internet Law*, Routledge (Londres), 2012

LAFAY G., *Comprendre la mondialisation*, Economica, 1996

LAÏDI Z., *Temps mondial : enchaînements, disjonctions et médiations*, Éditions Complexe, 1997

LAROUCHE P., *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing (Oxford), 2000

LASSERRE V., *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015

LEAURANT O., ROJINSKY C., *Créer et exploiter un site web*, Lamy-Les Échos, 2000

LECLERC G., *La mondialisation culturelle – Les civilisations à l'épreuve*, Puf, coll. Sociologie d'aujourd'hui, 2000

LE CROSNIER H., SCHAFER V., *La neutralité de l'Internet – Un enjeu de communication*, CNRS, 2011

LE METAYER D., *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant (Bruxelles), 2010

LENGLET F., *La fin de la mondialisation*, Fayard, 2013

LENOBLE J., *Droit et communication*, Éditions du Cerf, 1994

LEPAGE A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet – Droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, responsabilité*, Litec, coll. Droit@litec, 2002

LESSIG L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books (New-York), 1999

LESSIG L., *L'avenir des idées : Le sort des biens communs à l'heure des réseaux Numériques*, Presses universitaires de Lyon, 2005

LÉVY P., *L'intelligence collective – Pour une anthropologie du cyberespace*, La découverte, 1994

LÉVY P., *Cyberculture – Rapport au Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication »*, Odile Jacob, 1997

LÉVY P., *Qu'est-ce que le virtuel ?* La découverte, coll. Poche, 1998

LORENTZ L., *Le commerce électronique – Une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, Rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, 1998

LYOTARD J. F., *La condition postmoderne*, Minuit, 1979

MAFFESOLI M., PERRIER B., *L'homme postmoderne*, François Bourin, coll. Société, 2012

MAGDELAIN A., *La loi à Rome – Histoire d'un concept*, Les Belles Lettres, 1978

MALENGU B., *L'État-nation à l'épreuve de la mondialisation – Edgar Morin et Jürgen Habermas, deux penseurs de l'option post-nationale*, Academia (Louvain), 2012

MALLET-POUJOL N., *La création informatique et le droit*, Litec, 2000

MALLET-POUJOL N., *Les enjeux juridiques de l'internet*, La documentation française, 2003

MANARA C., *Le droit des noms de domaine*, LexisNexis, 2012

MANCINI A., *La sagesse de l'ancienne Égypte pour l'internet*, L'Harmattan, coll. Épistémologie et philosophie des sciences, 2002

MANCINI A., *Justice et internet : une philosophie du droit pour le monde virtuel*, Buenos Books International, 2004

MAS F., *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, 2005

MATHIAS P., *Qu'est-ce que l'Internet ?*, Vrin, coll. Chemins philosophiques, 2009

MATHIEU B., *La loi*, 2e éd., Dalloz, 2004

MATTELART A., *Histoire de la société de l'information*, 4e éd., La découverte, coll. Repères, 2009

MCLUHAN M., *Pour comprendre les médias – Les prolongements technologiques de l'homme* (1964), Le Seuil, coll. Points essais, 1977

MICHALET M., *Qu'est-ce que la mondialisation ? Petit traité à l'usage de ceux qui ne savent pas encore s'il faut être pour ou contre*, La découverte, coll. Poche, 2004

MINON M., POULLET Y., *Nouvelles Technologies de l'information et régulation*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998

MORIN-DESAILLY C., *L'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes n° 443, Sénat, 2013

MUELLER M. L., *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press (Cambridge), 2010

MUSSO P., *Télécommunications et philosophie des réseaux – La postérité paradoxale de Saint-Simon*, Puf, 1997

MUSSO P., *Critique des réseaux*, Puf, 2003

NEGROPONTE N., *L'Homme numérique*, Press Pocket, 1997

NIHOUL P., RODFORD P., *Electronic Communications Law*, Oxford University Press, 2004

OLIVENNES D., *La gratuité, c'est le vol*, Grasset, 2007

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Puf, coll. Droit, éthique et société, 1998

OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992

OSTROM E., *La gouvernance des biens communs*, De Boeck (Bruxelles), 2010

PAUL Ch., *Du droit et des libertés sur l'Internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000

PENNEAU A., *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989

PIOTET D., PISANI F., *Comment le web change le monde – L'alchimie des multitudes*, Pearson (Londres), 2008

POPOVIC D., *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, 2009

POSNER E., *Law and Social Norms*, Cambridge University Press, 2000

POSNER E., *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, 2009

RAVAZ B., RETTERER S., *Droit de l'information et de la communication*, Ellipses, coll. Infocom, 2006

RENARD C., *Sources du droit et méthodologie juridique*, Presses universitaires de Liège, 1969

RETAILLEAU B., *Dix ans après, la régulation à l'ère du numérique*, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, n° 350, 27 juin 2007

RHEINGOLD H., *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?*, trad. L. Lumbroso, Addison-Wesley (Boston), coll. Mutations technologiques, 1995

RIGAUX F., *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997

RIGAUX F., *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier, coll. Petites fugues, 2014

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955

ROQUES-BONNET M.-Ch., *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010

SADIN É., *L'humanité augmentée – L'administration numérique du monde*, L'Échapée, 2013

SALAH M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 2002

SANCHEZ-SALGADO R., *Comment l'Europe construit la société civile*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007

SASSEN S., *Losing Control – Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press (New York), 1996

SASSEN S., *La globalisation – Une sociologie*, Gallimard, 2009

SCHULTZ Th., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruylant (Bruxelles), 2005

SERVERIN É., *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, Presses universitaires de Lyon, 1985

SMITH C., *Postmodern Winemaking: Rethinking the Modern Science of an Ancient Craft*, University of California Press (Berkeley), 2013

SPAR D. L., *Ruling the Waves – From the Compass to the Internet – A History of Business and Politics along the Technological Frontier*, Harcourt (New York), 2001

TEUBNER G., *Global Law wittout a State*, Aldershot (Darmouth), 1997

TIMSIT G., *Gouverner ou juger*, Puf, 1995

TÜRK A., *La vie privée en péril*, Odile Jacob, coll. Des citoyens sous contrôle, 2012

TWINING W., *Globalization and Legal Theory*, Butterworths (Londres), 2000

VIOLET F., *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Institut de droit des affaires, 2003

VIRIEUX F., *Comment marche Internet ?*, Le pommier, coll. Les minipommes, 2004

VIVANT M., *Les contrats du commerce électronique*, Litec, 1999

WARUSFEL B., *La propriété intellectuelle et l'internet*, Flammarion, 2001

WERY É., *Facture, monnaie et paiement électroniques*, Litec, 2003

WU T., *The Master Switch – The Rise and Fall of Information Empires*, Alfred A. Knopf (New York), 2011

ZÉNATI F., *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991

V. Contributions à des monographies collectives

AMADIEU J.-F., GROUX G., « Entre l'entreprise et l'État – Les nouveaux systèmes de règles », in COMMAILLE J., JOBERT B., dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, 1999, p. 36 s.

ANCEL P., « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM (Aix-en-Provence), 2007, p. 15 s.

AUBY J.-B., « Globalisation et droit public », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 135 s.

AUDET R., BLAIS M.-H., MARAIS J., OUELLET M.-L., « La société civile comme nouveau foyer de régulation ? », in GENDRON C, dir., *Recueil de textes*, CEHT/RT, 2004

ARNAUD A.-J., « Les transformations de la régulation juridique et la production du droit », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 75 s.

ARNAUD A.-J., « La régulation par le droit en contexte globalisé », in COMMAILLE J., JOBERT B., dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 147 s.

ASSIER-ANDRIEU L., « Coutumes et usages », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

BARTHEZ A.-S., « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 59 s.

BEAUD M., DOLLFUS M., GRATALOUP C., HUGON Ph., KÉBADJIAN G., LÉVY J., « Abécédaire de la mondialisation », in *Mondialisation, les mots et les choses*, Karthala, 1999

BENYEKHLEF K., « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberespace », in GAUTRAIS V., dir., *Droit du commerce électronique*, Thémis (Montréal), 2002, p. 137 s.

BENYEKHLEF K., « Une introduction au droit global », in BENYEKHLEF K., dir., *Vers un droit global ?*, Thémis (Montréal), 2016, p. 1 s.

BERGEL J.-L., « La “loi du juge” : dialogue ou duel ? », in *Mélanges Pierre Kayser*, t. I, PUAM (Aix-en-Provence), 1979, p. 21 s.

BERGEL J.-L., « La coordination des sources du droit », in BERGEL J.-L., dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 125 s.

BERTRAND Ch., « Mondialisation, État de droit et construction européenne », in MOCKLE D., dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 141 s.

BIAD A., « Cyberguerre et *lex specialis* : évolution ou révolution ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 253 s.

BISMUTH R., « L'État face à Internet : interrégulation et frontières », in FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016

BOISSON J.-M., « Comment gérer la globalisation ? Régions ou organisations internationales ? », in HERVOUËT F., dir., *Démarche communautaire et construction européenne*, La documentation française, 2000, p. 91 s.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Gouvernance et régulation au 21e siècle : quelques propos iconoclastes », in BOISSON DE CHAZOURNES L., MEHDI R., dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 19 s.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Normes, standards et règles en droit international », in BROSSET E., TRUILHÉ-MARENGO É., dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, pp. 43

BOUCOBZA V. X., « Le contrat et l'espace », in Association Henry Capitant, *La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 97 s.

BOURCIER D., « Peut-on faire émerger des normes d'un réseau ? », in BOURCIER D., MACKAY E., dir., *Lire le Droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992

BOY L., « La valeur juridique de la normalisation », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 183 s.

BOY L., « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in BROSSET E., TRUILHÉ-MARENGO É., dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 57 s.

BROSSET E., TRUILHÉ-MARENGO E., « Normes techniques en droit international – Les mots et les choses… », in BROSSET E., TRUILHÉ-MARENGO É., dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 13 s.

BROUARD-GALLET C., « Les mutations de la norme et le renouvellement des sources du droit : questions pratiques de légistique », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 65 s.

CADIET L., « La qualité de la norme juridictionnelle », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., PINI J., dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 233 s.

CANET R., VEILLEUX A., « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in CANET R., DUCHASTEL J., dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2004

CANIVET G., MOLFESSIS N., « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 s.

CAPPELLETTI M., « Des juges législateurs ? », in CAPPELLETTI M., dir., *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM (Paris-Aix-en-Provence), 1990, p. 23 s.

CAPRIOLI E., « Aperçus sur le droit du commerce électronique (international) – Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{e} siècle », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 247 s.

CARBASSE J.-M., « Coutumes françaises », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

CASTETS-RENARD C., « La mutation de la production de la norme en droit privé : d'une concurrence à une collaboration des producteurs de la norme », in KRYNEN J., HECQUARD M., dir., *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. I, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR – Mutations des normes juridiques, 2005, p. 13 s.

CATTAN J., « L'État à l'ère numérique : de la souveraineté à la subsidiarité », in AGOSTINELLI S. et *alii*, *Entre communautés et mobilité : une approche interdisciplinaire des médias*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 153 s.

CHALVIDAN P.-H., « État, Globalisation, Gouvernance : un chemin de traverse », in DEMUIJNCK G., VERCAUTEREN P., dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 81 s.

CHAMOUX J.-P., « Internet : vers une véritable information sans frontières ? Nouvelles technologies et lex mercatoria », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 281 s.

CHANTEPIE G., « Les codifications privées », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 39 s.

CHATILLON G., « Points de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunications interactives (internet) », in CHATILLON G., dir., *Droit européen comparé d'Internet*, Bruylant (Bruxelles), 2000, p. 103 s.

CHAVAGNEUX C., « La montée en puissance des acteurs non étatiques », in JACQUET P., PISANI-FERRY J., TUBIANA L., *Gouvernance mondiale*, La documentation française, 2002, p. 241 s.

CHAZAL J.-P., « Justice contractuelle », in CADIET L., dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004

CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 31 s.

CHEVALLIER J., « La mondialisation de l'État de droit », in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 325 s.

CHEVALLIER J., « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 37 s.

CLERC É., « La gestion semi-privée de l'internet », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 333 s.

COLLART DUTILLEUL F., « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in JAMIN Ch., MAZEAUD D., dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 225 s.

CORGAS-BERNARD C., « Les mutations de la norme en droit interne – Les règles de bonnes pratiques », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 73 s.

COUSY H., « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant (Bruxelles), 1985

CUBERTAFOND B., « Retour aux sources ? », in *Mélanges Guy Chambon*, Puf, 1992, p. 215 s.

DAHLGREN P., « Cyberespace et logique médiatique : repositionner le journalisme et ses publics », in PROULX S., VITALIS A., dir., *Vers une citoyenneté simulée ? Médias, réseaux et mondialisation*, Apogée coll. Médias et nouvelles technologies, 1998, p. 73 s.

DE BÉCHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in BERTHOUD A., SERVERIN É., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 47 s.

DEBET A., « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 129 s.

DEDEURWAERDEREC T., MAESSCHALCK M., « Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », in BERLEUR J., LAZARO Ch., QUECK R., dir., *Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant-Presses Universitaires de Namur (Bruxelles-Namur), 2002, p. 77 s.

DEGUERGUE M., « Jurisprudence », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

DE LA PRADELLE G., « La justice privée », in GHERARI H., SZUREK S., dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 125 s.

DELMAS-MARTY M., « Les processus de mondialisation du droit », in MORAND C.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 63 s.

DELMAS-MARTY M., « La Mondialisation du droit », in BAECHLER J., KAMRANE R., dir., *Aspects de la mondialisation politique*, Puf, 2003, p. 71 s.

DELMAS-MARTY M., « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 89 s.

DELMAS-MARTY M., « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 355 s.

DE PADIRAC B., FUENTES T., « L'UNESCO et le Droit du Cyberespace », in HARRIS R. A., dir., International Organisations and Space Law – Their Role and Contributions, ESA (Noordwijk), 1999, p. 1 s.

DE SOUSA SANTOS B., « The Post-Modern Transition: Law and Politics », in SARAT A., KEARNS T. R., dir., The Fate of Law, University of Michigan Press (Ann Arbor), 1991

DEUMIER P., « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in PIGNARRE G., dir., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 101 s.

DEUMIER P., « Les sources de l'éthique des affaires – Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 337 s.

DEUMIER P., « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 305 s.

DEUMIER P., « Les sources du droit et les branches du droit – À propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international », in *Mélanges Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 181 s.

DEUMIER P., REVET Th., « Sources du droit (problématique générale) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

DE VRIES H., « Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 115 s.

DJUVARA M., « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », in *Mélanges Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 231 s.

DOGOT D., VAN WAEYENBERGE A., « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 251 s.

DUFOUR A., « La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique », in DUFOUR A. et *alii*, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Puf, 1991, p. 221 s.

DU MARAIS B., « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », in CHATILLON G., dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 293 s.

DUONG L., « Le pluralisme des sources du droit d'Internet », in BOY L., RACINE J.-B., SUEUR J.-J., dir., *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011, p. 187 s.

DUPUY P.-M., « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Mélanges Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundacion de Cultura Universitaria, 1994, p. 51 s.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Mondialisation et régionalisation », in LOQUIN É., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 435 s.

EPINEY A., « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 147 s.

EVANS W. M., « Public and Private Legal Systems », in EVANS W. M., dir., *Law and Sociology – Exploratory Essays*, The Free Press of Glencoe, 1962, p. 165 s.

FALQUE-PIERROTIN I., « Le Conseil d'État et la régulation d'internet », in BAHU-LEYSER D., FAURE P., dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000, p. 59 s.

FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 55 s.

FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 164 s.

FARJAT G., « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 629 s.

FAUVARQUE-COSSON B., « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », in CHATILLON G., dir., *Le droit international de l'internet*, (Bruylant), 2002, p. 55 s.

FAUVARQUE-COSSON B., « Le renouvellement des sources du droit des contrats : le rôle des acteurs privés », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-

BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 261 s.

FAVOREU L., « La loi », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM/Economica (Aix-en-Provence-Paris), p. 79 s.

FLUCKIGER A., « L'autorégulation provoquée ou la loi "Damoclès" : une forme de corégulation en droit suisse », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 321 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit », in BOURCIER D., MACKAY P., dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les bouleversements du droit par Internet », in CHEVALIER J.-M. et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 37 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Mondialisation de l'économie et nouveaux problèmes juridiques », in MOCH R., dir., *Informatiser la prise de décision ?*, L'Harmattan, 2002, p. 237 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « L'office de règlement des différends, entre régulation et juridiction », in *Les risques de régulation*, Dalloz-Presses de Sciences Po, coll. Droit et économie de la régulation, p. 269 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les autorités administratives indépendantes : distorsion ou réforme de l'État ? », in BETBEZE J.-P., COEURE B., dir., *Quelles réformes pour sauver l'État ?*, PUF-Descartes & Cie, 2011, p. 125 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Repenser le monde à partir de la notion de "donnée" », in FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016

FRISON-ROCHE M.-A., « Les conséquences régulatoires d'un monde repensé à partir de la notion de "donnée" », in FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016

FRYDMAN B., « Quel droit pour l'Internet ? », in MONTERO É., dir., *Internet sous le regard du droit*, Éditions du jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 279 s.

FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 17 s.

FRYDMAN B., « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », in BENYEKHLEF K., dir., *Vers un droit global ?*, Thémis (Montréal), 2016, p. 115 s.

FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWKOWICZ G., « Co-regulation and the Rule of Law », in BROUSSEAU E., MARZOUKI M., MEADEL C., dir., *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012, p. 133 s.

FUENTES CAMACHO T., « L'UNESCO et le droit du cyberespace », in *les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, Paris, 2000, p. 7 s.

GAGNÉ G., « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », in BELLEY J.-G., ISSALYS P., dir., *Aux frontières du juridique – Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Presses de l'Université Laval (Québec), 1993, p. 221 s.

GARAPON A., « La culture juridique française et le choc de la globalisation », in JACOB R., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996, p. 379 s.

GAUDEMET Y., « Autorités administratives indépendantes », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., dir., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Puf, 2008, p. 91 s.

GAUTIER P.-Y., « Philosophie du droit d'auteur "on line" », in GAUTIER P.-Y. et *alii*, *Internet saisi par le droit*, Parques, 1997, p. 133 s.

GHESTIN J., « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables – Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *La relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 223 s.

GODON A., « Internet : considérations techniques à destination des juristes », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 37 s.

GORE W., « Les instances d'autorégulation », in HULIN A., SMITH J., dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias – Les questions et les réponses*, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Vienne), 2008, p. 37 s.

GRAINGER G., « Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberespace : perspective et principes d'une coopération internationale dans ce domaine », in FUENTES-CAMACHO T., dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, 2000, p. 149 s.

HARASZTI M., « Les mérites de l'autorégulation des médias », in HULIN A., SMITH J., dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias – Les questions et les réponses*, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Vienne), 2008, p. 9 s.

HELIN J.-C., « Entre régulation sociale et régulation juridique : la "charte de la concertation" », in *Mélanges Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 153 s.

HUET A., « Droit pénal international et internet », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 663 s.

JESTAZ Ph., « François Gény : une image française de la loi et du juge », in JESTAZ Ph., THOMASSET C., VANDERLINDEN J., dir., *François Gény, mythes et réalités – 1899-1999 : centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit positif – *Essai critique*, Dalloz-Bruylant-Yvon Blais (Paris-Bruxelles-Montréal), 2000, p. 37 s.

JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse – Quel contrat pour demain ? », JAMIN Ch., MAZEAUD D., dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 243 s.

JESTAZ Ph., « Les rapports privés, sources de droit privé », in *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 191 s.

JUBAULT Ch., « Les "codes de conduite privés" », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 27 s.

KAHN Ph., « L'autorégulation », in GHERARI H., SZUREK S., dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 197 s.

KALIKA M., « Internet et les sciences de gestion : l'émergence du e-management », in CHEVALIER J.-M. et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 103 s.

KARPIK L., « Comment le juge trace son chemin entre l'État et la société civile », in BERTHOUD A., SERVERIN É., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 77 s.

KENNEDY D., « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK D., SANTOS A., dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, p. 19 s.

KIRBY M., « La protection de la vie privée et des droits de l'homme à l'ère du numérique », in KIRBY M. et *alii*, *Les droits de l'homme dans le cyberespace*, UNESCO-Economica, coll. Droit du cyberespace, 2005, p. 12 s.

KNAPP V., « Théorie du Droit et cybernétique », in *Mélanges Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 233 s.

KOHEN M.-G., « Internationalisme et mondialisation », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 107 s.

KOUBI G., « La notion de charte : fragilisation de la règle de droit ? », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 165 s.

LAGRANGE E., « Panorama des institutions impliquées dans la "gouvernance de l'Internet" », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 199 s.

LAGRANGE Ph., « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'Internet à un droit international du cyberespace ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 65 s.

LAÏDI Z., LAMY P., « La gouvernance ou comment donner un sens à la mondialisation », in JACQUET P., PISANI-FERRY J., TUBIANA L. et *alii*, *Gouvernance mondiale*, La documentation française, 2002, p. 193 s.

LASSERRE V., « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 75 s.

LASSERRE V., « L'arbitrage détaché des lois étatiques – Propos introductifs », in CHAABAN R., dir., *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, L'Épitoge, coll. L'Unité du droit, 2012

LATTY F., « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 49 s.

LE BRIS S., LUTHER L., « De l'autorégulation à l'investiture étatique : éléments de réflexion pour une réforme », in FEUILLET-LE MINTIER B., dir., *De l'éthique au droit en passant par la régulation professionnelle*, Dalloz, 1999, p. 35 s.

LEGEAIS D., « Avant-propos – Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit en question », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. XI s.

LIBCHABER R., « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in FAURÉ G., KOUBI G., dir., *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 143 s.

MACAULAY S., « Private Government », in LIPSON L., WHEELER S., dir., *Law and the Social Sciences*, Russell Sage Foundation (New York), 1986, p. 445 s.

MACDONALD R. A., « Les vieilles gardes – Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in BELLEY J.-G., dir., *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233 s.

MACKAAY E., « Les nouveaux environnements informatiques et leur droit », in *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, Centre Jacques Cartier, 1995

MALAURIE Ph., « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges Jean Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 s.

MARZENA K., « General Principles of Community Law as a Source of Law », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 109 s.

MAURUS V., « Le médiateur, modèle d'autorégulation des médias au niveau interne », in HULIN A., SMITH J., dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias – Les questions et les réponses*, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Vienne), 2008, p. 75 s.

MAURY J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Mélanges Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 27 s.

MICHALET C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation », in LOQUIN É., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 17 s.

MILLARD É., « Rendre compte du droit dans un contexte de globalisation », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 49 s.

MOKLE D., « Crise et transformation du modèle légicentrique », in BOULAD-AYOUD J., MELKEVIK B., ROBERT P., dir., *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan (Québec-Paris), 1996, p. 17 s.

MORAND Ch.-A., « La jurisprudence : de la pyramide au réseau », in BERGEL J.-L., dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 231 s.

MORAND Ch.-A., « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 81 s.

MORAND Ch.-A., « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation ? », in *Mélanges Georges Abi-Saab*, MNP, 2001, p. 151 s.

NORODOM A.-Th., « Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 11 s.

OST F., « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 423 s.

OST F., « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours à l'état de nature », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 5 s.

PALAU Y., « Une transformation des modes de transaction entre "société civile" et puissance publique : de l'interdépendance à l'agrégation », in DEMUIJNCK G., VERCAUTEREN P., dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 187 s.

PATTARO E., « Le concept de "sources de droit" », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 311 s.

PELLET A., « Une gestion privée de l'ordre public de l'Internet ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 239 s.

PENNEAU A., « Règles de l'art et normes techniques », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

PETEV V., « Réflexion sur la postmodernité et les limites du législateur », in MORAND Ch.-A., dir., *Légistique formelle et matérielle*, PUAM (Aix-en-Provence), 1999, p. 299 s.

PETITPIERRE-SAUVAIN A., « Impact de la mondialisation sur les droits nationaux », in MORAND Ch-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 407 s.

PEZARD A., « Le pouvoir de régulation et de sanction des autorités administratives indépendantes en droit français », in BRETON A., DES ORMEAUX A., PISTOR K., SALMON P., dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 111 s.

PIZZORUSSO A., « Les sources du droit en tant que faits juridiques », in BERGEL J.-L., dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 283 s.

PIZZORUSSO A., « La question des sources du droit au début du XXI^{e} siècle », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 2007, p. 1197 s.

POULLET Y., « Vers la confiance – Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace », in CHATILLON G., dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 133 s.

POULLET Y., QUECK R., « Le droit face à internet », in MONTERO É., dir., *Internet face au droit*, Story Scientia (Bruxelles), 1997, p. 231 s.

PREUβ U. K., « Citizenship in the European Union: a Paradigm for Transnational Democracy? », in ARCHIBUGI D., HELD D., KÖHLER M., dir., *Re-imagining Political Community*, Polity Press (Cambridge), 1998, p. 137 s.

PRICE M. E., VERHULST S. G., « In Search of the Self: Charting the Course of Self-Regulation on the Internet in a Global Environment », in MARSDEN Ch. T., dir., *Regulating the Global Information Society*, Routledge (New York), 2000, p. 57 s.

PROULX P.-P., « La mondialisation de l'économie et le rôle de l'État », in CRÉPEAU F., dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant (Bruxelles), 1997, p. 125 s.

QUEMENER M., « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », in FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016

RADBRUCH G., « La coutume est une source formelle », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 319 s.

REGOURD S., « Le droit face aux défis des nouvelles technologies de la communication », in *Techniques contemporaines, création artistique et innovation sociale*, Éditions Charles Le Bouil, 1995, p. 217 s.

REGOURD S., « Droit et société de communication », in *Penser la justice*, CRDP Midi-Pyrénées, coll. Savoir et faire, 1998, p. 273 s.

REIDENBERG J. R., « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberespace », in MACKAAY E., dir., *Les incertitudes du droit*, Thémis (Montréal), 2000, p. 135 s.

REMICHE B., « Le rôle régulateur des contrats internationaux de transfert de technologie : du contrat contrôlé au contrat libéré », in CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 313 s.

REVET Th., « Le "contrat-règles" », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2008, p. 919 s.

RIFFARD J.-F., « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 93 s.

ROLLAND L., « Les pratiques contractuelles déviantes : confrontation ou coordination des sources matérielles et formelles du droit », in BERGEL J.-L.,

La méthodologie de l'étude des sources du droit, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 309 s.

ROTH R., « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 131 s.

ROUBIER P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Mélanges Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 9 s.

SAINT-BONNET F., « Loi », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

SAINT-HILAIRE M., « Droit global ou *jus gentium* ? », in BENYEKHLEF K., dir., *Vers un droit global ?*, Thémis (Montréal), 2016, p. 163 s.

SANDS P., « Le droit international, le praticien et les acteurs non étatiques », in GHERARI H., SZUREK S., dir., *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 85 s.

SANSOM G., « Stratégies de déplacement et autres violations de la territorialité : cybercriminalité, World Wide Web et portée du droit criminel », in BRETON A., DES ORMEAUX A., PISTOR K., SALMON P., dir., *Le multijuridisme – Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 207 s.

SCHMIDT-PARISET F., « L'adaptation du cadre juridique à la société de l'information – L'expérience française autour du PAGSI », in VIER C., dir., *L'internet et le droit – Droits français, européen et comparé de l'internet*, Victoires éditions, coll. Légipresse, 2001, p. 35 s.

SFEZ L., « Communication », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

SNYDER F., « Europeanisation and Globalization as Friends and Rivals: European Union Law in Global Economic Networks », in SNYDER F., dir., *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing (Oxford), 2000, p. 293 s.

SOREL J.-M., « Internet et le droit international : un étrange ballet sans chorégraphe », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 477 s.

SOYER J.-C., « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 33 s.

STIRN B., « La qualité de la norme jurisprudentielle », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., PINI J., dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 261 s.

STOFFEL-MUNCK Ph., « La qualité de la norme contractuelle : approches civiliste et commercialiste », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., PINI J., dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 197 s.

SUEUR J.-J., « Analyser le pluralisme pour comprendre la mondialisation », in CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B., dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 89 s.

SUPIOT A., « La loi dévorée par la convention ? », in GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., dir., *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1996, p. 631 s.

TAXIL B., « Internet et l'exercice de droits fondamentaux », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 115 s.

TEITGEN-COLLY C., « Autorités administratives indépendantes », in DUHAMEL O., MÉNY Y., dir., *Dictionnaire de la Constitution*, Puf, 1992, p. 67 s.

TERRÉ F., « Crise et sources du droit », in *Droit de la crise : la crise du droit ?*, Puf, 1997, p. 47 s.

TEUBNER G., « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », in TEUBNER G., dir., *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, p. 3 s.

TEUBNER G., « Un droit spontané dans la société mondiale ? » in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 197 s.

THIBIERGE C., « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 s.

THOLOZAN O., « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII[e] siècle », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L., PINI J., dir., *Autour de la qualité des normes*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2010, p. 57 s.

TREGOUËT R., « Société de l'information et devenir de l'homme », in BAHU-LEYSER D., FAURE P., dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000, p. 145 s.

TRUDEL P., « La lex electronica », in MORAND Ch.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 221 s.

TRUDEL P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », in CHATILLON G., dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 89 s.

TRUDEL P., « Un "droit en réseau" pour le réseau : le contrôle des communications et la responsabilité sur internet », in Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Droits de la personne – Éthique et mondialisation*, Éditions Yvon Blais (Cowansville), 2004, p. 221 s.

VANDERLINDEN J., « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? ou à propos de la méthode d'interprétation et sources, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge », in JESTAZ Ph., THOMASSET C., VANDERLINDEN J., dir., *François Gény, mythe et réalités – 1899-1999 – Centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit positif – *Essai critique*, Dalloz-Bruylant-Yvon Blais (Paris-Bruxelles-Montréal), 2000, p. 55 s.

VAN OMMESLAGHE P., « L'autorégulation – Rapport de synthèse », in FESLER D., SIMONART V., STEENBERGEN J., dir., *L'autorégulation*, Bruylant (Bruxelles), 1995

VENEZIA J.-C., « Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 363 s.

VERCAUTEREN P., « L'État entre globalisation et gouvernance – La quête du Prince parfait ou du nouveau Léviathan », in DEMUIJNCK G., VERCAUTEREN P., dir, *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 11 s.

VIRALLY M., « Les codes de conduite : pourquoi faire ? », in TOUSCOZ J., dir., *Transferts de technologie – Sociétés transnationales et nouvel ordre international*, Puf, 1978, p. 209 s.

VIVANT M., « Internet et modes de régulation », in MONTERO É., dir., *Internet face au droit*, Story-Scientia (Bruxelles), 1997, p. 229 s.

VIVANT M., « Raison et réseaux, de l'usage du raisonnable dans la régulation de l'internet », in *Mélanges Roger Mehl*, La documentation française, 1999, p. 153 s.

VIVANT M., « La protection du cyberconsommateur entre tentations, tension et hésitations », in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 1153 s.

VIVANT M., « Internet », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2011

WALINE M., « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Mélanges Georges Scelle*, t. II, LGDJ, 1950, p. 613 s.

ZÉNATI F., « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s.

ZLATEV O., « Le conseil de presse, l'archétype d'une instance d'autorégulation », in HULIN A., SMITH J., dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias – Les questions et les réponses*, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Vienne), 2008, p. 51 s.

ZOLYNSKI C., « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 51 s.

VI. Articles et chroniques

ACHILLEAS Ph., « Guerre froide numérique – Autour de la révision du règlement des télécommunications internationales », *RGDI publ.* 2013, p. 300 s.

AIGRAIN P., TRÉGUER F., ZIMMERMANN J., « La neutralité des réseaux, pierre angulaire de la liberté de communication », *Les Cahiers de l'ARCEP* 2010, n° 3, p. 11 s.

AMSELEK P., « Brèves réflexions sur la notion de "source du droit" », *Arch. phil. droit* 1982, p. 251 s.

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.

ANDRIEU E., « Internet et protection des données personnelles », *Légicom* 2000, n° 21-22, p. 155 s.

ARHEL P., « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *LPA* 24 août 2007, p. 3 s.

ARMAND-PREVOST M., RICHARD D., « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP* 1979, p. 2952 s.

ARNAUD A.-J., « Repenser un Droit pour l'époque postmoderne », *Le Courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 81 s.

ARNAUD A.-J., « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 45 s.

ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation – Quelques observations critiques », *Dr. et société* 1997, p. 11 s.

ASTIER S., « Vers une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143 s.

ATIAS Ch., « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ.* 2007, p. 23 s.

AUDIT B., « Propos introductifs – Droit international de l'internet », *RLDI* 2010, n° 63, p. 90 s.

AUROUX J.-B., « Nouvelles technologies de la communication électronique et droit pénal », *RLDI* 2006, n° 15

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, « Économie numérique et mondialisation », *Les cahiers de l'ARCEP* 2012, n° 8, p. 6 s.

AYNES L., « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. const.* 2004, n° 17, p. 120 s.

BAERTSCHI B., « Quel patriotisme à l'âge de la mondialisation ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 121 s.

BARBRY É., OLIVIER F., « Des réseaux aux autoroutes de l'information : Révolution technique ? Révolution juridique ? », *JCP G* 1996, n° 3926

BARBRY É., « Le droit de l'Internet est devenu au fil des années un droit spécial », *Gaz. Pal.* 23 oct. 2010, p. 14 s.

BATTISTINI P., « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications », *RRJ* 2001, p. 2225 s.

BEIGNIER B., « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989, n° 9, p. 45 s.

BELLEY J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales – Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, n° 18, p. 11 s.

BENHAMOU B., « Les nouveaux enjeux de la gouvernance d'internet », *Regards sur l'actualité* 2007, n° 327

BENHAMOU B., « Demain qui contrôlera internet ? », *Le Monde* 31 mars 2007

BENHAMOU B., « Internet des objets : défis technologiques, économiques et politiques », *Esprit* 2009

BENHAMOU B., SORBIER L., « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006

BENHAMOU Y., « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *D.* 2003, p. 2771 s.

BÉNICHOU D., « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », *AJP* 2005, p. 224 s.

BENKLER Y., « Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment », *Harvard Journal of Law & Technology* 1998, n° 11, p. 287 s.

BENYEKHLEF K., « L'internet, un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, vol. 8, n° 1

BENYEKHLEF K., GAUTRAIS V., LEFEBVRE G., « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », *Lex Electronica* 1997, n° 5

BENYEKHLEF K., SEFFAR K., « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2006, p. 353 s.

BERGÉ J.-S., « Questions pratiques autour de la diffusion des supports de presse par internet : quel juge, quelle loi applicable, quelle efficacité internationale des décisions rendues ? », *Légicom* 2009, n° 2, p. 37 s.

BERGEL J.-L., « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993, p. 1055 s.

BERGEL J.-L., « Pouvoir règlementaire et délégation de compétence normative », *RRJ* 2001, p. 2373 s.

BERGEL J.-L., « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2161 s.

BERGUIG M., FAUCHOUX V., « Dix ans du droit de l'internet – Bilan du colloque du 6 juin 2006 », *Légipresse* 2006, p. 123 s.

BERGUIG M., RABANT T., « Moteurs de recherche et liens sponsorisés : quand la jurisprudence se cherche », *Légipresse* 2008, p. 83 s.

BERMAN P. S., « From International Law to Law and Globalization », *CJTL* 2005, p. 485 s.

BEROUJON Ch., « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD civ.* 1995, p. 549 s.

BERTHOU R., « La forumisation du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit », *Dr. et société* 2005, p. 783 s.

BERTHOU R., « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *Lex Electronica* 2006, vol. 11, n° 1

BIGOT J.-P., « Dépolluer le numérique : le filtrage d'Internet est souhaitable mais pas sans une réforme de sa gouvernance », *Gaz. Pal.* 24 juill. 2010, p. 15 s.

BLANCHETTE J.-F., « Efficacité du droit et normes techniques », *Lettre recherche droit et justice* 2002, n° 14, p. 7 s.

BONAFÉ-SCHMITT J.-P., « La part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (étude comparative France-USA) », *Dr. et société* 1987, p. 253 s.

BONNICI G., « Le droit d'auteur et le consommateur dans l'univers numérique », *RLDI* 2005, n° 4, p. 56 s.

BOURCIER D., « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à l'internet », *Lex Electronica* 2006, vol. 10, n° 3, p. 16 s.

BOURCIER N., « Internet, un vote pour la régulation », *Le Monde* 28 juin 2000, p. 2 s.

BOURGES H., « Internet : les nouvelles frontières de la régulation », *La lettre du CSA* 1999, p. 1 s.

BOYADJIAN J., « La science politique face aux enjeux du “big data” et de la protection des données personnelles sur internet », *RDP* 2016, p. 7 s.

BOY L., « Normes », *RID éco.* 1998, p. 115 s.

BOY L., « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21, p. 119 s.

BROUSSEAU É., « Régulation de l’internet : l’autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Rev. économique* 2001

BURDEAU G., « Études sur l’évolution de la notion de loi en droit français », *Arch. phil. droit* 1939, p. 7 s.

CAFAGGI F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, n° 109, p. 23 s.

CANIVET G., « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA* 23 janv. 2003, p. 50 s.

CAPELLER W., « Présentation – Globalisation des échanges et espaces juridiques », *Dr. et société* 1997, p. 9 s.

CAPELLER W., « Un net pas très net », *Arch. phil. droit* 1999, p. 167 s.

CAPRIOLI É. A., « Arbitrage international et commerce électronique », *RLDI* 2012, n° 81

CARBASSE J.-M., « Contribution à l’étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu’à la Révolution », *Droits* 1986, n° 3, p. 25 s.

CARBASSE J.-M., « Coutume, temps, interprétation », *Droits* 2000, n° 30, p. 15 s.

CARON Ch., « Linguistique juridique de l’internet », *Comm. com. électr.* 2007, n° 5

CARON Ch., « Le “web 2.0”, évolution ou révolution ? », *Comm. com. électr.* 2007, n° 11

CARON Ch., « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, n° 4

CARON Ch., « Le droit de l'Internet en noir et blanc », *Comm. com. électr.* 2009, n° 7, repère 7

CARON Ch., « Malédictions numériques », *Comm. com. électr.* 2009, n° 9

CASILE J.-F., MIANNAY S., « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et anciens instruments de régulation : l'exemple d'Internet en France », *Politique et société* 1999, n° 18, p. 61 s.

CAYE P., « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* 1999, p. 225 s.

CÉDRAS J., « Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *RID pén.* 2006, p. 596 s.

CHANTEPIE G., « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, p. 1233 s.

CHARBONNEAU S., « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. droit* 1983, p. 289 s.

CHASSOT L., « Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé ? », *Les cahiers de la justice* 2011, p. 89 s.

CHAZAL J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa premier du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265 s.

CHAZAL J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, p. 27 s.

CHAZAL J.-P., « Georges Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004, p. 244 s.

CHEKROUN D., « L'*imperium* de l'arbitre », *Arch. phil. droit* 2009, p. 135 s.

CHÉROT J.-Y., « Droit de la globalisation, globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2279 s.

CHEVALLIER J., « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1375 s.

CHEVALLIER J., « Constitution et communication », *D.* 1991, p. 247 s.

CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659 s.

CHEVALLIER J., « Les mutations du secteur français de la communication : opérateurs globaux et instances de régulation », *RID éco.* 1999, p. 43 s.

CHEVALLIER J., « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits* 2004, n° 39, p. 107 s.

CHEVALLIER J., « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, p. 896 s.

CHEVALLIER J., « La place de l'administration dans la production du droit », *Dr. et société* 2011, p. 623 s.

CHOURAQUI A., « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Dr. et société* 1989, p. 415 s.

CIOFFI J. W., « Governing Globalization? The State, Law, and Structural Change in Corporate Governance », *Journal of Law and Society* 2000, p. 572 s.

CLÉMENT-FONTAINE M., « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », *RLDI* 2005, n° 1, p. 33 s.

COHEN-TANUGI L., « Le droit sans les États ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 285 s.

CROZE H., « Internet : vers un droit et une déontologie internationaux ? », *Gaz. Pal.* 21 avr. 2001, p. 3 s.

CUBERTAFOND B., « Du droit enrichi par ses sources », *RDP* 1992, p. 353 s.

DE BECHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *RIEJ* 1999, n° 43, p. 1 s.

DEBET A., « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40 s.

DEBET A., « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », *RDP* 2016, p. 17 s.

DE LACOSTE P., « La gouvernance internationale d'internet », *Politique étrangère* 2006, n° 3

DE LAPASSE P., GAILLARD E., « Le nouveau droit française de l'arbitrage internet et international », *D.* 2011, p. 175 s.

DE LAMBERTERIE I., VIVANT M., « Commerce électronique : de nouvelles pratique contractuelles ? », *Légipresse* 2001, p. 369 s.

DELMAS R., « L'internet, gouvernance d'un monde incertain », *RF adm. publ.* 2004, p. 217 s.

DELMAS-MARTY M., « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43 s.

DELMAS-MARTY M., « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s.

DEL VECCHIO G., « Le problème des sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 20 s.

DEPREZ J., « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ* 1997, p. 799 s.

DERIEUX E., « Neutralité : liberté ou surveillance – Fondements et éléments du droit de l'internet », *RLDI* 2011, n° 74, p. 85 s.

DERO-BUGNY D., « Le "livre vert" de la Commission européenne », *RTD eur.* 2005, p. 71 s.

DE SCHUTTER O., « La Convention : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La revue nouvelle* 2001, n° 6, p. 63 s.

DESFORGES A., « Le cyberespace : un nouveau théâtre de conflits géopolitiques », *Questions internationales* 2011, n° 47, p. 46 s.

DE SOUSA SANTOS B., « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, n° 10, p. 379 s.

DEUMIER P., « Les qualités de la loi », *RTD civ.* 2005, p. 93 s.

DEUMIER P., « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTD civ.* 2006, p. 518 s.

DEUMIER P., « Pouvoir créateur du juge et rédaction des décisions de justice », *Arch. phil. droit* 2007, p. 49 s.

DEUMIER P., « *Opt-in* et *opt-out* (à propos des nouveaux systèmes d'application des sources du droit des contrats) », *RDC* 2007, p. 1462 s.

DJUVARA M., « Sources et normes du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 83 s.

DOWDALL K. C., « The World State », *Law Quaterly Review* 1955, n° 39

DREYFUS N., « La gouvernance de l'internet – L'ICANN entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81, p. 119 s.

DUFOUR A., « La théorie des sources du droit et l'École du droit historique », *Arch. phil. droit* 1982, p. 85 s.

DULONG DE ROSNAY M., « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvres en ligne – À propos des *Creative Commons* », *RLDI* 2005, n° 2, p. 35 s.

DU MARAIS B., « Enjeux juridiques et institutionnels, réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour l'Internet ? », *Cahiers français* 2000, n° 295, p. 71 s.

DU MARAIS B., « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 83 s.

DU MARAIS B., « Le service public du nommage », *AJDA* 2004

DU MARAIS B., « Le service public du nommage : consécration et limites », *RF adm. publ.* 2013, p. 299 s.

DUONG L.-M., « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783 s.

DUPUY P.-M., « Le juge et la règle générale », *RGDI publ.* 1989, p. 569 s.

DUPUY R.-J., « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits* 1985, n° 2, p. 63 s.

DUPUY R.-J., « Les espaces hors souveraineté », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 99 s.

EGRET B., KAPLUN Y, « La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres », *RLDI* 2006, n° 12, p. 51 s.

ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.* 2004, p. 594 s.

ENCINAS DE MUNAGORRI R., « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTD civ.* 2005, p. 73 s.

ESMEIN A., « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 5 s.

ESMEIN A., « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », *Bulletin de la Société d'études législatives* 1905, p. 533 s.

FAGET J., « La double vie de la médiation », *Dr. et société* 1995, p. 25 s.

FALQUE-PIERROTIN I., « Quelle régulation pour internet et les réseaux ? », *Le Monde* 27 nov. 1999, p. 17 s.

FALQUE-PIERROTIN I., « Le temps est venu de responsabiliser les acteurs du numérique », *LPA* 20 oct. 2011, p. 4 s.

FAURE B., « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, p. 547 s.

FAVOREU L., « Le pouvoir normatif primaire du gouvernement en droit français », *RFD const.* 1997, p. 677 s.

FEDDAL Ch., « La coutume : fait moral et source du droit », *Gaz. Pal.* 9 févr. 1997, p. 14 s.

FELDMAN J.-Ph., « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010, p. 2852 s.

FENOLL-TROUSSEAU M.-P., HAAS G., « Les moteurs de recherche : un piège pour les données personnelles », *Comm. com. électr.* 2006, étude 3

FENOUHLET T. R., « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 9 s.

FERRAND L., « Nouvelles technologies et nouvelle culture judiciaire », *Arch. phil. droit* 2011, p. 13 s.

FOBLETS M.-C., GRIFFITHS A., LAPRAIRIE C., WOODMAN G., « Popular Justice: Conflict Resolution within Communales », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1996, n° 36

FOREST D., « Qui a peur de l'"Internet des objets" ? », *RLDI* 2009, n° 54

FOUCARD S., « Gouvernance du net et souveraineté », *Le Monde* 25 nov. 2005

FRANCILLON J., « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012, n° 81

FRIEDMAN L. M., « Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law », *Stanford Journal of International Law* 1996, n° 32, p. 65 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Bilan du Monde* 1997, p. 29 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. droit* 1999, p. 139 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit des deux mondialisations », *Arch. phil. droit* 2003, p. 20 s.

FRYDMAN B., « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux* 2000, n° 88-90, p. 67 s.

GAGNÉ G., « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », *Les cah. de droit* 1992, p. 701 s.

GALANTER M., « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism* 1981, n° 19, p. 1 s.

GATEAU C., ROUHETTE T., « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », *RLDI* 2011, n° 72, p. 59 s.

GAUTIER P.-Y., « Du droit applicable dans le village planétaire au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, p. 131 s.

GAUTRAUD N., « Internet, le législateur et le juge », *Gaz. Pal.* 2 oct. 1996, p. 1331 s.

GÉRARD Ph., « La réglementation des communications électroniques et le développement de l'Internet et du commerce électronique », *LPA* 21 févr. 2002, p. 17 s.

GHESTIN J., « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 s.

GILLET E., « L'encadrement du nommage internet à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux – À propos de la décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 », *RLDI* 2010, n° 65, p. 18 s.

GOLA R., « La gestion des conflits entre droit des marques et *usernames* sur les réseaux sociaux : un exemple de cocréation et de corégulation », *RLDI* 2013, n° 97, p. 94 s.

GOLDSMITH J. L., « The Internet and Abiding Signifiance of Territorial Sovereignty », *Indian journal of Global Legal Studies* 1998, p. 475 s.

GORÉ M., « L'émergence d'un droit global ou transnational de bonnes pratiques communément admises », *RRJ* 2010, p. 2185 s.

GOUTAL J.-L., « Multimédia et réseaux : l'influence des pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357 s.

GOYARD-FABRE S., « Les sources du droit et la révolution copernicienne : quelques réflexions sur Kant et Rousseau », *Arch. phil. droit* 1982, p. 247 s.

GOYARD-FABRE S., « Le prestige de la loi à l'époque révolutionnaire », *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1987, n° 12, p. 131 s.

GRYNBAUM L., « Règlement alternatif des conflits pour l'enregistrement d'un nom de domaine en <.fr> », *RLDI* 2007, n° 25, p. 32 s.

GRZEGORCZYK Ch., « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Arch. phil. droit* 1985, p. 35 s.

GUICHARD E., « L'Internet et le territoire », *Études de communication* 2007, n° 30, p. 83 s.

GURVITCH G., « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », *Arch. phil. droit* 1933, p. 55 s.

GURVITCH G., « Théorie pluraliste des sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 113 s.

HABA E. P., « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *Arch. phil. droit* 1982, p. 235 s.

HAGGENMACHER P., « La coutume », *Arch. phil. droit.* 1990, p. 27 s.

HIGGOTT R., « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Politique étrangère* 1997, p. 277 s.

HILAIRE J., « Jugement et jurisprudence », *Arch. phil. droit* 1995, p. 181 s.

HOEKEMA A. J., « La production des normes juridiques par les administrations », *Dr. et Société* 1994, p. 303 s.

HOLLEAUX A., « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'IIAP* 1974, p. 679 s.

HORVATH B., « Les sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 131 s.

HUET A., « Le droit pénal international et Internet », *LPA* 10 nov. 1999, p. 39 s.

HUET J., « Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique », *RLDI* 2010, n° 63

HUET J., TONNELLIER Th., « L'Accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », *Comm. com. électr.* 2010, n° 1

HUGOT J.-P., « De nouvelles responsabilités sur l'internet : du vide au flou juridique », *Légipresse* 2002, n° 191, p. 51 s.

IDOT L., « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP* 2008, p. 787 s.

ISRAËL J.-J., « La complémentarité face à la diversité des régulateurs et des juges », *LPA* 23 janv. 2003, p. 24 s.

ITEANU O., « L'ICANN : un exemple de gouvernance originale ou un cas de *law intelligence* ? », *Expertises* 2002, n° 251, p. 131 s.

JACOB P., « La gouvernance de l'Internet du point de vue du droit international public », *Annuaire français de droit international* 2010, p. 543 s.

JARROSSON Ch., « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, n° 9, p. 107 s.

JAYASURIYA K., « Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1999, p. 425 s.

JESTAZ Ph., « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 s.

JESTAZ Ph., « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 149 s.

JESTAZ Ph., « Sources délicieuses, remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD civ.* 1993, p. 73 s.

JESTAZ Ph., « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 s.

JOHNSON D. R., POST P. G., « Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review* 1996, p. 1367 s.

KAGEROPOULOS L., « Quelques leçons des tentatives avortées de régulation de l'internet », *Gaz. Pal.* 3 oct. 1996, p. 1310 s.

KAHN D.-P., « Vers une solution française d'autorégulation d'internet », *Cahiers Lamy* mai 1997, p. 6 s.

KALUZYNSKI M., « Globalisation des échanges et espaces juridiques », *Dr. et Société* 1997

KATZ J., « Internet, la naissance d'une nation numérique », *Courrier international* 5 nov. 1998

KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review* 1976, n° 89

KORNPROBST E., « Internet et les libertés publiques », *JCP E* 2002, n° 4, p. 4 s.

LABBÉ E., « Spamming en Cyberespace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica* 2000, n° 6

LAGRANGE E., « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *RGDI publ.* 2004, p. 324 s.

LAKEL A., MASSIT-FOLLÉA F., « Société civile et gouvernance de l'internet au Sommet mondial sur la Société de l'information : la construction d'une légitimité ambigüe », *Hermès* 2007, n° 47

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

LARDEUX G., « Les cyberdélits », *RLDI* 2012, n° 81

LASSERRE V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 s.

LAVENUE J.-J., « Internationalisation ou américanisation du droit public ? L'exemple paradoxal du droit du cyberespace confronté à la notion d'ordre public », *Lex Electronica* 2006, n° 11

LEAUTÉ J., « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953, p. 429 s.

LE BERRE H., « La jurisprudence et le temps », *Droits* 2000, n° 30, p. 71 s.

LEDRICH E., « La gestion du Domain Name System en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle… », *RLDI* 2006, n° 12

LEHOT M., « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2335 s.

LE METAYER D., MONTELEONE S., MORET-BAILLY J., « Les ressources du droit alliées aux moyens de la technologie – Application à la protection des données personnelles », *RLDI* 2009, n° 51, p. 75 s.

LENOIR N., « Vers une régulation européenne des réseaux », *LPA* 4 août 2003, p. 3 s.

LEROY É., « La médiation mode d'emploi », *Dr. et Société* 1995

LESSIG L, « The Zone of Cyberspace », *Stanford Law Review* 1996

LESSIG L., « The Constitution of Code – Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation », *Communication Law Conspectus* 1997, n° 5, p. 10 s.

LESSIG L., « Law Regulating Code Regulating Law », *Loyola University Chicago Law Journal* 2003, n° 35, p. 1 s.

LEVY-BRUHL H., « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique* 1951, p. 3 s.

LIBCHABER R., « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD civ.* 1999, p. 242 s.

LIBCHABER R., « La législation déléguée », *RTD civ.* 2001, p. 695 s.

LOQUIN É., « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, n° 96, p. 78 s.

LOUIS-LUCAS P., « La loi », *D.* 1964, p. 197 s.

MACKAAY E., « Quelques réflexions sur les normes privées », *RRJ* 2011, p. 2203 s.

MAGENDIE J.-C., « La médiation : une autre voie de résolution des litiges », *Gaz. Pal.* 29 avr. 2009, p. 31 s.

MAÏA J., « L' "efficacité du droit" et les nouvelles technologies », *Arch. phil. droit* 2011, p. 7 s.

MAISSANI P., WIENER F., « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *Dr. et Société* 1994, p. 443 s.

MALLET-POUJOL N., « Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques », *LPA* 13 févr. 1996, p. 4 s.

MALLET-POUJOL N., « Le dispositif "Informatique et Libertés" à l'épreuve de l'internet », *Légipresse* 2001, n° 180, p. 356 s.

MANDRAUD I., « En Tunisie, la révolution est en ligne », *Le Monde* 18 janv. 2011

MARIMBERT J., « L'office des autorités de régulation », *LPA* 3 juin 2002, p. 7 s.

MARINO L., « SABAM contre Netlog : non au filtrage général sur Internet, mais oui aux mesures mesurées ! », *Gaz. Pal.* 2 août 2012, p. 18 s.

MARTEL D., « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* 2012, n° 81

MARTIN G. J., MSELLATI J.-C., « Le particularisme du contentieux des communications électroniques (à propos des décisions du Tribunal des conflits du 14 mai 2012) », *D.* 2012, p. 1930 s.

MASSART Th., « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31 s.

MATHIEU B., « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique – À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003 », *RFDA* 2003, p. 470 s.

MATHIEU B., « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot – À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *RFDA* 2004, p. 224 s.

MAZEAUD D.., « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA* 9 juill. 1998, p. 8 s.

MAZEAUD P., « La loi n'est pas un rite incantatoire », *JCP G.* 2005, 70

MAZUYER E., DE LA ROSA S., « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la soft law », *CDE* 2009, p. 295 s.

MELLA E., « La loi technicienne sous la V^{e} République : *the one best law* ? », *LPA* 5 juill. 2007, p. 8 s.

MENDOZA-CAMINADE A., « Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte », *RLDI* 2008, n° 39

MERRY S. E., « Popular Justice and the Ideology of Social Transformation », *Social & Legal Studies* 1992, p. 161 s.

MEURIS F., « Le centre européen de lutte contre la cybercriminalité : la réponse européenne au développement d'une criminalité nouvelle », *Comm. com. électr.* 2012, alerte 53

MISSIKA J.-L., « Un Yalta de la fréquence qui manque de sens », *La lettre de l'ARCEP* 2007, n° 58, p. 22 s.

MOCKLE D., « Mondialisation et État de droit », *Les Cahiers de droit* 2000, p. 237 s.

MOCKLE D., « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit* 2002, p. 143 s.

MOHAMED MAHMOUD M. S., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *JDI* 1996, p. 611 s.

MORVAN P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 s.

NELKEN D., « Legal Culture, Diversity and Globalization », *Social and Legal Studies* 1995

NOAM E., « Regulation 3.0 for Telecom 3.0 », *Telecommunications Policy* 2010, n° 34, p. 4 s.

OBERDORFF H., « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *RDP* 2016, p. 41 s.

OGUS A. I., « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, p. 393 s.

ONNO J., « Internet et le droit », *LPA* 6 mars 2000, p. 13 s.

OPPETIT B., « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit* 1982, p. 43 s.

OPPETIT B., « Le droit hors de la loi », *Droits* 1989, n° 10, p. 47 s.

OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509 s.

OST F., « Jupiter, Hercule ou Hermès : quel modèle pour un droit postmoderne ? », *Journal des Procès* 1990, n° 179-180

OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ* 2000, n° 44, p. 1 s.

OWENGA ODINGA E. L., « Vers l'émergence d'une justice on-line », *Lex Electronica* 2002, n° 7

PECH L., « Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information », *Comm. com. électr.* 2004, étude 20

PÉDAMON M., « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335 s.

PÉLISSE J., « Présentation – Se donner le droit : la force des organisations face à la loi », *Dr. et société* 2011, p. 7 s.

PÉRÈS C., « Livre vert de la Commission européenne : Les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 s.

PFERSMANN O., « Sources et systèmes de droit », *Lettre Recherche droit et justice* 21 déc. 2004, p. 5 s.

PICOD F., « La normativité du droit communautaire », *Cah. cons. const.* 2007, n° 21

PIRONON V., « L'Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.* 3 nov. 2007, p. 11 s.

PONTHOREAU M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20 s.

POST D. G., « Anarchy, State and the Internet – An Essay on Law-Making in Cyberespace », *Journal of Online Law* 1995

POST D. G., « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review* 1997, p. 1367 s.

POST D. G., « What Larry Doesn't Get: Code, Law and Liberty in Cyberespace », *Stanford Law Review* 2000, p. 1439 s.

POSTEMA G., « Implicit Law », *Law and Philosophy* 1994, p. 361 s.

POULLET Y., « Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », *Ubiquité* 2000, n° 5, p. 55 s.

POULLET Y., « Mieux sensibiliser les personnes concernées, les rendre acteurs de leur propre protection », *RLDI* 2005, n° 5, p. 47 s.

PUCHTA G., « La théorie des sources du droit dans l'École historique », *Arch. phil. droit* 1982, p. 85 s.

PUEL G., ULLMANN C., « Les nœuds et les liens du réseau internet : approche géographique, économique et technique », *Réseaux et territoires* 2006, n° 35

PUTMAN E., « Kant et la théorie du contrat », *RRJ* 1996, p. 685 s.

PUTMAN E., « La "preuve par l'adresse IP" : une vraie question… déjà dépassée ? », *RLDI* 2011, n° 67, p. 84 s.

PUTMAN E., « La protection internationale des droits de la personnalité sur le web », *RLDI* 2012, n° 81

QUÉMÉNER M., « Les données personnelles à l'ère numérique – Quelle protection sur le plan pénal ? », *RDP* 2016, p. 71 s.

RADÉ C., « De la rétroactivité du revirement de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 s.

RANCY F., « Un débat qui dépasse nos frontières », *La lettre de l'ARCEP* 2007, n° 58, p. 6 s.

RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *AJDA* 2004, p. 2047 s.

RAVILLON L., « Le recours à la technique du "premier arrivé, premier servi" dans le droit des nouvelles technologies… ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques », *JCP G* 2000, n° 273

REIDENBERG J. R., « Les États et la régulation d'Internet », *Comm. com. électr.* 2004, étude 11

RHODES R. A. W., « The New Governance: Governing without Government », *Political studies* 1996, p. 652 s.

RICHARD J., « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », *RDP* 2016, p. 87 s.

RICHER L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA* 1997, p. 3 s.

RISACHER N., « Internet et la protection des droits fondamentaux de la personne humaine », *Bull. Lamy* juin 1996, p. 1 s.

ROCHFELD J., « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, p. 915 s.

ROJINSKY C., « Les techniques contractuelles du commerce électronique », *Légicom* 2000, n° 21/22, p. 105 s.

ROJINSKY C., « Cyberespace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, p. 844 s.

ROSS A., « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », *Arch. phil. droit* 1934, p. 167 s.

ROUHETTE G., « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits* 1990, n° 12, p. 59 s.

ROUJA S., « Dix ans de régulation de l'internet – De quelques faux clics et vrais couacs », *RLDI* 2008, n° 43

RUIZ FABRI H., « Immatériel, territorialité et État », *Arch. phil. droit* 1999, p. 187 s.

SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes – Une catégorie nouvelle », *AJDA* 1983, p. 275 s.

SALAS D., « Le droit entre mondialisation et universalisme », *Revue des deux mondes* 2000

SALUDEN M., « La jurisprudence, phénomène sociologique », *Arch. phil. droit* 1985, p. 191 s.

SARR M., « Droit souple et commerce électronique », *Jurisdoctoria* 2012, n° 8, p. 49 s.

SASSEN S., « Digital Networks and the State: Some Governance Questions », *Theory, Culture & Society* 2000, n° 17, p. 19 s.

SAUTEREAU N., « Internet et le droit global : approche critique », *L'Observateur des Nations Unies* 2011, n° 31

SCHIFF BERMAN P., « From International Law to Law and Globalization », *CJTL* 2005, p. 485 s.

SCHILLER S., « L'extension du rôle de la jurisprudence en droit des affaires », *Arch. phil. droit* 2007, p. 213 s.

SCHULTZ Th., « La régulation en réseau du cyberespace », *RIEJ* 2005, n° 55, p. 31 s.

SERVERIN É., « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Dr. et société* 1993, p. 339 s.

SNYDER F., « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Dr. et société* 2003, p. 435 s.

SOURIOUX J.-L., « "Sources du droit" en droit privé », *Arch. phil. droit* 1982, p. 33 s.

STERN N., « La mondialisation du droit », *Projet* 2000, n° 262

STOLL P.-T., « Le droit international économique face aux défis de la mondialisation », *RGDI publ.* 2009, p. 273 s.

STREEL A., « Current and Future European Regulation of Electronic Communications: A Critical Assessment », *Telecommunications Policy* 2008, p. 721 s.

TARDIEU GUIGUES É., « Internet et territoire », *RLDI* 2012, n° 99, p. 59 s.

TASSITCH G., « Les sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 235 s.

TEBOUL G., « Logique de compétence et logique de validation, coutume et source formelle de droit », *RDP* 1993, p. 939 s.

TEBOUL G., « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 691 s.

TERRÉ F., « La crise de la loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 17 s.

TERRÉ F., « Le contrat à la fin du XX^e^ siècle », *Revue des sciences morales et politiques* 1995, p. 209 s.

TERRÉ F., « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Arch. phil. droit* 2007, p. 305 s.

THERBORN G., « Globalizations: Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance », *International Sociology* 2000, n° 15, p. 151 s.

THOUMYRE L., « Le rôle du Forum des droits sur l'internet dans la régulation du commerce électronique », *LPA* 6 févr. 2004, p. 6 s.

TILMAN V., « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Dispute Resolution », *Ubiquité* 1999, n° 2, p. 47 s.

TREPPOZ E., « Territorialité et propriété intellectuelle », *RTDE* 2012, p. 847 s.

TRUCHET D., « État et marché », *Arch. phil. droit* 1995, p. 314 s.

TRUDEL P., « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, p. 247 s.

TRUDEL P., « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », *Sociologie et sociétés* 2000, p. 189 s.

TSHUMA L., « Hierarchies and Government versus Networks and Governance: Competing Regulatory Paradigms in Global Economic Regulation », *Social & Legal Studies* 2000, n° 9, p. 115 s.

TÜRK P., « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 s.

VAN DE KERCHOVE M., « Jurisprudence et rationalité juridique », *Arch. phil. droit* 1985, p. 220 s.

VANDERLINDEN J., « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTD civ.* 1995, p. 73 s.

VARNEROT V., « Entre essentialisme et existentialisme de la théorie des sources : les sources non formelles du droit fiscal », *Arch. phil. droit* 2002, p. 139 s.

VERCKEN G., VIVANT M., « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *JCP E* 2000, n° 2, p. 18 s.

VERMELLE G., « L'immatériel et la répression », *Arch. phil. droit* 1999, p. 213 s.

VIVANT M., « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP G* 1996, p. 401 s.

VIVANT M., « Internet et modes de régulation – Rapport du colloque de Namur sur l'internet », *Cahiers du CRID* 1997, p. 215 s.

VIVANT M., « Autorégulation : l'impossible Graal ? », *Planète Internet* 1997, p. 92 s.

VIVANT M., « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, p. 674 s.

VIVANT M., « Entre ancien et nouveau – Une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique », *Cahiers Lamy* juill. 2004, p. 1 s.

VIVANT M., « Le contrat plongé dans l'"économie numérique" », *Rev. contrats* 2005, p. 533 s.

VULLIERME J.-L., « Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit) », *Arch. phil. droit* 1982, p. 5 s.

WARUSFEL B., « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *La lettre de la rue Saint-Guillaume* 2002, n° 127, p. 52 s.

WEBER A., « Droit de l'internet : à la recherche des pierres angulaires », *Expertises* 1996, p. 274 s.

WOODMAN G., « The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution », *Les Cahiers de Droit* 1991, n° 32, p. 3 s.

WU T., « Network neutrality – Broadband discrimination », *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 2003, p. 141 s.

XIFARAS M., « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8

ZARKA Y.-Ch., « Internet ou la révolution paradoxale », *Cités* 2009, n° 39, p. 3 s.

ZÉNATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15 s.

ZILLER J., « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RF adm. publ.* 2004, p. 17 s.

VII. Autres travaux académiques

ACQUARONE D., *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source de droit*, th., Université de Nice, 1987

AMBLARD Ph., *Élaboration des règles de conduite relatives à l'internet : aspects de droit comparé*, th., Université Paris XIII, 2003

ASTIER S., *Vers une régulation éthique de l'internet*, th., Université de Limoges, 2004

BAMDE A., *Essai d'une théorie sur l'architecture normative du réseau internet*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2013

BERTHOU R., *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, th., Université de Rennes I, 2004

BONAFÉ-SCHMITT J.-P., *Les justices du quotidien : les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, th., Université de Lyon II - Lumière, 1986

BUREAU D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 1992

CARBONNIER J., *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1960-1961

CROSNIER S., *Le droit à la vie privée à l'épreuve de l'internet*, th., Université Paris XI - Paris Sud, 2000

FILLIOL P., *Le problème de l'intégration de l'autorégulation dans le système juridique – Contribution à l'étude de l'autorégulation à travers le prisme du droit de la publicité*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2003

FORTIN P., *« Gouvernance » et « société de l'information » : introduction à l'analyse critique des nouvelles modalités de prise de décision dans le domaine de l'action publique*, th., Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2002

GAUTRAIS V., *Le contrat électronique international*, th., Université de Rennes I, 2002

GERRY-VERNIÈRES S., *Les « petites » sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes)*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2010

GRAHAM J. A., *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2004

HERVOIS J., *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011

IZAC L., *L'autorité du contrat – Essai sur l'ordre juridique subjectif*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2006

LAVENUE J.-J., *Cyberespace et droit international : pour un nouveau* Jus Communicationis, Université Lille II, 2010

LEVACHER R., *La règle contractuelle dans l'ordre juridique – Contribution à l'analyse normative du contrat*, th., Université de Nantes, 2007

OVALLE DIAZ N. A., *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015

PAJAUD-GUEGUEN S., *Essai sur le pouvoir normatif des organismes de droit privé*, Université Toulouse I - Capitole, 1995

RENAUD K., *Enjeux juridiques et processus de mondialisation de la communication*, th., Université Toulouse I - Capitole, 2004

TROVATELLO V., *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009

TRUDEL P., « Le cadre général du cyberespace », Université McGill de Montréal, 2008

TRUDEL P., « Les systèmes normatifs et le cyberespace », Université McGill de Montréal, 2008

INDEX

(renvoie aux numéros de pages)

A

Accord commercial anti-contrefaçon **367**, **372**, **381**
Action publique **169**, **520**
Adresse IP **129**, **140**, **143**, **148**, **238**, **283**, **378**, **537**
Allemagne **334**, **346**, **355**, **381**, **406**
Américanisation **122**, **130**, **344**
Analyse économique du droit **193**, **508**
Arbitrage **96**, **120**, **151**, **185**, **186**, **188**, **189**, **191**, **201**, **241**, **370**
Assemblée nationale **154**, **161**, **164**, **264**, **270**, **314**, **406**, **456**
Association des fournisseurs d'accès et de services Internet **100**, **136**, **432**
Association des professionnels de la gestion électronique de documents **100**
Association française de normalisation **106**
Association française pour le nommage internet en coopération **144**, **201**, **202**, **209**
Attractivité du droit **52**, **207**, **343**, **470**
Autorité de la concurrence **518**, **544**, **562**
Autorité de régulation **343**, **405**, **553**, **554**, **557**, **561**, **562**, **565**, **566**
Autorité de régulation des communications électroniques et des postes **157**, **322**, **456**, **518**, **526**, **527**, **529**, **535**, **543**, **560**, **561**, **562**, **564**
Autorité de régulation des jeux d'argent en ligne **536**, **543**, **562**
Autorité de régulation professionnelle de la publicité **101**, **102**

B

Bien commun **8**, **228**, **244**, **266**
Big data **264**
Bonne pratique **87**, **92**, **137**, **470**

C

Centralisation **9**, **285**, **335**, **458**, **605**
Chambre de commerce internationale **102**
Chine **66**, **138**, **160**, **350**, **372**, **376**, **378**, **379**, **380**, **381**, **384**, **390**, **588**
Civil law **130**
Code civil **45**, **67**, **133**, **168**, **172**, **180**, **185**, **186**
Code de conduite **81**, **87**, **88**, **91**, **93**, **94**, **96**, **134**, **137**, **158**, **206**, **225**, **424**, **433**, **434**, **504**
Code de la propriété intellectuelle **453**
Code des postes et des communications électroniques **36**, **144**, **453**
Codification **66**, **76**, **256**, **496**
Collectivité territoriale **454**
Commerce électronique **77**, **102**, **110**, **137**, **157**, **179**, **197**, **347**, **348**, **355**, **357**, **366**, **383**, **419**, **424**, **429**, **453**, **469**, **471**, **489**
Commission des Nations unies pour le droit commercial international **355**
Commission européenne **158**, **367**, **399**, **404**, **409**, **411**, **419**, **422**, **425**, **427**, **430**, **431**, **432**, **434**
Commission nationale informatique et libertés **134**, **356**, **526**, **529**, **535**, **541**, **543**, **558**, **562**
Common law **67**, **102**, **130**, **190**, **345**, **511**, **512**
Conception organique des sources du droit **14**, **46**

Concertation **137**, **139**, **155**, **156**, **354**, **369**, **428**
Confiance **52**, **86**, **100**, **105**, **106**, **113**, **127**, **136**, **137**, **138**, **145**, **179**, **206**, **207**, **208**, **243**, **251**, **253**, **276**, **293**, **372**, **386**, **486**, **498**, **526**, **598**
Conflit de compétences **487**
Conseil constitutionnel **144**, **237**, **275**, **465**, **472**, **481**, **484**, **485**, **495**, **498**, **510**, **536**, **551**
Conseil de l'Europe **392**
Conseil européen **397**, **399**, **405**
Conseil national du numérique **139**, **153**, **162**, **163**, **164**
Conseil supérieur de l'audiovisuel **134**, **518**, **526**, **529**, **536**, **543**, **553**, **558**, **560**, **561**, **562**, **564**, **565**, **566**
Conservatisme **19**, **213**
Constitution **11**, **134**, **307**, **349**, **362**, **422**, **442**, **443**, **445**, **463**, **466**, **467**, **468**, **475**, **481**, **482**, **508**, **550**, **569**, **575**, **594**
Consultation **118**, **146**, **155**, **158**, **268**, **412**, **422**, **426**, **427**, **428**, **429**, **430**, **432**, **433**, **485**, **521**, **526**, **527**
Contentieux**128**, **129**, **187**, **189**, **236**, **239**, **240**, **268**
Contentieux en ligne **185**, **186**, **188**, **191**, **194**, **196**, **492**, **539**
Contenu illicite en ligne **158**, **498**
Contractualisation **170**, **178**, **185**, **197**
Contractualisation de la justice **187**, **203**
Contrat d'adhésion **90**, **99**, **125**, **131**, **175**, **176**, **245**
Contrat électronique **103**
Contrat international **356**, **357**, **367**
Contrat social **10**, **11**, **362**, **386**, **578**
Contrat-type **81**, **98**, **122**, **123**, **125**, **126**, **130**, **175**, **240**, **256**
Contrefaçon **89**, **137**, **138**, **263**, **381**, **486**, **544**, **560**, **575**
Convention collective **134**
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales **243**
Convergence des médias **321**, **553**, **558**, **559**
Coopération **103**, **109**, **137**, **160**, **165**, **175**, **322**, **334**, **364**, **368**, **372**, **376**, **381**, **411**, **420**, **428**, **575**, **596**
Coordination **23**, **115**, **120**, **286**, **341**, **345**, **347**, **418**, **429**
Corporation **7**, **235**
Cour de cassation **64**, **484**, **498**, **508**, **515**, **541**
Cour de justice de l'Union européenne **395**, **420**
Courriel **33**, **201**, **209**, **263**, **485**
Creative Commons **123**, **297**
Crise du droit **52**
Cybercriminalité **137**, **264**, **296**, **369**, **392**, **400**, **453**
Cyberdélit **294**
Cyberjustice **191**

D

Débat public **427**
Décentralisation **9**, **31**, **76**, **285**
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen **255**, **466**, **550**
Déclaration universelle des droits de l'homme **295**, **352**, **365**
Définition du droit **36**, **172**
Démocratie participative **422**
Déontologie **9**, **52**, **85**, **87**, **100**, **134**, **136**, **255**, **560**
Dérèglementation **312**
Directive européenne **106**, **118**, **185**, **197**, **389**, **390**, **395**, **397**, **400**, **402**, **403**, **404**,**411**, **415**, **416**, **419**, **421**, **424**, **426**, **429**, **433**, **468**, **477**, **496**, **563**
Diversité culturelle **264**, **294**, **296**, **297**, **358**
Dogmatique juridique **21**, **22**, **458**
Domain Name System **33**, **142**, **143**, **145**, **380**, **384**, **537**
Domaine public **52**
Donnée personnelle **53**, **127**, **130**, **233**, **235**, **237**, **238**, **264**, **293**, **296**, **338**, **356**, **377**, **434**, **543**, **544**, **560**, **585**
Droit administratif **42**, **485**, **500**, **513**, **520**
Droit civil **42**, **99**, **102**, **158**, **197**, **536**
Droit commun **323**, **336**, **339**, **341**, **371**, **390**, **391**, **560**, **575**
Droit comparé **341**, **345**
Droit constitutionnel **464**

Droit d'auteur **123**, **124**, **296**, **297**, **298**, **347**, **357**, **366**, **397**, **398**, **430**, **453**, **526**
Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information **419**, **481**, **498**, **555**
Droit de la concurrence **505**
Droit de propriété **112**, **124**, **136**, **143**, **148**, **157**, **201**, **269**, **288**, **293**, **294**, **333**, **350**, **377**, **381**, **399**, **419**, **424**, **452**, **482**, **483**, **505**, **527**
Droit des médias **134**, **562**, **566**
Droit d'inspiration romano-germanique **190**, **343**, **345**, **512**
Droit du contenant de la communication par internet **38**, **39**, **103**, **117**, **140**, **157**, **219**, **220**, **261**, **278**, **281**, **282**, **283**, **284**, **285**, **286**, **287**, **288**, **294**, **301**, **347**, **348**, **349**, **389**, **446**, **476**
Droit du contenu de la communication par internet **38**, **127**, **157**, **219**, **220**, **261**, **278**, **281**, **282**, **287**, **289**, **290**, **389**, **446**, **466**, **476**, **518**, **563**, **587**
Droit économique **401**
Droit flou **255**, **367**
Droit français **404**
Droit gazeux **84**, **255**
Droit international privé **128**, **134**, **364**
Droit international public **319**, **330**, **337**, **362**, **365**, **370**, **387**
Droit moderne **8**, **9**, **19**, **27**, **42**, **65**, **165**, **213**, **300**, **463**, **525**
Droit mondial **321**, **325**, **332**, **335**, **337**, **340**, **345**, **361**, **364**, **377**, **378**, **387**, **439**
Droit mou **209**, **365**
Droit négocié **42**, **98**, **162**, **241**, **602**
Droit pénal **452**, **453**
Droit romain **66**, **188**
Droit souple **117**, **120**, **178**, **285**, **332**, **367**, **420**, **431**, **450**, **575**
Droit spontané **65**, **67**, **78**
Droit vivant **67**
Droit-État **9**
Droits de l'homme **193**, **237**, **255**, **270**, **355**, **366**, **376**, **381**, **413**, **414**, **465**, **466**, **550**
Droits et libertés fondamentaux **41**, **54**, **193**, **237**, **243**, **257**, **263**, **265**, **269**, **270**, **271**, **356**, **432**
Droits voisins du droit d'auteur **347**, **357**, **397**, **398**, **430**, **453**, **526**

E

Économie numérique **89**, **100**, **136**, **137**, **139**, **162**, **163**, **164**, **469**, **471**, **566**
Éditeur de service **37**, **100**, **240**, **291**, **565**
Éducation **109**, **218**, **469**
Effectivité **52**, **63**, **73**, **75**, **88**, **139**, **162**, **252**, **275**, **451**, **452**, **459**, **466**, **493**, **554**, **578**, **591**, **640**
Effet cliquet **553**, **595**
Efficacité **88**, **96**, **99**, **105**, **160**, **162**, **210**, **241**, **251**, **281**, **366**, **403**, **477**, **520**, **528**, **529**, **535**, **536**, **540**, **559**, **589**
Égalité **42**, **155**, **214**, **226**, **244**, **277**, **370**, **382**, **386**, **483**, **560**
Enseignement **469**
Entreprise multinationale **54**, **130**, **225**, **231**, **233**, **241**, **244**, **283**, **288**, **333**, **349**, **425**, **504**, **554**, **574**, **597**
Épistémologie **18**, **45**
Équité **74**, **188**, **494**
État de droit **226**, **242**, **253**, **269**, **275**, **376**, **381**, **413**, **545**, **547**, **550**, **556**
État moderne **7**, **165**, **259**, **517**, **556**, **598**
État pluriel **12**
État postmoderne **57**, **97**, **165**, **178**, **517**, **601**
État-droit **8**
Étatisme juridique **20**, **439**
État-nation **8**, **336**, **589**, **595**
États-Unis **129**, **132**, **140**, **143**, **151**, **160**, **239**, **241**, **283**, **284**, **296**, **373**, **376**, **381**, **382**, **383**, **384**, **385**, **386**, **390**, **392**, **436**, **514**, **557**, **588**
Éthique **86**, **110**, **224**, **356**, **557**, **589**
Eurocratie **426**
Expertise **96**, **121**, **146**, **155**, **409**, **419**, **423**, **433**, **434**, **435**, **523**, **524**, **526**, **527**, **528**, **529**, **532**, **533**, **534**, **539**, **541**, **556**, **557**, **573**

F

Facultés de droit françaises **172**
Fait normatif **7**, **10**, **21**, **22**, **305**
Fédéralisme **31**, **99**
Fédération de l'e-commerce et de la vente à distance **99**, **100**, **136**, **137**, **201**
Flexibilité **87**, **142**, **223**, **253**, **254**, **415**, **416**, **417**, **429**
Fonctions de l'État **79**, **112**, **142**, **193**, **226**, **272**, **333**, **354**, **384**, **386**, **406**, **421**, **517**, **542**, **546**
Force juridique **58**, **84**, **92**, **249**, **459**, **512**
Force normative **69**, **83**, **84**, **88**, **90**, **92**, **99**, **249**, **363**, **365**, **366**, **511**
Forum des droits sur l'internet **139**, **152**, **153**, **154**, **155**, **156**, **157**, **158**, **159**, **160**, **161**, **162**, **163**, **164**, **186**, **198**, **354**, **526**, **573**, **579**
Fournisseur d'accès à internet **32**, **36**, **100**, **136**, **142**, **148**, **155**, **378**, **426**, **428**, **429**, **432**, **486**, **498**
Fracture numérique **454**
Frontière **8**, **23**, **44**, **160**, **162**, **209**, **317**, **319**, **322**, **327**, **328**, **329**, **337**, **356**, **368**, **369**, **373**, **378**, **384**, **386**, **398**, **399**, **437**, **566**, **588**

G

Géolocalisation **239**
Gouvernance globale **231**
Gouvernance mondiale **8**, **83**, **336**, **338**, **350**, **455**
Gouvernants/gouvernés **230**, **266**, **345**, **460**, **492**, **524**, **531**, **576**
Gouvernement des juges **514**
Groupement des éditeurs de contenus et de services en ligne **100**
Guerre **228**, **229**, **259**, **371**, **372**, **379**, **417**, **590**

H

Harmonisation **79**, **332**, **338**, **339**, **340**, **341**, **342**, **343**, **344**, **345**, **377**, **391**, **416**, **431**, **438**, **559**, **575**
Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet **164**, **268**, **481**, **535**, **543**, **554**, **562**, **565**
Hébergement (de services de communication par internet) **100**, **148**, **179**, **488**
Hébergement de sites web **155**, **189**, **565**, **566**
Hiérarchie des normes **78**, **276**, **362**, **475**, **504**
Histoire du droit **195**, **202**, **206**, **391**, **501**

I

Indépendance **95**, **110**, **119**, **242**, **284**, **286**, **379**, **522**, **546**, **557**
Informatique **104**, **108**, **119**, **130**, **285**, **307**, **334**, **378**, **402**, **469**, **486**, **513**, **558**
Infrastructure **38**, **109**, **110**, **119**, **143**, **157**, **376**, **378**, **383**, **399**, **576**
Infrastructure essentielle **143**
Institute of Electrical and Electronics Engineers **106**, **121**, **283**
Institution politique **502**
Institutionnalisation **400**, **525**
Intégration **62**, **85**, **266**, **340**, **361**, **364**, **387**, **391**, **395**, **399**, **402**, **411**, **504**, **575**
Interactive Advertising Bureau **115**
Intermédiaire technique **429**
Internationalisation **322**, **326**, **334**, **335**, **337**, **344**, **397**
Internationalisme **336**
Internet Architecture Board **110**, **115**
Internet Assigned Numbers Authority **114**, **148**
Internet Corporation for Assigned Names and Numbers **131**, **132**, **140**, **157**, **209**, **235**, **236**, **283**, **288**, **353**, **354**, **379**, **383**, **396**, **573**
Internet des objets **32**, **239**, **588**
Internet Engineering Steering Group **110**, **114**, **115**

Internet Engineering Task Force **106**, **108**, **110**, **112**, **147**, **148**, **157**, **235**, **283**, **288**, **289**, **304**, **386**, **573**
Internet Governance Forum **160**
Internet Society **93**, **108**, **117**, **118**, **120**, **121**, **155**, **224**, **235**, **236**, **286**, **304**, **386**, **533**, **573**
Internormativité **450**
Interopérabilité **31**, **39**, **105**, **111**, **112**, **117**, **143**, **288**, **339**, **396**
Interrégulation **9**, **563**

J

Judiciarisation **507**
Juridiction internationale **193**, **370**
Jusnaturalisme **67**, **333**, **541**
Justice privée **183**, **185**, **192**, **193**, **195**, **196**, **203**, **210**, **242**, **243**, **370**

L

Label **19**, **157**, **158**, **162**, **313**
Labellisation **86**, **91**, **137**, **208**
Lacune (en droit) **206**, **246**, **254**, **257**, **356**, **381**, **496**, **497**
Légicentrisme **447**, **449**, **450**, **457**, **460**
Légistique **116**, **165**, **392**, **406**, **409**, **410**, **413**, **415**, **419**, **420**, **495**, **522**, **535**, **579**, **587**
Lex electronica **42**, **64**, **75**, **76**, **77**, **78**, **79**, **253**, **259**, **364**
Lex mercatoria **42**, **76**, **77**, **79**, **185**, **200**, **208**, **253**, **276**, **364**
Libéralisation **399**
Libéralisme politique **130**, **502**
Liberté d'expression **269**, **270**, **293**, **306**, **344**, **352**, **377**, **485**, **503**, **505**
Liberté de communication **10**, **483**, **557**
Licence libre **124**
Lien hypertexte **158**
Livre blanc **34**, **142**, **399**, **411**, **412**, **423**, **427**, **428**, **430**
Livre vert **158**, **397**, **399**, **400**, **420**, **423**, **429**, **430**, **431**, **432**
Lobby **101**, **268**, **349**, **405**, **431**, **432**
Logiciel **36**, **110**, **113**, **123**, **235**, **373**
Logiciel libre **113**
Loi applicable **134**
Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication **543**, **557**
Loi pour la confiance dans l'économie numérique **52**, **208**, **481**, **498**, **526**

M

Marché des jeux d'argent et de hasard **312**, **543**
Maxime **521**
Médiation **61**, **151**, **158**, **161**, **162**, **186**, **187**, **188**, **191**, **192**, **196**, **203**, **241**, **307**
Mode alternatif de résolution des conflits **7**, **42**, **168**, **183**, **184**, **186**, **189**, **190**, **195**, **198**, **200**, **202**, **203**, **242**, **370**
Monisme juridique **9**, **245**, **254**, **460**
Monopole public **265**, **292**, **293**
Morale **36**, **63**, **111**, **124**, **155**, **233**, **292**, **361**, **500**, **512**, **517**
Moteur de recherche **33**, **140**, **233**, **237**, **380**, **490**
Multijuridisme **450**
Multimédia **118**, **469**, **470**
Multirégulation **9**

N

Nation **10**, **52**, **274**, **292**, **326**, **366**, **449**, **549**, **595**
Navigateur (web) **119**, **383**
Négociation **142**, **187**, **188**, **202**, **203**, **298**, **346**, **349**, **355**, **381**, **396**, **403**, **406**, **420**, **422**, **428**, **432**, **471**
Network Solution International **142**
Neutralité (de l'internet) **112**, **114**, **163**, **188**, **264**, **288**, **296**
Nom de domaine **108**, **140**, **151**, **202**, **283**, **288**, **289**, **334**, **348**, **378**, **383**, **487**, **573**

Normalisation **9**, **100**, **103**, **104**, **105**, **106**, **112**, **113**, **115**, **117**, **120**, **121**, **148**, **348**, **349**, **421**, **433**
Normativisme **133**, **180**, **450**
Normativité **21**, **24**, **69**, **207**, **277**, **319**, **355**, **407**, **477**
Norme primaire **389**, **410**
Norme secondaire **410**
Norme sociale **105**, **233**
Norme technique **98**, **103**, **104**, **105**, **106**, **107**, **283**, **284**, **286**, **287**, **293**, **358**, **525**
Notion à contenu variable **494**, **501**

O

Open Source **123**, **235**
Ordre public **77**, **123**, **180**, **186**, **240**, **259**, **272**, **291**, **293**, **294**, **296**, **306**, **380**, **493**, **505**
Organes-sources **14**, **46**
Organisation de coopération et de développement économique **356**, **358**, **436**
Organisation des Nations unies **152**, **160**, **348**, **349**, **351**, **354**, **355**, **357**, **365**, **376**, **425**
Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture **358**, **365**
Organisation internationale de normalisation **103**, **106**
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle **151**, **201**, **336**, **357**, **436**
Organisation mondiale du commerce **193**, **329**, **365**, **376**
Organisation non gouvernementale **96**, **351**, **377**, **423**, **425**, **430**
Oubli numérique (droit à) **137**, **138**, **487**

P

Parlement européen **381**, **401**, **405**, **406**, **432**, **434**
Parlementarisme **12**
Participation **9**, **116**, **145**, **149**, **155**, **160**, **223**, **349**, **355**, **381**, **409**, **412**, **427**, **429**, **432**, **434**, **435**, **436**, **455**, **481**, **549**
Patrimoine commun de l'humanité **350**
Personnalité juridique **113**
Plateforme de diffusion de vidéos **292**, **348**, **565**
Pluralisme judiciaire **202**
Police **274**, **275**, **292**, **370**
Polycentricité **79**, **450**, **517**
Population **328**, **363**, **390**, **435**, **599**
Positivisme **15**, **20**, **450**, **525**, **604**
Post-nationalisme **337**
Pouvoir constituant **464**, **484**, **497**
Pouvoir de sanction **202**
Pouvoir exécutif **162**, **352**, **362**, **421**, **467**, **469**, **472**, **494**, **550**
Pouvoir judiciaire **194**, **202**, **242**, **502**, **550**
Pouvoir législatif **362**, **449**, **469**, **498**, **534**, **550**
Pouvoir règlementaire **126**, **256**, **536**
Pragmatisme **19**, **46**, **113**, **116**, **181**, **191**, **195**, **285**, **288**, **413**, **477**, **530**
Prérogatives de puissance publique **7**
Presse **136**, **356**, **557**, **561**, **562**, **566**
Principe de primauté **264**, **265**, **268**, **272**, **275**, **342**, **442**, **507**
Principe général du droit **78**, **90**, **345**, **432**, **488**, **513**
Privatisation de la justice **242**
Privatisation du droit **223**, **244**
Procéduralisation **415**, **525**
Propriété intellectuelle **112**, **124**, **136**, **148**, **157**, **293**, **357**, **377**, **381**, **399**, **419**, **424**, **482**, **488**
Propriété littéraire et artistique **505**, **527**
Protection de l'enfance **157**, **565**
Protection des mineurs **100**, **107**, **231**, **296**, **454**
Protocole **30**, **31**, **33**, **34**, **39**, **114**, **117**, **118**, **148**, **198**, **284**, **287**, **293**, **330**, **348**, **349**
Publicité **85**, **101**, **102**, **138**, **158**, **180**, **204**, **233**, **234**, **255**, **297**, **383**
Puissance étatique **600**
Puissance privée **6**, **7**, **97**, **180**, **220**, **313**, **590**, **595**
Puissance publique **6**, **97**, **180**, **195**, **220**, **228**, **268**, **312**, **363**, **465**, **590**, **591**

R

Radio Frequency Identification **239**, **471**
Radiodiffusion **37**, **294**, **564**
Rareté des ressources **53**, **292**, **564**
Recommandation **82**, **87**, **101**, **102**, **120**, **149**, **155**, **158**, **163**, **201**, **348**, **353**, **417**, **434**, **455**, **456**, **525**, **528**
Régime politique **111**, **373**, **464**
Régionalisation **390**
Règle supplétive **134**
Régulation économique **401**, **564**
Régulation sectorielle **560**
Régulation technique **143**, **281**
Représentation **11**, **43**, **48**, **240**, **328**, **330**, **433**, **435**, **436**, **455**, **501**, **533**, **549**
République **163**, **198**, **266**, **267**, **461**, **547**, **550**, **560**, **583**, **593**, **594**
Réseau (paradigme) **9**, **410**
Réseau de communications électroniques **36**
Réseau social **237**
Revirement de jurisprudence **513**

S

Sanction **58**, **92**, **183**, **201**, **203**, **204**, **241**, **555**
Sécurité juridique **226**, **252**, **253**, **254**, **255**, **272**, **275**, **293**, **301**, **417**, **496**, **513**, **514**, **515**, **545**, **579**
Sénat **331**, **455**, **456**, **560**, **584**
Séparation des pouvoirs **276**, **475**, **482**, **510**, **533**, **535**, **545**, **549**, **550**, **552**
Service de médias audiovisuels à la demande **37**
Service public **185**, **336**, **456**
Société en réseau **327**
Soft law **93**, **157**, **158**, **414**, **431**
Sommet mondial sur la société de l'information **160**, **229**, **335**, **350**, **351**, **352**, **353**, **354**, **355**, **358**, **366**, **376**, **384**, **385**, **396**
Source privée indépendante des sources publiques **118**, **146**, **180**, **200**, **246**, **556**
Souveraineté nationale **403**, **594**
Souveraineté populaire **464**, **546**, **548**
Spectre hertzien **52**
Standard **105**, **108**, **114**, **117**, **129**, **285**
Standard technique **39**, **106**, **110**, **224**, **283**, **284**, **287**, **288**, **335**, **493**, **494**, **496**, **573**
Subsidiarité **342**, **413**, **431**
Suffrage universel **12**, **534**
Summa divisio **13**, **29**, **45**
Suprématie informationnelle **382**, **587**
Syndicat national de la communication directe **134**
Système politique **413**, **414**, **435**, **533**

T

TCP/IP **30**, **31**, **110**, **287**, **330**
Technocratie **467**, **533**, **534**, **539**, **556**
Technologie **31**, **103**, **106**, **120**, **236**, **278**, **291**, **322**, **337**, **363**, **379**, **434**, **461**, **588**, **589**
Téléchargement illégal **489**
Télématique **30**
Téléphonie **29**, **36**, **238**, **317**, **383**, **584**, **605**
Téléphonie mobile **32**, **36**, **469**
Télévision **32**, **36**, **291**, **294**, **349**, **399**, **558**, **564**, **565**
Temps du droit **9**, **416**
Territoire **43**, **48**, **313**, **326**, **350**, **369**, **370**, **383**, **386**, **390**, **469**, **470**, **577**
Territorialité **41**, **406**, **559**
Théorie des sources du droit **5**, **14**, **19**, **45**, **304**
Théorie du droit **27**, **133**, **171**
Tradition **377**
Traité international **45**, **344**, **345**, **351**, **357**, **358**, **395**
Typologie des sources du droit **20**, **22**, **23**, **45**, **46**, **47**

U

Union française du marketing direct et digital **134**
Union internationale des télécommunications **147**, **148**, **285**, **347**, **348**, **382**, **385**, **436**, **471**
Utilitarisme **266**

V

Vente en ligne **76**, **99**, **100**, **108**, **136**, **238**, **263**
Vide juridique **5**, **437**
Vie privée **54**, **82**, **92**, **121**, **127**, **293**, **306**, **356**, **368**, **399**, **424**, **434**, **483**, **485**
Volonté générale **71**, **236**, **267**, **459**, **476**, **502**, **523**

W

Web 2.0 **125**, **425**
World Wide Web Consortium **106**, **108**, **118**, **147**, **155**, **157**, **235**, **283**, **288**, **289**, **386**, **573**

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

Première partie

Le renouvellement préoccupant des sources privées : illustrations en droit de la communication par internet 51

Titre 1. L'originalité constatée des sources privées du droit de la communication par internet 57

Chapitre 1. Les spécificités des sources privées de normes générales . 61

Section 1. La singularité des usages privés 63

A. Les usages : des constructions coutumières très présentes à l'heure du droit transnational 65

B. La *lex electronica* : des usages très nombreux au sein du droit des activités internetiques 75

Section 2. La singularité des règlements privés 81

A. L'importance des règlements privés en droit de la communication par internet 81

B. La diversité des règlements privés en droit de la communication par internet 96

1. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre d'autorégulation 98

a. Le droit corporatif 98

b. Les normes techniques 103

c. Les règlements établis par les organismes de « gouvernance de l'internet » 108

d. Les contrats-types imposés par les principaux services du web .. 122

2. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre de corégulation 132

a. Le droit de la communication par internet, matière caractéristique de la corégulation 132

b. L'ICANN, organisation typique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle mondiale 140

c. Le Forum des droits sur l'internet, institution symbolique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle nationale 152

Chapitre 2. Les particularités des sources privées de normes individuelles 167

Section 1. La singularité des contrats privés 169

A. L'acceptation délicate du contrat privé parmi les sources du droit 170

B. Le particularisme vital du contrat privé parmi les sources du droit 175

Section 2. La singularité des jugements privés 183

A. Le développement des modes privés de résolution des conflits 184

B. La fragilité des sanctions privées 203

Conclusion du premier titre 211

Titre 2. La légitimité contestée des sources privées du droit de la communication par internet 217

Chapitre 1. Les défauts des sources privées du droit de la communication par internet 223

Section 1. Un droit potentiellement détaché de la justice, de la démocratie et de l'intérêt général 227

A. Les intérêts des citoyens à l'épreuve des sources privées du droit 227

B. Les canons de la démocratie à l'épreuve des sources privées du droit 243

Section 2. Un droit nécessairement dégagé de la contrainte, de la stabilité et de la certitude 249

A. La faible force contraignante des normes d'origine privée : la crainte du droit « mou » 249

B. Les incertitudes et l'instabilité des normes d'origine privée : le risque de l'insécurité juridique 252

Chapitre 2. Les qualités des sources publiques du droit de la communication par internet 259

Section 1. Des garanties en matière de sécurité autant qu'en matière de droits fondamentaux 263

A. Un droit protecteur de l'intérêt général et des droits et libertés des individus 264

B. Un droit garant de la sécurité et de la sécurité juridique des individus 272

Section 2. Des bénéfices en matière de contenus plus qu'en matière de contenants 281

A. Une acceptabilité du droit d'origine privée supérieure en matière de droit du contenant de la communication par internet 282

B. Une exigibilité du droit d'origine publique supérieure en matière de droit du contenu de la communication par internet 290

Conclusion du second titre 299

Conclusion de la première partie 303

Seconde partie

Le renouvellement insuffisant des sources publiques : illustrations en droit de la communication par internet 311

Titre 1. La situation contrastée des sources publiques externes du droit de la communication par internet 317

Chapitre 1. Le dénuement des sources internationales du droit de la communication par internet 321

Section 1. La nécessité d'édifier un droit mondial 325

A. Le caractère indispensable de la recherche d'un droit de la communication par internet d'essence internationale 326

B. Le caractère élémentaire des moyens d'un droit de la communication par internet d'essence internationale 338

1. L'harmonisation interétatique : un pis-aller de construction internationale du droit de la communication par internet 338

2. Les négociations et accords interétatiques : une imparfaite construction internationale du droit de la communication par internet 346

Section 2. L'impossibilité d'ériger un droit mondial 361
A. Les limites inaltérables du droit à l'échelle internationale 363
B. La diversité inéluctable des intérêts à l'échelle internationale 372

Chapitre 2. Le développement des sources européennes du droit de la communication par internet 389

Section 1. L'utilité de l'Union européenne face à l'exigence d'un droit supranational 395
A. L'approfondissement du processus d'européanisation du droit de la communication par internet 396
B. L'inaboutissement du processus d'européanisation du droit de la communication par internet 402

Section 2. L'affinité entre l'Union européenne et l'édiction d'un droit supranational 409
A. L'attention de l'Union européenne à la légistique 409
B. L'ouverture de l'Union européenne à la société civile 422

Conclusion du premier titre 437

Titre 2. L'organisation contrariée des sources publiques internes du droit de la communication par internet 441

Chapitre 1. Les paradoxes des sources constitutionnelles, législatives et règlementaires du droit de la communication par internet 445

Section 1. La législation, une source première mais fragile 449
A. Des interventions législatives nombreuses mais à l'effectivité précaire 451
B. Des instances législatrices concurrencées signes du déclin de la force symbolique de la loi 457

Section 2. La Constitution et le règlement, des sources attendues mais discrètes 463
A. La transparence de la Constitution en matière de régulation de l'internet 463
B. L'insuffisance du règlement en matière de régulation de l'internet 467

Chapitre 2. Les contradictions des sources étatiques juridictionnelles et spécialisées du droit de la communication par internet 473

Section 1. Les juridictions, des sources surexploitées mais inopportunes 477

A. La constatation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet 478

B. La condamnation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet 504

Section 2. Les autorités spécialisées, des sources opportunes mais sous-exploitées 515

A. L'action normative possiblement fructueuse des autorités *ad hoc* 518

1. L'affirmation et l'expansion nécessaires des autorités spécialisées en tant que sources formelles 519

2. La légitimité et l'efficacité supérieures des autorités spécialisées en tant que sources formelles 533

B. L'action normative actuellement périlleuse des autorités *ad hoc* 541

1. L'épreuve des canons du droit étatique 542

2. L'absence d'autorité spécialisée unique 551

Conclusion du second titre 567

Conclusion de la seconde partie 571

Conclusion 579

Bibliographie 605

I. Dictionnaires, encyclopédies et codes annotés 605

II. Traités, manuels et guides 606

III. Monographies collectives 608

IV. Monographies individuelles 617

V. Contributions à des monographies collectives 630

VI. Articles et chroniques 652

VII. Autres travaux académiques 676

Index 679

THE RENEWAL OF THE SOURCES OF LAW – STUDY OF INTERNET LAW

Many books studying the sources of the law and many books studying the Internet law have already been published. This thesis differs from these books: it studies the original sources, not only the state law and the customs; and it is a scientific work and not a practical work. Observations of the Internet law can serve thoughts on the currents and futures continuities and changes of the sources of the law. Studying this young and special law is like studying an example of global law and postmodern law, revealing the specifics of the law of tomorrow, when the modern law centered on the state will be replaced by a different law, whose properties gather those of the Internet. Gradually, the conventional sources are substituted by new sources. This thesis wants to be a witness of these changes in the sources of the law.

The Internet has changed time and space. It transformed the Earth, humanity, life and society. The law has probably changed too. In terms of positive law, the Internet law only shares some characteristics with the ordinary laws of the twentieth century. In terms of legal science and legal thought, lawyers should perhaps avoid analyzing the law of tomorrow with tools and lessons from yesterday. Studying the Internet law invites to build new tools and frameworks in order to describe and explain as accurately as possible the reality of the law. These problems led to the writing of this book. By focusing on specific legal objects that reflect the twenty-first century law, it wants to promote the understanding and the acceptance of changes in the law. Specifically, the objective is to contribute to the renovation of the sources of the law thought when the modern theory appears increasingly archaic because the number, the identity, the architecture and the balance of the sources is permanently evolving. Firstly, maybe it should now be considered that the distinction between public sources and private sources is the *summa divisio* of the sources of the law.

Keywords: Legal Pluralism; Global Law; Postmodern Law; Legal Theory; Private Sources of Law; Private Justice; International Sources of Law; Public International Law; International Relationships; European Sources of Law; European Union; Private Uses; Private Regulations; Private Contracts; Private Judgments; Private Sanctions; *Lex Electronica*; Technical Standards; Self-Regulation; Civil Society; Internet Governance; Internet Standardization; Standards and Protocols; Domain Names Law; e-commerce Law; Illegal Online Content Law; Data Law; Intellectual Property; Soft Law; Electronic Communications Law; Audiovisual Law; Electronic Communications Networks Law; Legitimacy of Sources; General Interest; Fundamental Rights and Freedoms; Public Order; Democracy; Separation of Powers; Law Crisis; State Crisis; Sovereignty

LE RENOUVELLEMENT DES SOURCES DU DROIT

ILLUSTRATIONS EN DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Le renouvellement des sources du droit peut être étudié sous deux aspects : qualitatif et quantitatif. Il y a renouvellement des sources du droit d'un point de vue qualitatif lorsque des sources d'une nouvelle espèce, d'un nouveau genre ou même d'une nouvelle nature apparaissent. Il y a renouvellement des sources du droit d'un point de vue quantitatif lorsque des sources préexistantes mais desquelles jaillissait peu de droit deviennent des fleuves de normes, au point de concurrencer les sources ordinaires de règles juridiques que sont la loi et la jurisprudence. En ce livre, le renouvellement des sources du droit est abordé sous l'un et l'autre angles, cela à l'aune d'une branche du droit particulière : le droit de la communication par internet. Observer cette forme de « droit global » serait riche d'enseignements à l'égard de l'actualité et, plus encore, de l'avenir du droit. Ainsi de nouveaux objets normatifs, hier encore inconnus des juristes, peuvent-ils être étudiés : codes privés, chartes, usages, conditions générales d'utilisation, contrats-types, normes managériales, normes techniques, mais aussi modes alternatifs de résolution des conflits, labels, standards, protocoles, meilleures pratiques, indicateurs, algorithmes etc. Ces nouveaux objets normatifs et les phénomènes de « guerre des normes », de plurinormativité et d'internormativité qui les accompagnent interrogent l'orthodoxie juridique moderne mais aussi et plus fondamentalement l'État de droit, la démocratie, certains droits et libertés fondamentaux ou encore l'intérêt général.

L'internet a condensé le temps et dilué l'espace. Il a ainsi profondément transformé les sociétés ; et l'univers juridique, dans ses différentes dimensions, est nécessairement affecté. Aussi la fréquentation de son droit invite-t-elle à élaborer de nouveaux outils afin de décrire et expliquer les « faits normatifs » qui le constituent. L'observation du droit de la communication par internet est ici au service d'une réflexion relative aux continuités, aux ruptures et aux mouvements actuels et à venir des sources du droit. Cette branche du droit est révélatrice de ce à quoi le paysage juridique pourrait ressembler demain, lorsque le droit moderne stato-centré aura été irrémédiablement débordé par un droit « en réseau » dont les propriétés ressemblent fort à celles du réseau mondial qu'est l'internet. Progressivement, les sources auparavant premières deviennent secondaires, celles qui hier demeuraient à l'arrière-plan se retrouvent sur le devant de la scène juridique, tandis que de nouveaux foyers de normes ô combien singuliers apparaissent. L'objet de cet ouvrage est de constituer un témoignage de ce renouvellement des lieux et des modes de production des normes en cours, un renouvellement qui touche les sources privées beaucoup plus que les sources publiques, posant dès lors la question d'un immobilisme préjudiciable de l'État et des organisations internationales.