



**HAL**  
open science

## Les sources du droit de la communication par internet

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Les sources du droit de la communication par internet. Droit. Université d'Aix Marseille, 2016. Français. NNT: . tel-01367405v1

**HAL Id: tel-01367405**

**<https://amu.hal.science/tel-01367405v1>**

Submitted on 16 Sep 2016 (v1), last revised 12 Mar 2018 (v3)

**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

# LES SOURCES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit présentée et soutenue publiquement  
le 1<sup>er</sup> 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, Rapporteur

**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

*Thèse corrigée après soutenance*



**LES SOURCES DU DROIT  
DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET**



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

# LES SOURCES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit présentée et soutenue publiquement  
le 1<sup>er</sup> 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, Rapporteur

**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

*Thèse corrigée après soutenance*



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

### **Les sources privées du 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

### **Les sources publiques du 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 de mots usuels, acronymes et sigles

A.	Arrêté
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
aff.	Affaire
AFNIC	Association française pour le nommage internet en coopération
AFNOR	Association française de normalisation
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonction publique
AJIL	American Journal of International Law
AJP	Actualité juridique droit pénal
al.	Alinéa
ALAC	At Large Advisory Committee
A. min.	Arrêté ministériel
AN	Assemblée nationale
ANFR	Agence nationale de fréquences
ann.	Annexe
Annuaire eur. adm. publ.	Annuaire européen d'administration publique
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
art.	Article
ASCII	American Standard Code for Information Interchange
ASO	Address Supporting Organization
ass.	Assemblée
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
avr.	Avril
BCP	<i>Best Current Practice</i>
BO [ministère]	Bulletin officiel (des différents ministères)
BtoB	<i>Business to business</i>
BtoC	<i>Business to consumer</i>
Bulletin.	Bull.
C.	Code
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
C. arb.	Cour arbitrale
cass.	Cassation
Cass.	Cour de cassation
- Cass. 1 <sup>re</sup> ou 2 <sup>e</sup> ou 3 <sup>e</sup> civ.	Chambres civiles
- Cass. ass. plén.	Assemblée plénière
- Cass. ch. mixte	Chambre mixte

## Les sources du droit de la communication par internet

- 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
CCITT .....	Comité consultatif international télégraphique et téléphonique
C. civ. ....	Code civil
ccNSO.....	Country Code Domain Names Supporting Organization
ccTLD.....	<i>Country code top level domain</i>
CDE.....	Cahiers de droit de l'entreprise
CE .....	Communauté européenne
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
CEDH .....	Cour européenne des droits de l'homme
CEE .....	Communauté économique européenne
CENTR .....	Council of European National Top Level Domain Registries
CERN .....	Centre européen de recherches nucléaires
CERT.....	Computer Emergency Response Team
CESE .....	Conseil économique, social et environnemental
<i>cf.</i> .....	<i>Confer</i>
ch.....	Chambre
chap. ....	Chapitre.
chron.....	Chronique
CIJ.....	Cour internationale de justice
circ. ....	Circulaire
civ. ....	Civil
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
col. ....	Colonne
coll. ....	Collection
Comité min. Cons. Eur. ....	Comité des ministres du Conseil de l'Europe
comm. ....	Commentaire
Comm. CE.....	Commission des Communautés européennes
- Comm. CE, déc.....	Décisions
- Comm. CE, règl. ....	Règlements
Comm. com. élect. ....	Communication commerce électronique
Comm. EDH.....	Commission européenne des droits de l'homme
Comm. UE.....	Commission européenne
- Comm. UE, déc.....	Décisions
- Comm. UE, règl. ....	Règlements
concl. ....	Conclusions
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
consid. ....	Considérant
Cons. prud'h. ....	Conseil de prud'hommes
Const. ....	Constitution
Cons. UE.....	Conseil de l'Union européenne
- Cons. UE, déc.....	Décision
- Cons. UE, règl. ....	Règlement
Contrats, conc. consom. ....	Contrats, concurrence, consommation

Conv. EDH.....	Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales
CORE .....	Council of Registrars
CPC .....	Code de procédure civile
C. P et CE.....	Code des postes et des communications électroniques
CPI .....	Code de la propriété intellectuelle
CPJI.....	Cour permanente de justice internationale
CPT .....	Code des postes et télécommunications
CSA.....	Conseil supérieur de l’audiovisuel
CtoC .....	<i>Consumer to consumer</i>
D. ....	Dalloz (Recueil)
D. ....	Décret
DADVSI .....	Droit d’auteur et droits voisins dans la société de l’information
DDHC.....	Déclaration des droits de l’homme et du citoyen
déc. ....	Décembre
déc. ....	Décision
décl.....	Déclaration
dir.....	Direction (sous la direction de)
dir.....	Directive
DNS.....	Domain Name System
doc.....	Document
DPCI.....	Droit et pratique du commerce international
Dr. adm. ....	Droit administratif
Dr. et société .....	Droit et société
Dr. informatique et télécoms .....	Droit de l’informatique et des télécommunications
Droits.....	Revue Droits
Dr. pén. ....	Droit pénal
DSL .....	<i>Digital subscriber line</i>
DUDH.....	Déclaration universelle des droits de l’homme
éd.....	Édition
EDCE.....	Études et documents du Conseil d’État
et a.....	Et autres
ETSI .....	European Telecommunications Standards Institute
EuroDIG .....	European Dialogue on Internet Governance
Expertises.....	Expertises des systèmes d’information
FAI .....	Fournisseur d’accès à internet
fasc. ....	Fascicule
FCC .....	Federal Communications Commission
FEVAD.....	Fédération de l’e-commerce et de la vente à distance
févr. ....	Février
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.....	<i>Generic top level domain</i>
HADOPI .....	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
HTML.....	<i>Hypertext Markup Language</i>
HTTP.....	<i>Hypertext Transfer Protocol</i>
IAB.....	Interactive Advertising Bureau
IAE.....	Internet Architecture Board
IAHC .....	Internet Ad Hoc Committee
IANA.....	Internet Assigned Numbers Authority
<i>ibid.</i> .....	<i>Ibidem</i>



## Les sources du droit de la communication par internet

ICANN.....	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICRA .....	Internet Content Rating Association
<i>i.e.</i> .....	<i>Id est</i>
IEEE .....	Institute of Electrical and Electronics Engineers
IESG.....	Internet Engineering Steering Group
IETF .....	Internet Engineering Task Force
IGF .....	Internet Governance Forum
IMP .....	<i>Interface Message Processor</i>
INCORE.....	Internet Content Rating for Europe
INPI.....	Institut national de la propriété intellectuelle
IP.....	<i>Internet Protocol</i>
ISO .....	Organisation internationale de normalisation
ISOC.....	Internet Society
ISTO.....	Industry Standard and Technology Organization
janv.....	Janvier
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)
JEDI .....	Journal européen de droit international
JO.....	Journal officiel de la République française
JOCE .....	Journal officiel des communautés européennes
JOUE .....	Journal officiel de l'Union européenne
juill.....	Juillet
L.....	Livre
L.....	Loi
Lamy .....	Lamy (classeurs et ouvrages reliés)
LCEN.....	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
L. const. ....	Loi constitutionnelle
Légipresse .....	Revue Légipresse
L. fin.....	Loi de finances
L. fin. rect. ....	Loi de finances rectificative
LGDJ .....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L. org .....	Loi organique
LPA .....	Petites affiches (Les)
MARC .....	Mesures alternatives ou modes alternatifs de résolution des conflits
min. ....	Ministre
MOCI.....	Moniteur officiel du commerce international
MoU .....	<i>Memorandum of understanding</i>
n.....	Note
n°.....	Numéro
NCPC.....	Nouveau Code de procédure civile
NCP / FTP.....	<i>Network Control Protocol / File Transfer Protocol</i>
NISSG .....	Network Information Security Steering Group
nov.....	Novembre
NRO .....	Number Resource Organization
NSI.....	Network Solution International
NTIC .....	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
obs.....	Observation
OCDE.....	Organisation de coopération et de développement économique
oct. ....	Octobre
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
ord. ....	Ordonnance
p. ....	Page(s)
PE.....	Parlement européen
- PE, règl. ....	Règlements
PICS .....	Platform for internet content selection
plén.....	Plénière
Pouvoirs.....	Revue Pouvoirs
Propr. intell. ....	Propriétés intellectuelles
prot. ....	Protocole
P2P .....	Pair-à-pair
PUAM.....	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Puf.....	Presses universitaires de France
§ .....	Paragraphe
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
recomm. ....	Recommandation
réf.....	Référence
réf.....	Référé
règl. ....	Règlement
règl. ....	Règlement de l'Union européenne
- Comm. CE, règl. ....	Commission
- Cons. UE, règl. ....	Conseil
- PE et Cons. UE, règl. ....	Parlement et Conseil
Rép. Civ. Dalloz .....	Dalloz (encyclopédie)
rép. min.....	Réponse ministérielle (à question écrite)
req. ....	Requête
rés.....	Résolution
rev. ....	Revue
Rev. adm. ....	Revue administrative
Rev. arb.....	Revue de l'arbitrage
Rev. conc. consom. ....	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. hist. dr. fr. et étranger .....	Revue historique de droit français et étranger
Rev. Lamy dr. aff. ....	Revue Lamy droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ.....	Revue Lamy droit civil
Rev. pénit. ....	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. pol. et parl. ....	Revue politique et parlementaire
Rev. sc. crim.....	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RF adm. publ. ....	Revue française de l'administration publique
RFC .....	<i>Request For Comments</i>
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
RJEP.....	Revue juridique de l'économie politique
RLDI .....	Revue Lamy droit de l'immatériel
RRJ.....	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RTD civ. ....	Revue trimestrielle de droit civil

## Les sources du droit de la communication par internet

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
s.....	Siècle
S.....	Sirey (recueil)
s.....	Suivant(s)
SACEM.....	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
s. d.....	Sans date
sect.....	Section
sept.....	Septembre
SFT.....	Société agréée pour le financement des télécommunications
SMSI.....	Sommet mondial sur la société de l'information
SNCD.....	Syndicat national de la communication directe
spéc.....	Spécialement
ss.....	Sous
sté.....	Société
sTLD.....	<i>Sponsored top level domain</i>
t.....	Tome
TA.....	Tribunal administratif
T. arb.....	Tribunal arbitral
T. com.....	Tribunal de commerce
T. confl.....	Tribunal des conflits
T. corr.....	Tribunal correctionnel
TCP.....	<i>Transmission Control Protocol</i>
TFUE.....	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI.....	Tribunal de grande instance
TI.....	Tribunal d'instance
TIC.....	Technologies de l'information et de la communication
TPICE.....	Tribunal de première instance des communautés européennes
trad.....	Traduction par
trav. prép.....	Travaux préparatoires
Trib. UE.....	Tribunal de l'Union européenne
UE.....	Union européenne
UFMD.....	Union française du marketing direct et digital
UGC.....	<i>User Generated Content</i>
UIT.....	Union internationale des télécommunications
UNESCO.....	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
URL.....	<i>Uniform resource locator</i>
V°.....	Verbo
VoIP.....	Voix sur réseau IP
vol.....	Volume
WGIG.....	Groupe de travail sur la gouvernance de l'internet
WSIS.....	World Summit on the Information Society
WWW.....	<i>World Wide Web</i>
W3C.....	World Wide Web Consortium
XML.....	Extensible Markup Language

# Avant-Propos

## ***Une thèse inscrite dans un programme de recherches relatif aux pluralismes juridiques***

Cette thèse de doctorat, intitulée *Les sources du droit de la communication par internet*, prend place au sein d'un programme de recherches conduit, depuis 2011, dans le cadre du Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations Sociales de l'Université d'Aix-Marseille (LID2MS, EA n° 4328).

Baptisé « Pluralismes juridiques »<sup>1</sup>, ce programme a pour ambition de répondre à la problématique suivante : *Le pluralisme juridique est-il une possibilité (approche théorique) et, dans l'affirmative, est-il une réalité (approche pratique) ?* Les pluralismes juridiques objets des recherches sont ainsi le pluralisme juridique compris en tant que *proposition théorique* et le pluralisme juridique compris en tant que *donnée empirique*.

Quant à la définition du pluralisme juridique retenue, elle consiste à y voir *la situation dans laquelle coexistent effectivement, à l'échelle d'une branche du droit<sup>2</sup> et d'un espace étatique<sup>3</sup> donnés, des sources étatiques et des sources privées de règles de droit<sup>4</sup>*. Pareil objet d'étude amène très directement à réfléchir aux liens qui attachent le droit à l'État<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le pluralisme, dans ses diverses dimensions, constitue l'un des objets d'étude préférentiels du LID2MS (notamment, O. BENOIST, H. ISAR, dir., *Pluralisme, pluralismes*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2011).

<sup>2</sup> Une branche du droit, telle qu'ici comprise, correspond à l'ensemble des règles de droit applicables à un objet déterminé. Par exemple, l'ensemble des règles de droit applicables aux communications électroniques constitue le droit des communications électroniques. Il faut distinguer les branches du droit et les branches de la recherche juridique (cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 13 s.).

<sup>3</sup> Peut-être est-il pertinent de mesurer la réalité du pluralisme juridique au niveau d'un espace étatique, c'est-à-dire au niveau du territoire et de la population d'un État. Ainsi, plutôt que de s'enquérir, par exemple, du pluralisme juridique en droit des communications électroniques compris comme ensemble des normes applicables à tout utilisateur des communications électroniques dans le monde, mieux vaudrait s'enquérir du pluralisme juridique en droit des communications électroniques compris comme ensemble des normes applicables à tout utilisateur français des communications électroniques. Les sources étatiques et interétatiques à prendre en compte sont alors celles de l'État de France et celles des organisations internationales auxquelles participe l'État de France.

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 8. En d'autres termes, il y a pluralisme juridique lorsque des ensembles d'organes — est retenue une conception organique des sources du droit — indépendants les uns des autres, certains étant privés et autonomes par rapport aux structures publiques, contribuent dans des proportions équivalentes à l'enrichissement normatif d'une branche du droit donnée. Le pluralisme juridique ne peut se mesurer qu'à l'échelle d'une branche du droit car le droit dans son entier ou même

Cette relation problématique mettant aux prises l'État et le droit par le truchement du pluralisme juridique peut être étudiée d'un double point de vue :

\* *théorique, qualitatif et vertical ou sous l'angle de la définition du droit et de la possibilité du pluralisme juridique*, d'une part ;

\* *pratique, quantitatif et horizontal ou sous l'angle de l'observation du droit et de la réalité du pluralisme juridique*, d'autre part<sup>2</sup>.

La présente thèse n'abordera que l'aspect horizontal ou quantitatif du pluralisme juridique. Elle sera exclusivement au service de l'observation, de l'analyse et de l'explication de la *réalité factuelle* du pluralisme des sources du droit. Il s'agira de s'intéresser aux *liens pratiques* qui attachent le droit à l'État. Les *liens conceptuels* qui attachent le droit à l'État ont, pour leur part, été interrogés dans un double ouvrage intitulé *Théories du droit et pluralisme*

---

le droit français dans son entier sont — semble-t-il — des objets bien trop vastes et multiformes pour pouvoir tirer de leur étude des conclusions pertinentes. Et il faut peut-être proscrire toute forme de manichéisme : le pluralisme juridique peut être une parfaite réalité (si les sources étatiques et les sources privées fournissent la même proportion de normes à la branche du droit étudiée) ou n'être aucunement une réalité (si cette branche du droit ne comporte que des normes d'origine étatique, appartenant toutes à la même « pyramide »), mais il est dans la très grande majorité des cas une réalité partielle (par exemple lorsque trois quarts des normes d'une branche du droit ont une origine étatique quand le dernier quart de ces normes a une origine privée). Ensuite, un ordre juridique étant une « pyramide » au sens kelsénien et les normes étatiques et interétatiques appartenant toutes à la même « pyramide », le pluralisme juridique tel que compris en ces lignes est aussi un pluralisme des ordres juridiques : il y a pluralisme juridique lorsqu'une branche du droit tire ses normes de différents ordres juridiques, un ou plusieurs de ces ordres étant privé(s) et cohabitant avec l'ordre étatique et interétatique.

<sup>1</sup> Le rapprochement de l'État et du pluralisme juridique pourrait sembler être l'œuvre d'un esprit à tout le moins alambiqué tant ce mot et cette expression paraissent se repousser bien plus que s'attirer. Il serait possible d'écrire « l'État *ou* le pluralisme juridique », mais pas « l'État *et* le pluralisme juridique ». C'est dans cette apparente contradiction que réside tout l'intérêt du sujet du programme de recherches dans lequel s'inscrit cette thèse. S'il ne saurait y avoir dans le même temps plein droit étatique et plein pluralisme juridique, si la force de l'un des pôles du sujet est inversement proportionnelle à la faiblesse de l'autre, et si l'un doit nécessairement triompher de l'autre, alors des études approfondies tout-à-fait légitimes et intéressantes paraissent pouvoir être menées sur ce terrain particulier. Les destins de l'État et du droit sont indissociables et parler de droit non étatique, c'est 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'efface à mesure que le pluralisme juridique se développe et, inversement, que le pluralisme juridique demeure timide tant que l'État reste fort. Étudier une branche du droit dans laquelle le pluralisme juridique tend à être une réalité, cela revient 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.

<sup>2</sup> L'association des adjectifs « qualitatif » et « quantitatif » à l'idée de « pluralisme juridique » est inédite. Simplement un auteur a-t-il un jour écrit, au détour d'un paragraphe, loin de développer ses arguments autour de ces perspectives, que « la réflexion sur le pluralisme juridique met en jeu des questions de définitions et ne se borne pas seulement à établir la juxtaposition de plusieurs ordres juridiques, c'est-à-dire à poser des questions de quantité. La problématique du monisme et du pluralisme, loin d'être toujours quantitative, recouvre des dimensions qualitatives » (D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 75). Quant aux pluralismes horizontal et vertical, si Gurvitch pouvait différencier, dans la littérature d'Hauriou, un « pluralisme vertical infiniment plus précis que son pluralisme horizontal » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 123), leur distinction est elle-aussi proche d'être inédite.

*juridique*, publié aux Presses universitaires d'Aix-Marseille<sup>1</sup>. Partant, si le pluralisme juridique est « soit un courant doctrinal soit un phénomène »<sup>2</sup>, cette thèse sera exclusivement consacrée au phénomène du pluralisme juridique. Le pluralisme juridique entendu tel un « ensemble de prises de position théoriques sur le droit »<sup>3</sup> ne l'intéressera guère, ces prises de position ayant été examinées à l'occasion du premier tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*<sup>4</sup>.

Il n'en est pas moins apparu primordial de répondre positivement à la question de la possibilité du pluralisme juridique avant d'entamer quelque enquête de terrain relative à la réalité du pluralisme juridique. Aussi le présent avant-propos a-t-il vocation à expliquer cette réponse. À ces fins, il faut présenter sommairement les prémisses, le contenu et, surtout, les conséquences de la *théorie syncrétique du droit*, laquelle est proposée et développée dans le second tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*<sup>5</sup> (ainsi qu'au sein de récentes livraisons des *Archives de philosophie du droit*<sup>6</sup>). Cette théorie, en effet, « autorise » le pluralisme juridique en ce qu'elle accorde une certaine force juridique à toutes les normes produites par des sources privées, y compris celles qui sont issues de sources indépendantes de l'État. Elle jouera, de ce fait, un rôle déterminant tout au long de l'ouvrage qui débute<sup>7</sup>.

La théorie syncrétique du droit se présente donc tel un soubassement conceptuel décisif pour l'étude empirique du pluralisme juridique parce qu'elle permet au chercheur *en droit* d'examiner toutes les normes et toutes les sources de normes, qu'elles soient publiques ou privées. Elle donne lieu à un parfait « panjuridisme » — pour reprendre le célèbre mot de Carbonnier<sup>8</sup> — qu'il est peut-être permis de qualifier de « raisonné » ou d'« éclairé ». En d'autres termes, est considéré — mais sous certaines conditions précisément arrêtées et qu'il s'agira, dans cet avant-propos, de rappeler — que toute norme sociale est juridique et même que

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016 ; B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016.

<sup>2</sup> N. ROULAND, « Pluralisme juridique (théorie anthropologique) », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, p. 449-450.

<sup>3</sup> J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits* 2002, n° 35, p. 196.

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 54 s.

<sup>5</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016.

<sup>6</sup> B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Arch. phil. droit* 2013, p. 365 s. ; B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie : application) », *Arch. phil. droit* 2014, p. 503 s.

<sup>7</sup> Il faut, à cet instant, rappeler que, suivant l'acception retenue dans le cadre du programme de recherches « Pluralismes juridiques », une théorie désigne la prescription d'un objet d'étude et d'une méthode d'étude à une science. Dès lors, une théorie du droit serait la prescription d'un droit — *i.e.* le droit conçu d'une certaine façon — comme objet d'étude et d'une méthode d'étude de ce droit à la science du droit (B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 2). Tous travaux scientifiques sur le droit positif dépendraient donc foncièrement d'un cadre théorique préalablement choisi. Ici, c'est le cadre offert par la théorie syncrétique du droit qui a été choisi, ce qui ne constitue pas l'option la moins originale puisque cette théorie est inédite et fort novatrice en raison de l'intention scientifique, si ce n'est « scientiste », qui l'anime.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 22.

*toute norme est juridique*. Pareille conception de la juridicité<sup>1</sup> (*i.e.* de la qualité juridique, de la force juridique) oblige à fournir quelques explications préliminaires tant elle apparaît fort originale au sein de facultés de droit françaises où, pour des motifs parfaitement légitimes, on s'éloigne rarement des chemins balisés de la loi et de la jurisprudence. L'intérêt potentiel de la théorie syncrétique du droit réside dans le fait qu'elle permet au juriste d'étudier l'ensemble des normes et des sources de normes extra-étatiques *tout en adhérant à ces motifs légitimes, c'est-à-dire tout en sauvegardant l'autonomie du droit parmi les différents modes de régulation sociale*.

Pour réussir une telle conciliation d'enjeux *a priori* antagonistes, la solution consiste à considérer que, si toute norme est juridique, la juridicité n'est pas la normativité mais une qualité supplémentaire venant s'ajouter plus ou moins parfaitement à la qualité normative<sup>2</sup>. C'est en consacrant *une conception graduelle de la juridicité* que la théorie syncrétique parvient à ce résultat : une norme d'essence privée est certes juridique, mais elle l'est généralement moins parfaitement qu'une norme d'essence étatique ; elle se rapproche davantage de l'« ivraie juridique » que du « bon droit »<sup>3</sup>. Cela constitue une différence essentielle par rapport aux approches selon lesquelles les règles extra-étatiques « offre[nt] autrement mais *pas moins bien* les caractères que l'on est en droit d'exiger [de] prétendante[s] au titre de règle[s] de droit »<sup>4</sup>. Avec la conception graduelle de la force juridique, la « contradiction entre, d'une part, la nécessité d'élargir le champ du droit par rapport à la définition qu'en donnent les théories classiques sous peine de ne pas saisir l'ensemble du phénomène juridique et, d'autre part, le risque ainsi encouru d'en perdre de vue la spécificité »<sup>5</sup> n'en est plus une.

Une fois le principe d'une qualité juridique graduelle posé, une fois la plus ou moins grande force juridique de toute norme acceptée, ce n'est pas parce que des sources privées peuvent engendrer des règles de droit que le pluralisme des sources du droit est nécessairement une réalité. En effet, encore faut-il que ces sources privées produisent *de facto* des règles de droit et concurrencent *de facto* les sources étatiques et interétatiques. Le pluralisme juridique peut ainsi être *soit impossible, soit possible mais irréel, soit possible et réel*. L'important, en cet avant-propos, est qu'il ne saurait y avoir de pluralisme juridique effectif sans acceptation conceptuelle préalable de ce pluralisme et donc que les travaux touchants à la réalité empirique du pluralisme juridique dépendent intimement des travaux touchants à la possibilité théorique du pluralisme juridique. Autrement dit, si les recherches relatives à la possibilité du pluralisme juridique peuvent se passer des recherches relatives à la réalité du pluralisme juridique, l'inverse est en revanche inenvisageable. Pour s'intéresser à la réalité empirique du pluralisme

---

<sup>1</sup> Les dictionnaires des termes juridiques définissent la juridicité en tant que « caractère de ce qui relève du droit » (V° « Juridicité », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige, 2007).

<sup>2</sup> Par exemple, P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, coll. Vocation philosophe, 2006, p. 1 s.

<sup>3</sup> Réf. à A. PELLET, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie », in *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, p. 465 s.

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 156 (non souligné dans le texte original).

<sup>5</sup> 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. 167.

juridique, il faut déjà avoir admis — et plutôt consciemment et explicitement qu'inconsciemment ou implicitement — sa possibilité théorique<sup>1</sup>.

Si l'hypothèse de départ était que seules les normes produites ou, du moins, validées par l'État intègrent le monde du droit, il ne serait alors guère utile de mener quelque enquête de terrain afin de rechercher si le pluralisme des sources du droit existe concrètement puisque, par hypothèse, cette existence serait impossible<sup>2</sup>. Fort heureusement pour cette thèse (dont la première partie sera entièrement consacrée aux sources privées du droit), le présupposé retenu, loin de la vision d'un « État maître du Droit »<sup>3</sup>, loin de l'idée selon laquelle « si veut l'État, si veut le droit », est que *le pluralisme juridique peut être parce que le droit d'origine privée peut être*. Ensuite, l'objet des prochaines pages sera de décrire et d'expliquer le fait que *le pluralisme juridique est effectivement parce que le droit d'origine privée est effectivement*, ce qui ne manque pas d'interroger les sources publiques.

Il est donc indubitable que, de différentes manières, les études relatives au pluralisme juridique « reposent sur la remise en cause de la prétention de l'État au monopole de la production du droit, sur la disjonction de l'État et de la normativité juridique »<sup>4</sup>. Tel est le cœur du programme de recherches « Pluralismes juridiques » : la confrontation entre cette grandeur majestueuse de l'État qui invite au monisme juridique et cet éclectisme nébuleux du pluralisme juridique qui oblige au non étatismes.

En cet avant-propos, il conviendra de présenter plus avant l'assise théorique fondatrice et structurante qu'est la théorie syncrétique du droit (II) et d'insister sur ses conséquences déterminantes à l'égard de l'étude concrète des sources du droit (III) et, par conséquent, à l'égard du contenu de cette thèse dont l'objet sera d'examiner empiriquement les diverses sources de cette branche du droit atypique qu'est le droit de la communication par internet (IV). Ces développements préliminaires se termineront par quelques précisions relatives à l'objectif épistémologique transversal et original qui imprègne le programme de recherches « Pluralismes juridiques » : recourir à des instruments de mesure, à des outils scientifiques, si ce n'est « scientifistes », dans le cadre d'études juridiques (V). Il sera alors temps de proposer une synthèse élémentaire des enseignements tirés du programme de recherches (VI) et d'annoncer et

<sup>1</sup> De la réponse adoptée relativement à la possibilité du pluralisme juridique dépendent les moyens et les résultats de l'étude de la réalité du pluralisme juridique. Partant, si on convient que le pluralisme juridique peut se présenter sous les traits d'une théorie du droit et sous les traits d'un phénomène empirique (Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 9), le pluralisme empirique suit logiquement — mais pas systématiquement — le pluralisme théorique. Dès lors qu'il importait de précisément séparer la possibilité et la réalité du pluralisme juridique, c'est cette distinction qui a orienté la *summa divisio* des recherches. Et, comme l'étendue des investigations entreprises autour de la réalité du pluralisme juridique résulte directement de la réponse apportée à la question de la possibilité du pluralisme juridique, l'ordonnancement des deux pans principaux de ces recherches ne pouvait qu'être : « I. Possibilité du pluralisme juridique ; II. Réalité du pluralisme juridique ».

<sup>2</sup> Il faut rappeler que, suivant la définition du pluralisme juridique ici admise, celui-ci suppose la cohabitation entre des sources étatiques et des sources privées de règles de droit.

<sup>3</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 97.

<sup>4</sup> Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 9.



expliquer sommairement la problématique de la présente thèse (VII). Mais, en premier lieu, il importe, dès lors que l'apport de la théorie syncrétique du droit est d'amener à considérer que toute norme est juridique, de rappeler quelle est la définition de la norme retenue (I).

## I. La définition de la norme

Telle qu'entendue par la théorie syncrétique du droit — qui n'innove guère en la matière —, une norme (ou règle, les termes « norme » et « règle » étant approchés en tant que synonymes<sup>1</sup>) est *la signification d'un énoncé servant de modèle de comportement*<sup>2</sup>. Elle est un « outil mental »<sup>3</sup> servant à tracer les lignes directrices des conduites des individus.

Aussi une proposition contient-elle une norme dès lors qu'elle impose, permet, conseille ou interdit d'adopter un certain comportement dans une certaine situation, quels que soient sa source, son objet et son degré de généralité et d'abstraction — il existe des normes à portée individuelle<sup>4</sup> —. Une norme, suivant le sens accepté en ces pages, est donc la signification d'un énoncé à l'aune de laquelle le destinataire comprend qu'il peut, qu'il ne peut pas, qu'il devrait ou qu'il doit faire quelque-chose.

Partant, toute signification d'un énoncé qui est une description, une déclaration ou une évaluation, qui n'indique aucune attitude à adopter à quiconque dans un quelconque contexte, n'est pas une norme.

Appartiennent à l'ordre du prescriptif, par opposition à ce qui relève de l'ordre du descriptif, l'obligatoire, l'impératif, le prohibitif, mais aussi le permissif, l'incitatif, le recommandatoire, le suggestif, l'habilitatif et l'attributif<sup>5</sup>. Et il faut préciser que seul le signifié de l'assertion, fruit d'une interprétation, permet de la catégoriser, sa formulation syntaxique et grammaticale n'étant un indice que dans certains cas. Il n'est en effet pas rare de trouver des normes exprimées sous la forme indicative.

Après la question « qu'est-ce qu'une norme ? » vient la question « qu'est-ce qu'une norme juridique ? ». L'objet du premier volet du programme de recherches « Pluralismes juridiques » — qui a donné lieu au double ouvrage *Théories du droit et pluralisme juridique* — était d'y

---

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 30. *Contra*, C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure – Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. phil. droit* 2008, p. 341 s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 29. Il importe de ne pas assimiler la norme au texte qui la porte, de ne pas confondre — ce qui est souvent le cas — norme juridique et acte juridique, de ne pas voir le normatif dans ce qui ne fait que le relever ou l'exprimer, dans les signes extérieurs qui ne sont que des véhicules, des moyens de transport. Un énoncé est une forme, une mise en forme verbale ; la signification — donc la norme — est le fond porté par cette forme. Confondre la norme et l'énoncé, ce serait comme confondre la pensée et la parole. La norme, c'est le message.

<sup>3</sup> P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits* 1989, n° 10, p. 9.

<sup>4</sup> Toutefois, la position inverse est parfois défendue. Par exemple, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, spéc. p. 157.

<sup>5</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 29.

répondre, car cette réponse est en même temps une réponse au problème de la possibilité théorique du pluralisme juridique. Or la réponse finalement retenue est celle qui émane de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité. C'est pourquoi il importe de les présenter brièvement en cet avant-propos.

## II. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité

Convaincu qu'il n'est peut-être pas exact qu'« en matière de théorie du droit, on a tout essayé »<sup>1</sup>, et insatisfait par les cadres théoriques existants — car ceux qui autorisent l'étude de toutes les sources de normes semblent trop peu rigoureux quand ceux qui sont rigoureux interdisent l'étude de toutes les sources de normes —, une nouvelle façon d'envisager la notion de droit a été recherchée. Celle-ci prend la forme de la théorie syncrétique du droit, laquelle est expliquée<sup>2</sup> et appliquée<sup>3</sup> dans le second tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*.

Le « système théorique » qu'est la théorie syncrétique se scinde en trois éléments : une méta-théorie scientifique, une science des théories du droit et une définition syncrétique du droit. *La méta-théorie scientifique prescrit à la science des théories du droit de constater objectivement et empiriquement la définition syncrétique du droit*. Cette définition est une *définition lexicale* (par opposition aux habituelles définitions personnelles et stipulatives)<sup>4</sup>. C'est pourquoi il incombe au chercheur de recenser les conceptions de la juridicité revêtant *actuellement* une *force doctrinale significative* (i.e. jouissant d'un certain niveau de popularité, ce qui exclut les conceptions marginales rarement partagées)<sup>5</sup>.

Autrement dit, la théorie syncrétique amène à *reconnaître ce qu'est le sens du mot « droit »* et non à vouloir proposer ou imposer, d'un point de vue subjectif, ce que devrait être le sens du mot « droit »<sup>6</sup>. Le choix opéré est ainsi de miser sur ce qui serait *la* définition du droit, non en ce qu'elle revêtirait une quelconque qualité supérieure ou universelle mais en ce qu'elle formerait une construction syncrétique accueillant en son sein toutes les conceptions du droit justifiant actuellement d'un niveau non négligeable de reconnaissance et d'acceptation parmi la psyché juridique collective<sup>7</sup>. La théorie syncrétique est donc l'antithèse d'une théorie

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 93.

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, partie I.

<sup>3</sup> *Ibid.*, partie II.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 35 et 36.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 37.

<sup>6</sup> L'auteur a pu proposer *sa* définition du droit : « Le droit est l'ensemble des normes produites par les institutions sociales puissantes, la puissance étant la capacité d'imposer psychologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires et l'État étant, pour l'heure, la plus puissante de toutes les institutions sociales, donc la source principale des règles de droit » (*ibid.*, n° 3 et 79) ; mais cette conception subjective est sans importance aux yeux de la théorie syncrétique.

<sup>7</sup> Il faut croire que toute théorie du droit connaît au moins une difficulté qui, dès lors que l'accent est mis sur elle, la fragilise grandement. En tout cas n'est-il pas lieu de chercher à camoufler le fait que la question de la frontière entre force doctrinale significative et force doctrinale marginale est à la théorie syncrétique du droit ce que la

du droit partielle et partiale. Elle se veut complète et objective relativement à la définition du caractère juridique des normes.

C'est dans ce cadre que les différents critères de juridicité ont été identifiés<sup>1</sup>, la juridicité véritable étant, aux yeux de la théorie syncrétique, le fruit de leur combinaison. Et il faut croire que pareille approche peut être éventuellement pertinente tant des penseurs du droit comptant au nombre des plus écoutés en viennent aujourd'hui à considérer que « les théories du droit sont précieuses si elles sont envisagées non exclusivement mais dans leur complémentarité »<sup>2</sup>.

Subséquentement, a été élaborée et expérimentée l'échelle de juridicité, instrument de mesure de la force juridique des normes. Avec cet outil théorico-scientifique, la qualité juridique connaît des degrés, loin de la vision manichéenne droit/non-droit (soit une norme est pleinement juridique, soit elle ne l'est pas du tout)<sup>3</sup>. L'échelle de juridicité associée à la définition syncrétique du droit comporte huit niveaux d'intensité juridique, allant de « juridicité nulle » à « juridicité absolue »<sup>4</sup>. Et le niveau d'intensité juridique d'une norme n'est rien d'autre que son niveau moyen de satisfaction à chacun des six critères de juridicité recensés.

La théorie syncrétique du droit se présente, par suite, telle une théorie pluraliste du droit en ce qu'elle accueille plusieurs critères de juridicité. Surtout, elle est une théorie du pluralisme du droit puisqu'elle invite à considérer que toute norme est, plus ou moins parfaitement, juridique, donc que toute source de normes est, plus ou moins parfaitement, une source de normes juridiques. Allant plus loin que les auteurs qui, s'intéressant aux nouvelles sources du droit, écrivent que celles-ci obligent à « reconsidérer le seuil de juridicité des normes »<sup>5</sup>, la théorie syncrétique retient que les seules normes non juridiques sont celles dont la juridicité est nulle. Mais il est très incertain que de telles normes existent. En effet, l'expérimentation de

---

question de la « norme fondamentale supposée » est à la théorie pure kelsénienne. Cf., pour davantage de précisions relativement aux éléments permettant de caractériser cette force doctrinale significative, B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 37 et 44.

<sup>1</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 46 à 65 (et n° 84 pour la « grille de lecture de la juridicité d'une règle ») ; B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Arch. phil. droit* 2013, p. 365 s. Ces critères de juridicité sont la valeur juridique, la validité juridique, les qualités juridiques, la sanction juridique, l'application juridique et l'effectivité. À ceux-ci s'ajoute un critère transversal : le développement juridique de l'ordre normatif (cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 66 s.).

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 318.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 42.

<sup>4</sup> Quant au mode d'exploitation des critères de juridicité, au mode de calcul de la juridicité d'une norme et au mode de présentation des résultats obtenus, il faut inviter le lecteur intéressé à consulter les explications *ad hoc* de *Théories du droit et pluralisme juridique* (*ibid.*, n° 69 et 70).

<sup>5</sup> 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. 51.

l'échelle de juridicité a permis d'observer qu'y compris une règle de grammaire<sup>1</sup> ou une habitude<sup>2</sup> sont, *dans une certaine mesure*, juridiques<sup>3</sup>.

La règle de grammaire et l'habitude sont toutefois nettement moins juridiques que la plupart des normes supportées par les lois et autres formes d'actes normatifs étatiques<sup>4</sup>. Par exemple, la règle issue de la Constitution de la V<sup>e</sup> République française selon laquelle « le Président de la République est élu au suffrage universel direct »<sup>5</sup> revêt une juridicité absolue. Reste que, à la lumière de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité, il y a, entre la règle de grammaire et la norme portée par la Constitution, *une différence de degré et non une différence de nature*.

Il résulte de tout cela que, sans le support de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité et, plus largement, sans l'appui de *Théories du droit et pluralisme juridique*, cette thèse présenterait peut-être un autre visage : soit elle se bornerait à suivre les sentiers battus, à n'étudier que les sources classiques du droit que sont les sources étatiques et serait en cela peu originale ; soit elle ferait œuvre supposément novatrice en examinant autant les sources privées que les sources publiques du droit, mais en s'appuyant sur une charpente théorique excessivement fragile — si ce n'est inexistante — risquant à tout moment de faire s'effondrer l'ensemble de l'édifice pour cause d'inconséquence *jus*-conceptuelle et *jus*-culturelle.

### III. L'influence de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité sur l'étude concrète des sources du droit

L'échelle de juridicité se présente peut-être tel un outil utile afin de satisfaire le besoin de plus en plus pressant d'*équilibre entre autonomie du droit et ouverture du droit*<sup>6</sup> : grâce aux enseignements tirés de son expérimentation, le chercheur en droit prenant pour objet d'étude les

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 121 (« Les participes passés des verbes conjugués avec l'auxiliaire "avoir" ne s'accordent jamais avec le sujet : ils sont invariables si aucun complément d'objet direct ne les précède » : juridicité moyenne-faible (niveau 5)).

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 126 (« Chaque mercredi matin, Monsieur X fait ses courses » : juridicité faible (niveau 3)). *Contra*, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, spéc. p. 101. Selon le Professeur Pascale Deumier, les habitudes ne seraient pas juridiques, à l'inverse des usages et des coutumes, parce qu'elles ont une portée individuelle et non une portée collective. Est ici considéré qu'il existe aussi des règles de droit à portée individuelle, bien qu'elles soient peut-être moins juridiques, dans l'ensemble, que les règles à portée collective. Et, parmi les différents types de règles à portée individuelle, les habitudes sont moins juridiques que les normes issues de stipulations contractuelles.

<sup>3</sup> L'échelle de juridicité a également été appliquée aux normes régissant les communications électroniques, celles-ci constituant le « sujet d'expérience » retenu dans le cadre du programme de recherches « Pluralismes juridiques ». A alors été constaté que toutes ces normes sont des normes juridiques. S'il n'en demeure pas moins que, au sein de cette branche du droit, les règles à juridicité forte côtoient les règles à juridicité moyenne ou faible (*ibid.*, n° 129 s.), a pu être mise en évidence l'« entière possibilité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques » (*ibid.*, n° 177).

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 87 s. et 129 s.

<sup>5</sup> Const. 4 oct. 1958, art. 6.

<sup>6</sup> Réf. à J.-Y. CHÉROT, S. CIMAMONTI, L. TRANCHANT, J. TRÉMEAU et *alii*, *Le droit entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2013.

sources du droit peut s'intéresser à tous les foyers de normativité tout en s'inscrivant — certes par un biais inhabituel et inattendu — dans la lignée des courants dominants de la pensée du droit moderne. Puisque la seule voie envisageable afin d'accueillir entièrement le pluralisme juridique horizontal (différents types de sources du droit) sans ruiner le particularisme ontologique du droit paraît résider dans le pluralisme juridique vertical (différents niveaux de force juridique), et puisque la théorie syncrétique constitue possiblement *la première théorie de la juridicité graduelle*, l'apport de cette théorie pourrait hypothétiquement ne pas être nul<sup>1</sup>. Ledit apport existe en tout cas à l'échelle de cette thèse et à l'échelle du programme de recherches dans lequel elle s'insère puisque, sans le soutien de la théorie syncrétique et de la conception graduelle de la juridicité qu'elle aboutit à consacrer, ceux-ci *reposeraient sur des fondations théoriques peu solides, donc peu porteuses*.

Peut-être les enseignements tirés de ces travaux préalables tendent-ils à faire de la théorie syncrétique une « théorie sociologique du droit »<sup>2</sup> donnant lieu à un « pluralisme juridique réaliste-tempéré »<sup>3</sup>. Reste que l'enjeu premier s'y attachant est de conférer davantage de crédibilité conceptuelle au pluralisme juridique. Il s'agit ainsi d'une éventuelle *théorie déterminante sous l'angle de l'acceptabilité jus-théorique de l'idée de pluralisme des sources du droit*. Et cela est loin d'être anodin tant ladite idée manque de force sémantique, aux yeux du théoricien du droit mais aussi, plus généralement, aux yeux du juriste moderne le plus ordinaire, lorsqu'elle est utilisée par les sociologues du droit, par les anthropologues du droit ou encore par les tenants du « pluralisme juridique radical », tous se montrant quelque peu insensibles à l'autonomie du juridique au sein du social que des générations de penseurs du droit se sont évertuées à forger.

Il est par conséquent important de souligner combien les nécessaires prémisses conceptuelles d'une étude portant sur les sources du droit, si elles ont été précisées antérieurement et extérieurement à cette thèse, sont décisives à son égard en ce qu'elles lui octroient une habilitation théorique à étudier le pluralisme des foyers de normes *juridiques* — qui n'est pas le pluralisme des foyers de normes *sociales* —. Il convient, préalablement à toute autre forme d'investigation relativement au pluralisme juridique, d'être en mesure de distinguer les normes qui revêtent la qualité juridique des normes qui n'intègrent pas le domaine du droit et qui, de la sorte, sont *extérieures à l'objet d'étude du juriste*. Nul ne saurait, semble-t-il, s'intéresser pertinemment aux sources du droit sans avoir auparavant identifié le ou

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 178.

<sup>2</sup> En effet, on écrit que, « les nouvelles sources du droit émanant souvent de la pratique et de l'acceptation sociales, leur analyse systématique ne peut que se rattacher à une forme de théorie sociologique du droit » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 8).

<sup>3</sup> J.-M. JACQUET, « Préface », in P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. VIII. Le caractère réaliste du pluralisme juridique qu'aboutit à consacrer la théorie syncrétique s'exprime à travers la hiérarchie juridique qui se dessine entre les sources du droit dès lors qu'est appliquée l'échelle de juridicité. En témoigne, par exemple, la hiérarchisation entre règles étatiques et règles privées qu'opérait Portalis au moment de rédiger le projet de Code civil : « À défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi » (J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801 (cité par P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 378)).

les critère(s) permettant de reconnaître la juridicité des normes et, par conséquent, permettant de déterminer et délimiter le champ d’investigation<sup>1</sup>.

Peut-être le besoin de définir — et ainsi circonscrire et borner — l’objet d’étude avant de l’étudier fait-il donc peu de doute. Comme le soulignent des auteurs, les tenants et les aboutissants d’une recherche sur les sources du droit dépendent forcément de la définition du droit retenue<sup>2</sup>. « On ne peut avoir une idée exacte des divers membres de l’homme ou rouages de la machine si l’on ne sait d’avance ce qu’est l’homme ou ce qu’est la machine »<sup>3</sup>, disait Santi Romano. On ne peut avoir une idée exacte des diverses sources du droit si l’on ne sait d’avance ce qu’est le droit. Aussi est-il peut-être difficile de suivre qui invite à « observer sans préjugé théorique la réalité juridique »<sup>4</sup>. Il appartient justement à la théorie de tracer les frontières du droit. Dès lors, il semble qu’étudier la réalité juridique loin de tout préjugé théorique soit impossible ou, du moins, très aventureux. Ce n’est, en effet, qu’en vertu de préjugés théoriques relatifs à l’ontologie du droit que l’on peut savoir où rechercher cette réalité juridique et où ne pas la rechercher. Autrement dit, il n’existerait pas de réalité juridique sans préjugé théorique permettant de la cerner<sup>5</sup>. Que « la réalité du droit mérite davantage de respect que la théorie du droit »<sup>6</sup> apparaît peut-être discutable puisqu’il ne saurait y avoir de réalité du droit loin de toute théorie du droit sous-jacente, loin de toute conception — éventuellement implicite ou même inconsciente — de ce qu’est et de ce que n’est pas le droit.

<sup>1</sup> En témoignent clairement ces explications tirées de l’introduction d’un ouvrage récemment consacré aux « nouvelles sources du droit » : « Étudier les nouvelles sources du droit suppose nécessairement de réfléchir sur le système juridique, son contenu, ses caractéristiques et de se positionner par rapport au modèle pyramidal kelsénien et au postulat luhmannien de l’autoréférentialité du système Droit. [...] La pyramide des normes kelsénienne s’est imposée comme l’aboutissement des efforts de rationalisation et de scientification du droit, les concepts-clé [sic] d’objectivité, de véracité-validité et d’autonomie du droit étant censés rendre possible le départ entre ce qui est juridique et ce qui ne l’est pas. [...] Si seulement [les] hypothèses de clôture, d’autoréférentialité, de cohérence et de validité normative n’étaient pas considérées comme des conditions et caractéristiques exclusives du système juridique, cela permettrait d’envisager de nouveaux mécanismes et de nouvelles forces de production juridique, de nouvelles sources du droit qui ne peuvent plus se satisfaire de l’espace marginal qui leur a été traditionnellement concédé au-delà des frontières du système juridique » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 9-10).

<sup>2</sup> 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. 168 ; 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. 49.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *L’ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 7.

<sup>4</sup> 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. 60.

<sup>5</sup> Pareillement, il est difficile de s’accorder avec « les tenants d’une conception postmoderne du droit [qui] militent pour une ré-adéquation entre la réalité du champ juridique et la théorie du droit » (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. 163). Puisqu’il appartient à la théorie du droit de déterminer et circonscrire le champ juridique, ce dernier peut difficilement s’émanciper et s’écarter de cette première. Le droit est ce que les théoriciens du droit dominants en font ; le reste n’est que normativités et institutions extra-juridiques.

<sup>6</sup> M. VIRALLY, « Sur la prétendue “primitivité” du droit international », in *Recueil de travaux publié à l’occasion de l’Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969*, Librairie de l’Université Georg & Cie (Genève), 1969, p. 201 (cité par C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599).

Et il est délicat, du point de vue du *jus*-théoricien, d'abonder dans le sens du Professeur Jacques Vanderlinden lorsque, en introduction d'une conférence intitulée « Les pluralismes juridiques », il avance, à propos de la question de la définition du droit, qu'« il est inutile d'entrer dans ce genre de considérations »<sup>1</sup>. Or nombreux sont ceux, parmi les tenants du pluralisme juridique, qui évacuent de la sorte le problème de la juridicité, le problème des spécificités du droit parmi les différents modes de régulation sociale. Le caractère strictement juridique de leurs travaux se trouve peut-être compromis<sup>2</sup>; car il n'est, semble-t-il, pas inconsideré de convenir que la plupart des normes ne seraient pas juridiques<sup>3</sup> et qu'il serait par conséquent déterminant de savoir séparer droit et non-droit.

Certes, le droit est une « notion à l'imprécision accueillante »<sup>4</sup>. Le danger est que, en venant à admettre toutes les normativités sous la bannière de la juridicité, l'imprécision du droit risque de servir la dissolution du droit et, finalement, la disparition du droit, le concept de droit ne désignant plus rien de particulier. La question du sens du nom « droit » et de son adjectif « juridique » serait donc bien la plus épineuse de toutes celles qui se posent aux penseurs et aux commentateurs du pluralisme juridique<sup>5</sup>; c'est pourquoi il a paru nécessaire d'y répondre avant de songer à interroger plus avant les sources du droit.

Pour ne prendre que deux exemples, Carré de Malberg soutenait que seul l'État serait investi de la puissance spécifique que serait la souveraineté et, partant, de la capacité de créer et d'appliquer le droit qui en découlerait<sup>6</sup>, tandis que Kelsen concevait qu'État et droit seraient une seule et même chose désignée par deux noms différents<sup>7</sup>. Aux yeux de chacun de ces illustres professeurs, il n'y aurait d'ordres juridiques et de sources du droit qu'étatiques et interétatiques. Le critère de la qualité juridique serait la qualité étatique et il ne pourrait exister d'autre conjoncture du droit que celle du monisme juridique<sup>8</sup>. Ce faisant, le pluralisme juridique devrait être, sans autre forme de procès et sans égard aucun pour les « faits normatifs », interdit *ab initio*.

La prégnance du positivisme juridique moderne — et donc de l'étatisme juridique — dans la psyché juridique collective étant grande, il n'est guère surprenant qu'on en vienne à considérer qu'étudier le pluralisme juridique obligerait le juriste à se « déculturer

---

<sup>1</sup> J. VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », conférence Perelman 2013, Centre Perelman de philosophie du droit, Bruxelles, 15 nov. 2013.

<sup>2</sup> En ce sens, on écrit que les auteurs en cause connaissent des « difficultés à préserver la juridicité de leur objet d'étude » (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. 167).

<sup>3</sup> Par exemple, P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, coll. Vocation philosophe, 2006, p. 1 s.

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 441.

<sup>5</sup> 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. 166-167.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962.

<sup>8</sup> Si le pluralisme juridique désigne la situation de concurrence entre des sources étatiques et des sources privées de droit, le monisme juridique correspond au monopole étatique de la production du droit.

disciplinairement »<sup>1</sup>. Toutefois, les théories selon lesquelles il se trouverait du droit hors de l'État, selon lesquelles l'étaticité ne permettrait pas seulement ou même pas du tout d'identifier la juridicité, s'avèrent désormais aussi nombreuses que diverses<sup>2</sup>. Elles gagnent continuellement en « force doctrinale » — *i.e.* en popularité — et de plus en plus nombreux sont ceux qui regrettent que « le positivisme juridique constitue, depuis l'âge moderne, un obstacle à la connaissance vraie du droit »<sup>3</sup>. On entend, aujourd'hui, « reconnaître une valeur juridique à des normes qui, depuis quelque temps déjà, régissent en coulisse et invisiblement des situations de plus en plus nombreuses »<sup>4</sup>. Pareille reconnaissance consiste inéluctablement — bien que peut-être inconsciemment — en un acte théorique audacieux : la révision du concept moderne de droit. Et ce n'est que dans un second temps qu'elle peut prendre la forme d'un acte empirique, soit la recherche et l'identification concrètes de ce qui, grâce à la réformation de la notion de droit opérée, passe de l'empire du non-droit à l'empire du droit.

Reste que, à l'heure actuelle, il demeure courant de trouver, au cœur des manuels de droit les plus lus, l'explication selon laquelle « l'appropriation sans partage par l'État des droits de domination fait qu'il est le titulaire unique de la souveraineté et que tous les actes juridiques peuvent lui être imputés »<sup>5</sup>. Les théories du monisme juridique — que sont principalement le normativisme kelsénien et les théories dites « réalistes »<sup>6</sup> — sont encore loin d'avoir capitulé face aux théories du pluralisme juridique, lesquelles sont pour l'heure en gestation<sup>7</sup>. Et cela fragilise peut-être la qualité et la portée des travaux abordant le « multijuridisme » ou le « polycentrisme juridique » tout en faisant l'impasse sur *la question-cadre de la définition du droit*. C'est, en quelque sorte, la « juridicité » de ces travaux qui se trouverait mise en doute.

Possiblement prémuni contre ce danger car positionné dans l'espace de la théorie syncrétique du droit — loin de la « conception pragmatique du droit » esquissée antérieurement et se rapprochant davantage du « pluralisme juridique radical »<sup>8</sup> —, l'auteur pourra s'intéresser aux sources du droit en partant du *présupposé selon lequel toute source de normes est une source de normes juridiques*. Il ne lui sera pas nécessaire, en présence de toute nouvelle norme, de rechercher si celle-ci est juridique ou non et, donc, si elle intègre son champ d'étude ou non. Une fois acceptés les résultats de l'expérimentation de l'échelle de juridicité, le pluralisme juridique devient sans réserve possible théoriquement et il est permis, dans le second temps que constitue cette thèse, d'étudier le droit loin des spéculations et des barrières théoriques. Partant,

<sup>1</sup> S. BELLINA, « L'analyse plurielle du droit : enjeux épistémologiques et responsabilité du jeune chercheur », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 26.

<sup>2</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 61 s.

<sup>3</sup> 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. 135.

<sup>4</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 203.

<sup>5</sup> D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 49.

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 13 s. et 25 s.

<sup>7</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 37 et 79.

<sup>8</sup> B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012.



indifférentes au sens de « droit » et à l'essence du droit, les pages qui suivent entendront uniquement concourir à la compréhension du phénomène juridique tel qu'il se présente *en pratique*. Cette thèse s'attachera uniquement aux aspects quantitatif et horizontal du pluralisme juridique (donc à sa réalité empirique), les difficultés que posent ses aspects qualitatif et vertical (donc sa possibilité théorique) étant désormais considérées comme résolues.

#### IV. L'étude concrète des sources du droit de la communication par internet

Un choix influençant l'ensemble du programme de recherches « Pluralismes juridiques » est de s'attacher à la pensée juridique davantage qu'à la technique juridique, au macro-droit plus qu'au micro-droit. Cependant, *cette thèse s'inscrira dans le cadre de la pensée du droit comprise comme pensée du droit positif* quand *Théories du droit et pluralisme juridique* s'insère dans le cadre de la pensée du droit comprise comme pensée du concept de droit. En somme, il s'agira d'interroger les pratiques du droit et non plus les théories du droit.

Le terme « pratique » est, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> s., utilisé pour désigner tout ce qui s'oppose à la théorie<sup>1</sup>. Le droit pratique serait ainsi le « droit vécu » par opposition au « droit pensé », le « droit de tous » par opposition au « droit des intellectuels », la « physionomie réelle du droit » par opposition à la « physionomie imaginée du droit », le « droit tel qu'il est » par opposition au « droit tel qu'il doit être », le « droit des faits » par opposition au « droit du Droit ». Il existerait, par conséquent, un fossé irréductible entre la théorie du droit et la pratique du droit. Toutes deux pourraient se succéder, s'influencer, entrer dans un jeu dialectique, mais elles ne sauraient être mêlées autrement que ponctuellement, à moins de provoquer une inaudible cacophonie. Il serait donc quasi-inévitable, dès lors qu'un sujet comporte un pan *jus*-pratique et un pan *jus*-théorique, de les traiter en deux parties distinctes<sup>2</sup>, si ce n'est, à l'image du programme de recherches « Pluralismes juridiques », en deux ouvrages distincts.

L'enjeu consistant à rapprocher, en droit, la pratique et la théorie, à lier intimement la pratique à la théorie ou, plus encore, la théorie à la pratique, n'est pourtant pas le moindre tant il semble que « la théorie du droit a rompu toutes ses amarres avec le droit vivant, de sorte qu'elle ne peut plus guère participer de l'étude concrète de la matière »<sup>3</sup>. Cependant, à moins de convenir que le fossé entre la théorie et la pratique serait plus grand en théorie qu'en pratique, ce n'est pas en ces lignes que pourra être remédié à cette fracture, au contraire dès lors qu'est considéré que, entre les développements scientifico-théoriques et les développements scientifico-pratiques, il est nécessaire d'opérer un choix. Et, si « l'art du jurisconsulte est de

---

<sup>1</sup> J. HILAIRE, « Pratique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1180.

<sup>2</sup> Par exemple, les deux parties de la thèse de doctorat du Professeur Pascale Deumier semblent porter, pour l'une, sur la pratique du droit à travers la question du caractère normatif de l'usage et de la coutume et, pour l'autre, sur la théorie du droit à travers la question de leur caractère juridique (appelé « caractère positif » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 207)).

<sup>3</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 1.

maintenir une union étroite entre la théorie et la pratique »<sup>1</sup>, l'objet de cet avant-propos est justement de faire le lien entre le double ouvrage à vocation purement théorique qu'est *Théories du droit et pluralisme juridique* et la présente thèse axée sur les pratiques du droit.

Les prochaines pages porteront donc sur l'aspect positif, concret et matériel du pluralisme des sources du droit et sur lui seul, à mille lieues des questionnements théoriques qui s'y attachent par ailleurs, ceux-ci ayant été envisagés à l'occasion de travaux précédents. Il s'agira 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*. Dans cette dimension, ce sont des quantités de règles de droit qui sont en cause et non la qualité de règle de droit. Il faut, en effet, *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 saurait 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. Ce choix se justifie par le fait que la branche du droit en cause semble être à la fois représentative, à travers certaines des sous-branches qui la composent, de la réalité générale du droit contemporain et symptomatique, à travers d'autres des sous-branches qui la constituent, des mouvements qui affectent de plus en plus le monde juridique et qui, peut-être, annoncent l'avènement prochain d'un droit « postmoderne » au visage très différent par rapport à celui, encore aujourd'hui prédominant, du droit moderne.

À l'heure actuelle, on est de plus en plus souvent tenté de juger que « le monisme étatique [serait] en contradiction flagrante avec la réalité juridique »<sup>2</sup> ; mais peut-être ce monisme n'est-il en contradiction flagrante qu'avec une partie de la réalité juridique, seulement au niveau de certaines branches du droit, d'autres venant au contraire le confirmer. En effet, au terme de l'étude statistique relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques, il s'avère que, parmi les différentes ramifications de ce droit, le *droit des réseaux de communications électroniques* et le *droit de la communication audiovisuelle* tendent à ne pas connaître le pluralisme juridique<sup>3</sup>. En revanche, on constate que le *droit de la communication par internet*, pour sa part, tend à être marqué par un tel pluralisme<sup>4</sup>. C'est pourquoi il paraît délicat de s'accorder avec qui soutient que « le droit est par essence pluriel lorsqu'on accepte de voir sa réalité sans a priori idéologique »<sup>5</sup> ; le pluralisme juridique n'est, semble-t-il, qu'une

<sup>1</sup> O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 387.

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 326.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> A. CISSÉ, « La pluralité juridique et le droit de l'OHADA », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 185.

*donnée contingente*. Surtout, cela explique pourquoi ce seront les sources du droit de la communication par internet que cette thèse interrogera.

L'objet, les conditions, les résultats et les enseignements de cette *recherche expérimentale* consacrée à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques sont présentés au sein d'un ouvrage *ad hoc* intitulé *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*. Ces résultats et enseignements sont le socle factuel et concret qui porte cette thèse — tandis que la théorie syncrétique du droit et les applications de l'échelle de juridicité constituent l'assise théorique et abstraite qui autorise cette thèse —. Pour le dire d'une façon différente, que l'on affirme que « la loi demeure la première des sources du droit »<sup>1</sup> ou bien que l'on souligne une « réorganisation des sources donnant la primauté à d'autres sources que la loi »<sup>2</sup>, les phénomènes envisagés ont peut-être tout intérêt à être validés sous l'angle de leurs possibilités conceptuelles (ce qui est fait ailleurs<sup>3</sup>) et vérifiés sous l'angle de leurs réalités factuelles (ce qui est fait ici, mais à l'échelle d'une branche du droit seulement)<sup>4</sup>.

Aussi faut-il insister sur le fait que l'étude touchant à la réalité du pluralisme juridique est, à l'instar de la réflexion relative à la juridicité graduelle, une étude préliminaire et non une étude consécutive par rapport à cette thèse. C'est elle, et uniquement elle, qui permet d'*observer* que le pluralisme juridique tend à être une réalité en droit de la communication par internet ; c'est elle, et uniquement elle, qui incite à étudier les sources de ce droit plutôt que celles, par exemple, du droit de la communication audiovisuelle ; c'est elle, et uniquement elle, qui *in fine* autorisera à confirmer ou à infirmer l'idée selon laquelle « trop de droit tue le droit »<sup>5</sup> ; et c'est elle, et uniquement elle, qui conduira peut-être à relever que la souveraineté de l'État serait malmenée par la prolifération du droit d'origine internationale et/ou que la puissance de l'État serait mise à mal par l'essor du droit d'origine privée<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, Puf, coll. Thémis, 1999, p. 150.

<sup>2</sup> 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. 1434.

<sup>3</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 87 s. et 129 s.

<sup>4</sup> Il en va à l'identique concernant pareilles allégations : « Les us et les coutumes possèdent une extraordinaire puissance. [...] 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 (non souligné dans le texte original)). Alors que, pour beaucoup, le droit se réduirait tout au contraire à la loi, quelques recherches et quelques expériences paraissent éventuellement pertinentes afin de pouvoir confirmer ou infirmer de telles propositions de manière objective et empirique, donc de manière scientifique. Il n'est, *a priori*, pas certain que les coutumes soient juridiques et, si elles le sont, il est douteux qu'elles dominent de la sorte outrageusement la production du droit. Cela mérite à tout le moins d'être vérifié au moyen d'une plongée au cœur des normes.

<sup>5</sup> F. TERRÉ, « Préface », in V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. XVIII.

<sup>6</sup> Sur la distinction de la puissance et de la souveraineté de l'État, cf. B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 261 s. et 281 s. (où est proposé que la puissance de l'État serait au fait ce que la souveraineté de l'État serait au droit). Le droit d'origine publique externe et le droit d'origine privée interrogent, chacun à sa façon, cette « *Grundnorm* » que serait la souveraineté : les normes d'origine publique externe sont comme des *exceptions à la règle*, tandis que les normes d'origine privée sont comme des *infractions à la règle*. Partant, sous l'angle juridique, qui est celui qui intéresse la souveraineté, les sources publiques externes peuvent porter atteinte à cette souveraineté quand les sources privées ne le peuvent pas. En

Reste que, s'il ne fallait retenir qu'une chose des expériences relatives aux pluralismes juridiques, ce serait que *le pluralisme juridique est une possibilité concrétisée à l'échelle du droit de la communication par internet*. Pareille conclusion étant opérée, il devient peut-être tout à la fois *légitime conceptuellement* et *opportun concrètement* de procéder à l'examen des diverses sources, publiques mais aussi privées, de ce droit.

Quant à cette opportunité concrète, il faut gager que, si un avocat — qui fut le premier, en 1996, à publier un ouvrage *ad hoc* sur les problématiques juridiques inédites induites par l'internet<sup>1</sup> — peut dire du droit de la communication par internet qu'il « est aux juristes ce que les McDonalds sont aux cuisiniers »<sup>2</sup>, cela se justifie tout d'abord par les origines largement privées, et donc surprenantes et mal connues, de ce droit. Ce dernier tendrait ainsi à confirmer combien le monde juridique est de tout temps une « *terra incognita* où des archipels restent à découvrir »<sup>3</sup>. Contrairement à certaines apparences, le droit se renouvelle 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 »<sup>4</sup> ?

Par ailleurs, c'est aussi, complémentaiement, le fait que le droit de la communication par internet se présente de plus en plus telle une branche du droit 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. En témoignent le lancement, en janvier 2016, de la revue *Dalloz IP/IT*<sup>5</sup>, le fait que la dernière livraison de la *Revue du droit public* porte sur « L'espace numérique et les données personnelles »<sup>6</sup> ou encore le fait que le dernier ouvrage paru dans l'importante collection

---

revanche, seul le droit d'origine privée interroge la puissance de l'État comprise comme capacité concrète de régir les activités d'une population sise sur un territoire.

<sup>1</sup> O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996.

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

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

<sup>4</sup> Réf. à R. HANICOTTE, « Une nouvelle catégorie d'OVNI juridique : les drones », *Gaz. Pal.* 9 nov. 2014, p. 6 s. ; C. TEITGEN-COLLY, « Les défenseurs des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », *LPA* 19 déc. 2008, p. 125 s. ; C. LAROCHE, « Le bail en l'état futur d'achèvement, un ovni juridique », *Le Moniteur* 23 oct. 2015 ; Ch. PRATS, « Le retour des OVNI juridiques », [en ligne] <dalloz-actualite.fr>, 15 oct. 2015.

<sup>5</sup> Cette revue est consacrée aux mutations et problématiques juridiques qu'induisent les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Elle se penche spécialement sur les difficultés nouvelles qui apparaissent sous l'angle des droits de la propriété intellectuelle et des données personnelles. Cf. S. PRÉVOST, P. SIRINELLI, « Une revue Dalloz IP/IT pour quoi faire ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 1 s.

<sup>6</sup> *RDP* 2016, n° 1, « L'espace numérique et les données personnelles » (dernière livraison de la revue au moment où ces lignes ont été écrites).

« Thèmes et commentaires » des éditions Dalloz s'intéresse à l'internet en tant qu' « espace d'interrégulation »<sup>1</sup>. Et il est ô combien significatif que deux des quatre « journées allemandes » de l'Association Henri Capitant (22 au 28 mai 2016) devaient 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 »<sup>2</sup>.

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 et serait peut-être peu stimulant intellectuellement. 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.

En dernier lieu au sein de cette présentation des différents éléments du programme de recherches « Pluralismes juridiques », il importe de souligner que leur aspect éventuellement le plus novateur et surprenant résiderait dans la confection et l'utilisation d'outils servant à mesurer objectivement et empiriquement, d'une part, la force juridique des normes et, d'autre part, le niveau de réalité du pluralisme juridique à l'échelle d'un régime juridique ou d'une branche du droit.

## V. Le recours à des instruments de mesure

Si divers autres objectifs pourraient être cités<sup>3</sup>, l'enjeu possiblement le plus transversal et le plus original du programme de recherches « Pluralismes juridiques » consiste à se demander s'il est *possible d'étudier le droit au moyen d'instruments de mesure* — ceux-ci étant les outils les plus essentiels à tout scientifique — ou bien si le statut particulier des sciences humaines et sociales rend cette ambition inconséquente et les résultats potentiels nécessairement trop approximatifs. Cela implique que l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience* doive être compris en tant que véritable recherche associée à la thèse. Il faut, en effet, redire combien les explications contenues en cette thèse reposeront étroitement sur l'étude statistique relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques — comme les conclusions de *Théories du droit et pluralisme juridique* dépendent des applications de l'échelle de juridicité —. Ceci est semble-t-il d'autant plus important qu'on

---

<sup>1</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, dir., *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, série Régulations, 2016 (dernier ouvrage paru dans la collection au moment où ces lignes ont été écrites). 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<sup>e</sup> s.*, LGDJ, coll. Forum, 2016.

<sup>2</sup> [en ligne] < henricapitant.ca >, 25 août 2015.

<sup>3</sup> Par exemple, le programme de recherches « Pluralismes juridiques » vise dans son ensemble à s'émanciper, avec le Professeur Benoît Frydman, de ce « nationalisme méthodologique » incompatible avec la globalisation du droit et de la pensée du droit (B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », [en ligne] <philodroit.be>, 2014, p. 1).

souligne le « manque de réflexion pratique et théorique sur la dimension méthodologique du pluralisme juridique »<sup>1</sup>.

Les chercheurs-juristes n'ignorent pas combien un caractère imparfait marquera toujours, quels que soient les efforts entrepris, les « sciences littéraires » en général et les sciences du droit en particulier<sup>2</sup>. Ces « sciences à la cuillère » ne seront jamais des « sciences au microscope ». Cependant, un objectif premier assigné au programme de recherches « Pluralismes juridiques » est de remédier, forcément de façon fragmentaire et dans une mesure modeste, à certaines de ces imperfections.

Dans un premier temps, ont été recherchés les moyens d'introduire un surcroît de scientificité parmi cette branche spéciale mais fondamentale de la recherche juridique qu'est la théorie du droit. C'est pourquoi il s'est agi de mesurer scientifiquement la juridicité des normes et de répondre scientifiquement à la question de la possibilité théorique du pluralisme juridique. Ensuite, c'est tout aussi scientifiquement qu'a été procédé à l'évaluation de la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques<sup>3</sup>. En somme, il faudrait parvenir à transformer le droit universitaire en une « science à la petite cuillère » quand il se présenterait aujourd'hui davantage telle une « science à la grande cuillère » dans laquelle la « culture corporative » l'emporterait encore sur la « culture scientifique »<sup>4</sup>.

Toutefois, si la « culture corporative » domine peut-être la « culture scientifique » parmi les chercheurs en droit, ce n'est pas fatalement pour de mauvaises raisons, tant s'en faut<sup>5</sup>. Il importe de se méfier de la « loi de la bipolarité des erreurs »<sup>6</sup>, cette sorte de balancier intellectuel qui ne permet à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements qu'en succombant aussitôt aux fourvoiements opposés. Et il convient de garder à l'esprit que « les nombres à eux seuls peuvent être aveugles et sans signification ; des données littéraires et qualitatives, sans nombres ni statistiques, ne sont souvent rien d'autre qu'histoires et impressions. Réunissez-les, et ils auront plus de sens ensemble qu'ils n'en avaient isolément »<sup>7</sup>.

Peut-être faudrait-il se souvenir en permanence de l'éloge de la mesure par lequel Camus conclut *L'homme révolté*<sup>8</sup>, se souvenir en permanence du goût de Montaigne, bon cavalier, pour

<sup>1</sup> Gh. OTIS, « Introduction », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 5.

<sup>2</sup> Cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 245 s.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, CNRS éditions, 2013, p. 234.

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises », *RTD civ.* 2015, p. 807 s.

<sup>6</sup> G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20.

<sup>7</sup> L. M. FRIEDMAN, « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Dr. et société* 1986, p. 116.

<sup>8</sup> A. CAMUS, *L'homme révolté*, Gallimard, coll. Nrf, 1953.

le trot plutôt que pour le pas ou le galop, se souvenir en permanence des aphorismes de Pascal sur les rapports entre le juste milieu et la maïeutique<sup>1</sup>.

## VI. Résumé des résultats du programme de recherches

Présentés schématiquement en deux parties ((I)), quatre temps ((I.1)) et huit points ((I.1.1)), les travaux conduits dans le cadre du programme de recherches « Pluralismes juridiques » aboutissent à la démonstration suivante :

*1<sup>ère</sup> partie. – Les conclusions des théories du droit actuellement dominantes, étatistes en ce qu’elles le réduisent aux normes et institutions étatiques (1.1.1), peuvent être écartées au profit d’une théorie syncrétique (1.1.2) qui permet d’observer que les normes produites par les sources publiques (1.2.1) mais aussi les normes issues des sources privées (1.2.2) sont juridiques, bien qu’à des degrés d’intensité variables.*

*2<sup>nde</sup> partie. – Par conséquent, toutes les normes, qu’elles aient une origine publique ou une origine privée, doivent être comptabilisées au moment d’apprécier la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques. Il s’avère alors que, si les branches classiques de ce droit reposent très largement sur les sources publiques (2.1.1), il en va différemment de sa branche la plus originale (le droit de la communication par internet), laquelle est fortement marquée par le pluralisme juridique (2.1.2), ce qui s’explique par la perturbation de l’État (2.2.1) et appelle la rénovation de l’État (2.2.2).*

La présente thèse constitue ainsi la pierre angulaire d’un édifice scientifique plus vaste, le moment charnière d’un raisonnement dont certains éléments la précèdent quand d’autres la suivent. Elle correspond au point 2.1.2 de la démonstration.

La première partie du programme de recherches, pour sa part, est l’objet du double ouvrage *Théories du droit et pluralisme juridique*, publié aux Presses universitaires d’Aix-Marseille<sup>2</sup>.

Le point 2.1.1 est abordé uniquement dans l’ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, lequel est actuellement soumis à un éditeur. Quant aux points 2.2.1 et 2.2.2, qui correspondent au quatrième et dernier temps du programme de recherches — un temps *jus-politique* amenant à des interrogations de science politique et de légistique<sup>3</sup> —, ils étaient encore en cours de rédaction au moment où cette thèse a été achevée<sup>4</sup>. Ce sera la fonction de la conclusion de cette dernière que de servir de pont menant vers les problématiques que ces

<sup>1</sup> B. PASCAL, *Pensées*, 1669 (notamment : « Trop et trop peu de vin. Ne lui en donnez pas : il ne peut trouver la vérité. Donnez-lui en trop : de même »).

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016 ; B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016.

<sup>3</sup> Sur la possibilité de voir dans la science politique et dans la légistique des branches de la recherche juridique, bien qu’il ne s’agisse pas de recherche *en droit*, cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L’Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 197 s. et 213 s.

<sup>4</sup> Le socle théorique de ces réflexions afférentes à l’État, ainsi que quelques premiers éléments, sont exposés dans B. BARRAUD, *L’État – Entre fait et droit*, L’Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, *passim*.

points portent, que de servir d' « introduction » à ces autres questionnements, d'ordre davantage polémique que scientifique, que suscite le pluralisme juridique dès lors qu'il s'avère *non seulement possible mais aussi réel*.

De la même manière, la conclusion générale du second tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*<sup>1</sup> et l'avant-propos qui à présent arrive à son terme font office de transition entre les recherches antérieures, consacrées à la possibilité théorique du pluralisme juridique, et les présents travaux relatifs à la réalité empirique de ce pluralisme.

## VII. Annonce de la problématique de la thèse

Le point 2.1.2 du programme de recherches, afférent à la réalité du pluralisme des sources du droit de la communication par internet et conférant à cette thèse son objet, invite à 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 dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit ?*

Pareille problématique mérite peut-être quelques éclaircissements. Tout d'abord, 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 et analysés. Et il s'agira bien, en cette thèse, d'observer et d'analyser des phénomènes, cela aussi scientifiquement que possible. En ce sens, si d'aucuns soutiennent que « le postmodernisme est le fondement idéologique du pluralisme juridique »<sup>2</sup>, il faut gager que le pluralisme des sources du droit peut très bien être abordé objectivement et empiriquement, dans le cadre des canons scientifiques modernes, loin de toute idéologie et de toute subjectivité.

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)).

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 180.

<sup>2</sup> 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. 137.



La réponse à cette problématique tendra à confirmer combien « la théorie des sources formelles est en décalage complet avec les *modes effectifs de régulation de l'internet* »<sup>1</sup> et 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 »<sup>2</sup>. 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 de demain, 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 »<sup>3</sup>, de profiter de l'observation de cette branche du droit pour forger quelques outils possiblement utiles et recueillir quelques données éventuellement pertinentes afin de mieux comprendre la dynamique, les tendances et le devenir du droit. L'ambition qui portera cette thèse sera ainsi de proposer une *contribution à l'analyse de l'actualité et de l'avenir du droit*.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> *Ibid.* Selon l'auteur, « l'internet maltraite la théorie formelle des sources du droit en raison de la part déterminante qu'occupent les normes issues de l'autorégulation » (*ibid.*, p. 61).

<sup>3</sup> 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.*).

# INTRODUCTION

Une introduction est « ce qui prépare quelqu'un à la connaissance ou à la pratique d'une chose »<sup>1</sup>. Au sein de cette introduction, il s'agira déjà d'introduire aux sens des termes du sujet *Les sources du droit de la communication par internet* et à l'objectif poursuivi, à savoir *proposer des outils d'analyse adaptés en vue de la compréhension des évolutions du droit dans un monde globalisé* ; et il s'agira aussi d'introduire aux choix, aux limites et aux contraintes méthodologiques sans lesquels le propos contenu en cette thèse ne serait pas ce qu'il est<sup>2</sup>. Si « le concept de sources est très puissant par sa simplicité, sa densité et sa cohérence »<sup>3</sup>, y recourir oblige, semble-t-il, à fournir nombre d'explications et à prendre diverses précautions. Les différents éléments qui constituent ce tout qu'est la thèse seront introduits collectivement (« les sources du droit de la communication par internet » (III)) et individuellement (« les sources du droit » (I) et « le droit de la communication par internet » (II)) — étant précisé, à la suite du précédent avant-propos, que le signifié du signifiant « droit », qui est le terme le plus complexe et incertain du sujet de cette thèse, a été l'objet de publications *ad hoc* et ne sera pas ici circonscrit —.

---

<sup>1</sup> V° « Introduction », in *Le Petit Robert 2013*, Le Robert, 2012.

<sup>2</sup> Le cadre méthodologique de l'étude des sources du droit et du pluralisme juridique appelle à l'évidence différentes discussions et différentes prises de décisions. Pourtant, on note combien, « malgré le grand nombre d'ouvrages et de publications scientifiques consacrés au pluralisme juridique, les travaux existants approfondissent rarement la question de la méthode » (Gh. OTIS, « Introduction », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 5). Cf., spécialement, J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001 ; Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012.

<sup>3</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 4.



## Introduction à l'étude des sources du droit

*Cette thèse consiste en une étude des sources du droit de la communication par internet. Après avoir introduit, dans le cadre du précédent avant-propos, à la théorie syncrétique du droit et au « panjuridisme raisonné » dans l'espace desquels ces travaux doctoraux se situent, et avant d'introduire à l'étude du droit de la communication par internet, il est nécessaire d'introduire à l'étude des sources du droit. Pourra, ensuite et enfin, être proposée une introduction à l'étude des sources du droit de la communication par internet. Concernant les questions de la définition des sources du droit et du mode d'approche de ces sources, il importe de soigneusement séparer les sources formelles et les sources matérielles et d'expliquer le choix de n'aborder en cette thèse que les seules sources formelles du droit de la communication par internet. L'analyse des sources matérielles du droit de la communication par internet pourrait être riche d'enseignements du point de vue des continuités, des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit, mais elle n'intègre pas l'objet des présentes recherches doctorales. (\*)*

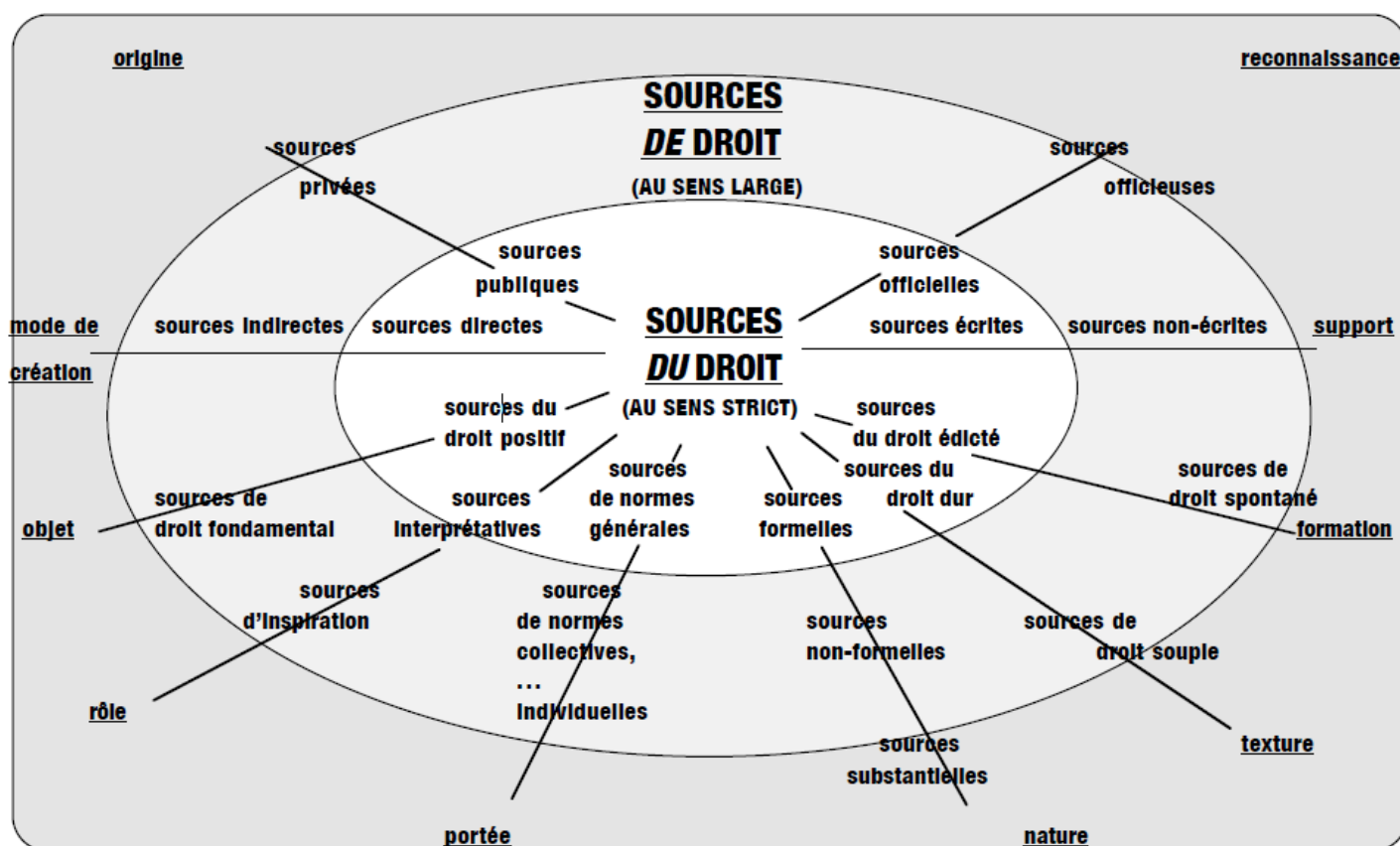
**Diverses conceptions des sources du droit.** – Circonscrire soigneusement le concept de sources du droit apparaît indispensable. En effet, il en existe de multiples acceptions, ainsi qu'en témoigne la « Carte des sources » établie par le Professeur Catherine Thibierge<sup>1</sup> :

---

\* Tout au long de l'ouvrage, le lecteur trouvera, en préambule des parties, titres, chapitres et sections, des résumés sous forme d'encadrés. Ceux-ci devront lui permettre de saisir facilement la logique et la portée des différentes subdivisions de l'ouvrage. La fonction de ces explications préliminaires systématiques sera donc de garantir une meilleure compréhension du rôle joué par chaque nouvelle partie ou sous-partie à l'intérieur de la démonstration que doit constituer la thèse. Et le lecteur aura également à sa disposition, en complément de l'habituelle table des matières, un sommaire encarté permettant d'accéder plus commodément au plan de l'ouvrage.

<sup>1</sup> C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 543.

## CARTE DES SOURCES



Si cette carte ne ressemble que peu à celle qui sera dévoilée au terme de la présente introduction et qui servira de matrice à cette thèse — mais leurs intentions respectives sont fort différentes —, elle montre combien il est indispensable de soigneusement expliquer quelle approche des sources est retenue avant toute étude les prenant pour objet. En l'occurrence, est considéré que la métaphore des « sources » renverrait aux *origines (formelles et matérielles) des règles de droit*<sup>1</sup>, cette vision des sources étant la plus communément partagée et donc peu originale en soi.

<sup>1</sup> Il est remarquable que, en voyant dans les sources publiques des « sources du droit (au sens strict) » et dans les sources privées des « sources de droit (au sens large) », le Professeur Catherine Thibierge paraît suivre implicitement les résultats de l'expérimentation de l'échelle de juridicité selon lesquels les sources privées produiraient globalement des normes nettement moins juridiques que les sources publiques. Et l'intention de s'inscrire dans le cadre d'une « théorie ouverte du droit » acceptant une « validité plurielle » se rapproche de l'ambition animant la théorie syncrétique du droit (cf. C. THIBIERGE, « Force normative et validité plurielle, des alliées pour une "théorie ouverte du droit" ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013, p. 457 s. ; C. THIBIERGE, « Synthèse : La force normative », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 741 s. ; 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. 813 s.).

Ensuite, cette thèse prenant place dans le programme de recherches « Pluralismes juridique » et continuant les travaux relatifs à la réalité du pluralisme juridique engagés à l'occasion de l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, seules les sources formelles seront interrogées<sup>1</sup>. Cela conduit à questionner la typologie des sources et non à envisager les relations qui peuvent se nouer entre elles.

*Une typologie des sources et non une étude des relations entre les sources.* – On aborde parfois les sources du droit sous l'angle de l'« interactivité », du « dialogue » et de la « concurrence »<sup>2</sup>, en tant que constitutives d'un « pluralisme d'interactions »<sup>3</sup> ; mais, en ces lignes, puisque l'intention est notamment d'établir la « taxinomie » des sources du droit de la communication par internet — à l'opposé d'une théorie des sources du droit comprise comme réflexion sur « l'agencement et les relations » entre sources<sup>4</sup> —, chaque source sera considérée individuellement, pour soi en quelque sorte, et le pluralisme en cause sera essentiellement un *pluralisme de juxtaposition*. Le Professeur Pascale Deumier écrit : « Le pluralisme des sources a trop souvent été envisagé comme un catalogue de sources, posées les unes à côté des autres, évoluant en toute indépendance et ne rencontrant que peu l'affrontement. Or la coexistence de sources différentes [...] est largement plus intéressante sous l'angle de leurs apports mutuels »<sup>5</sup>. Une première grande limite de ces travaux réside donc dans le fait que, bien qu'ils soient peut-être nombreux, denses et intéressants à étudier, les rapports et les relations entre sources du droit ne seront envisagés qu'à titre complémentaire et ponctuel.

Après avoir défini ce qu'est une source du droit dans le sens retenu en cette thèse (A), 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 connaît le phénomène juridique à l'heure de l'internet et du droit de la communication par internet (B). 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 ses sources »<sup>6</sup>, l'ordonnement classique des sources du droit « ne semble plus en mesure de rendre compte de la réalité contemporaine des normes »<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Il faut rappeler la définition du pluralisme juridique retenue : *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* (B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 8).

<sup>2</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2287.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2338.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 438. Et le professeur d'enseigner qu'« il faut cesser de vouloir cataloguer dans l'absolu les règles produites par chaque source et rechercher, derrière chaque règle, les traces des différentes forces créatrices ayant contribué à lui donner son vrai visage. Le droit s'enrichirait de cette nouvelle perspective. [...] La grande majorité des normes doivent leurs physionomies réelles à la conjonction de toutes les sources du droit : le législateur les pose, le juge les dit, la pratique les vit » (*ibid.*, p. 445).

<sup>6</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 3.

<sup>7</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 10. Également, C. ZOLYNSKI, « Questions de

## A. La distinction des sources formelles et des sources matérielles du droit

*La présente thèse est consacrée aux sources du droit. Il importe donc nécessairement de savoir définir le droit — c'est pourquoi le précédent avant-propos, présentant brièvement la théorie syncrétique du droit et le « panjuridisme raisonné » dans le cadre desquels ladite thèse se positionne, est apparu indispensable — et de savoir définir les sources du droit. Dès lors, il semble utile de débiter cette introduction générale en interrogeant ce dernier concept, dont le sens est loin d'aller de soi. Sont ordinairement distinguées les sources formelles et les sources matérielles du droit et il n'est pas lieu de contester la pertinence de cette summa divisio des sources du droit. Ensuite, il est important d'expliquer que seules les sources formelles constituent l'objet de ces travaux doctoraux, si bien que ceux-ci auraient pu être intitulés Les sources formelles du droit de la communication par internet. Plus tard en cette introduction, il sera temps de motiver le choix de se concentrer sur les sources (formelles) d'une branche du droit permettant d'interroger la pertinence et la pérennité de la typologie ordinaire des sources du droit et d'envisager quelque réforme de la pensée des sources du droit à l'heure des grands mouvements du droit et, supposément, de ses sources.*

**La « source » en droit : une métaphore.** – Au sens premier, le mot « source » renvoie à l'« eau qui sort de la terre ; [à l']issue naturelle ou artificielle par laquelle une eau souterraine se déverse à la surface du sol »<sup>1</sup>. De manière figurée, est visé par ce terme l'« origine, [le] principe de quelque-chose »<sup>2</sup>. « Une source, note-t-on, c'est un début, un commencement, un point de départ : une source est ce qui est premier »<sup>3</sup>. C'est notamment en droit qu'on recourt à la métaphore aquatique de la « source »<sup>4</sup> — puisqu'est en cause une image, il faudrait, pour s'exprimer le plus justement, toujours entourer le nom « source » de guillemets —. 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<sup>5</sup>. Il est souvent jugé ambigu ou équivoque<sup>1</sup> et il est important de le préciser. Pourtant, pour commune qu'elle

---

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. 51.

<sup>1</sup> V° « Source », in *Le Petit Robert 2013*, Le Robert, 2012.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> S. GOYARD-FABRE, « Les sources du droit et la “révolution copernicienne” – Quelques réflexions sur Kant et Rousseau », *Arch. phil. droit* 1982, p. 67. L'auteur opère une distinction entre la source qui désigne « ce qui est premier chronologiquement », qui conduit à « rechercher le principe séminal et génétique », et « ce qui est premier logiquement », qui invite à « rechercher l'assise principielle ou le principe de nécessité » (*ibid.*).

<sup>4</sup> Cf., notamment, R. SÈVE, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Arch. phil. droit* 1982, p. 259.

<sup>5</sup> En ce sens, qui dénonce l'emploi souvent maladroît du terme « source », F. TERRÉ, *Le droit*, Flammarion, 1999, p. 20 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 187.

soit, cette notion est rarement définie par ceux qui l'emploient, comme si la métaphore se suffisait à elle-même. À moins que la notion se révèle à ce point fuyante qu'il apparaîtrait hasardeux de vouloir la percer au-delà de la métaphore.

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<sup>2</sup> et dont il faut expliquer le sens et la portée<sup>3</sup>. 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.

***Le choix d'une conception organique des sources formelles du droit.*** – En ces lignes, est fait le choix d'une *approche organique* : sont les sources formelles du droit 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 la signification 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. Cette conception organique est celle que retenait, notamment, Henri Batiffol : « La règle juridique procède d'une autorité qui a le droit de la créer et d'en imposer l'observation. C'est cette autorité qui est la source du droit »<sup>4</sup>. La source formelle de la norme est ainsi *son auteur formel* — qui peut différer de son auteur substantiel — ou, mieux, son « *émetteur* »<sup>5</sup>, *celui qui lui donne son contenant mais non forcément son contenu*. La source formelle permet 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.

Les sources du droit sont ainsi toujours des sources de règles de droit et la théorie des sources ici accueillie revêt nécessairement une tendance prononcée au *normativisme*<sup>6</sup>, même si la source en tant que telle peut s'analyser comme étant plus qu'un simple agencement de normes. Surtout, 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

<sup>1</sup> Par exemple, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Sirey université, 2012, p. 59.

<sup>2</sup> A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique », in A. DUFOUR et alii, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Puf, 1991, p. 244.

<sup>3</sup> Ceux-ci sont loin de se laisser saisir aisément et, par exemple, à propos des sources formelles telles qu'ici entendues, Carbonnier pouvait écrire que « nous avons tendance à retenir les phénomènes juridiques d'autant mieux qu'ils se présentent sous une forme matérielle » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 37).

<sup>4</sup> H. BATIFFOL, « Préface », *Arch. phil. droit* 1982, p. 1.

<sup>5</sup> 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. 439 (non souligné dans le texte original).

<sup>6</sup> F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 132.



en cause se concentre entièrement sur les sources formelles. D'ailleurs, le Professeur Philippe Jestaz préfère l'expression « sources officielles » à l'expression « sources formelles »<sup>1</sup>.

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.** – Comme l'écrivait Gurvitch, abondant dans le sens d'une définition organique, « source du Droit positif veut dire : autorité qualifiée sur laquelle s'appuie la force obligatoire d'une règle juridique »<sup>2</sup>. Mais François GénY, dont la pensée est d'un grand poids quant à ces questions<sup>3</sup>, visait sous l'expression « sources formelles du droit » les « injonctions des autorités [...] compétemment formées »<sup>4</sup>. La source formelle ne serait alors pas l'autorité, l'organe, la personne ou l'institution qui enjoint mais l'injonction elle-même. 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 »<sup>5</sup> et d'assimiler la science des sources formelles du droit à la *science des actes juridiques* (lois, décrets, Constitutions, jugements, arrêts, contrats etc.).

Et Gurvitch pouvait proposer de voir derrière les sources du droit les « actes extérieurs dont on peut tirer la connaissance de règles concrètes du Droit, par exemple toutes les espèces de transcription du droit, les codes anciens et modernes, les constitutions et les lois écrites, les actes et expressions des organes compétents »<sup>6</sup>. En cette thèse, la source, à proprement parler, n'est pas l'expression de l'organe compétent mais cet organe compétent lui-même. Cependant, il n'y a 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<sup>7</sup>. Aussi, lorsque les sources formelles seront envisagées par référence à

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 77.

<sup>2</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 140.

<sup>3</sup> En témoignent les *Mélanges François GénY*, intitulés *Les sources du droit (t. I : Aspects historiques et philosophiques)*, Sirey, 1934 ; *t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934).

<sup>4</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919, p. 237.

<sup>5</sup> E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2000, p. 35.

<sup>6</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 139.

<sup>7</sup> O. JOUANJAN, « Remarques critiques sur *L'ordre juridique et le discours du droit* », *D.* 2014, p. 994.

certain 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 d'une thèse de doctorat en 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<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Qui s'intéresse aux sources formelles devrait se borner avant tout à les « inventorier »<sup>3</sup>, même s'il est peut-être aussi possible d'opérer un effort classificatoire et d'ordonnement ou de les envisager sous un angle critique, éventuellement sous un angle prospectif<sup>4</sup>. 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 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 »<sup>5</sup> là où les secondes se rapportent davantage à la face cachée du monde du droit et, donc, au domaine de l'informel<sup>6</sup>. Partant, la doctrine pourrait être intégrée parmi la liste des sources du droit, mais uniquement à condition d'y voir une « source informelle »<sup>7</sup> ou « officieuse »<sup>8</sup>, si ce n'est « sulfureuse »<sup>9</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Pour une analyse contraire, cf. E. P. HABA, « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *Arch. phil. droit* 1982, p. 235.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73.

<sup>3</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

<sup>4</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 10.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Par exemple, concernant l'utilisation de l'expression « sources informelles », D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th., Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 1992. Mais l'auteur utilise l'expression « sources informelles » afin de désigner les sources privées par opposition aux sources étatiques qui seraient les seules sources « formelles ». Il ne rapproche donc pas « sources informelles » et « sources matérielles ». Également, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 201. Ainsi le professeur explique-t-il que, en matière de droit spontané, « il n'y a pas de réelle procédure d'établissement, au sens d'un enchaînement d'étapes formellement définies, mais bien plutôt un processus informel ».

<sup>7</sup> Ph. JESTAZ, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19.

<sup>8</sup> F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

<sup>9</sup> Ph. BRUN, « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 73 s.

distinction. Si une source est un « endroit où l'on puise »<sup>1</sup>, il n'est bien entendu pas faux de considérer que la source du droit serait l'endroit où le droit puise son inspiration.

**Les sources matérielles : les sources d'inspiration des sources formelles et du contenu substantiel du droit.** – La question des sources matérielles — « sources des sources »<sup>2</sup> ou « sources des sources formelles » en quelque sorte — est à rapprocher de celles *des causes, des raisons et des motifs du droit*, là où la question des sources formelles est à rapprocher de celles *des moyens et des manifestations du droit*<sup>3</sup>. Les normes juridiques ne se construisent pas et n'évoluent pas *ex nihilo* ; elles ne sont pas arbitraires et sans causes<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. Les sources matérielles désignent 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* — étant ajouté que ces sources peuvent être à l'origine de la création, mais aussi de la modification et de la disparition des règles de droit —.

Ces sources se situent « à l'arrière-plan des normes juridiques »<sup>6</sup>, quand les sources formelles sont davantage au premier plan et, en ce sens, beaucoup plus visibles. La première des différences entre les sources formelles et les sources matérielles est ainsi que les premières sont relativement aisées à identifier et, par suite, à étudier — *toute norme n'a qu'une seule et unique source formelle*<sup>7</sup> —, tandis que les secondes sont 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 22.

<sup>3</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 84.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 57.

<sup>5</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 80.

<sup>6</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 80.

<sup>7</sup> N'est ainsi guère suivie la voie selon laquelle il serait « faux de croire que chaque règle peut être rattachée à une source de droit déterminée et exclusive » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 445). Est ici retenu que, sous l'angle des sources formelles, chaque norme ne serait issue que d'une seule et unique source.

les unes, soit sur les autres<sup>1</sup>. Il est, semble-t-il, rare de trouver un ouvrage envisageant à parts égales les sources formelles et les sources matérielles de la branche du droit à laquelle il se consacre<sup>2</sup>, y compris parmi les thèses de doctorat. 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 « les sources formelles prennent [...] le pas sur les sources matérielles, laissées aux historiens du droit et aux sociologues »<sup>3</sup>. En effet, outre les contraintes découlant des autres pans du programme de recherches « Pluralismes juridiques », 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<sup>4</sup>. 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.

## B. L'intention d'interroger les sources formelles du droit

*Au sein de cette première partie de l'introduction générale, a déjà été décrit le fait que la summa divisio ordinaire des sources du droit consiste à séparer les sources formelles et les sources matérielles du droit. Puis, a été précisé que cette thèse ne portera que sur les sources formelles du droit. Il s'agit, à présent, d'expliquer l'intention qui anime cette étude des sources formelles du droit. En un mot, elle consiste à poser la question de la pérennité de la classification ordinaire des sources formelles du droit. L'approche foncièrement étatiste du droit et, donc, des sources du droit n'est-elle pas critiquable ? Quelques sources privées de normes ne méritent-elles pas d'être considérées comme les égales des sources étatiques et des sources interétatiques ? Ce seront principalement ces problématiques que la présente thèse abordera. Par la suite, au sein de la deuxième partie de l'introduction générale, pourra être expliqué le choix de se focaliser sur le droit de la communication par internet plutôt que sur une autre branche du droit et, plus particulièrement, plutôt que sur une autre branche du droit des communications électroniques.*

<sup>1</sup> Pour une analyse contraire, cf., par exemple, L. ROLLAND, « Les pratiques contractuelles déviantes : confrontation ou coordination des sources matérielles et formelles du droit », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 309 s.

<sup>2</sup> Pour une analyse contraire, cf. A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 283.

<sup>3</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 4.

<sup>4</sup> En ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> 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 »<sup>1</sup>, il se trouve différentes façons de l'envisager, certaines étant classiques et d'autres plus novatrices. Or le pari pris en ces pages — et largement dicté par la réalité du droit 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 étant insuffisante. L'élément le plus remarquable de cette nouvelle approche des sources du droit résiderait dans le fait de *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. Comme l'exprime le Professeur Philippe Jestaz, « la notion de source procède d'une vision qui se veut synthétique : si les droits positifs varient à l'infini ou presque dans leur contenu, les sources du droit sont en nombre limité et leur étude tend donc à dégager quelques constantes du phénomène juridique. Mais, chez la plupart des auteurs, cette démarche reste encore *entravée par les contraintes de la dogmatique juridique* et ne produit pas tous les résultats qu'on pourrait en attendre »<sup>2</sup>. La présente thèse espère concourir au *renouvellement de la pensée des sources du droit* attendu en ce que, parmi les deux parties principales qui la composent, la première portera entièrement sur les sources privées quand la seconde seulement sera consacrée aux sources publiques.

Avant de préciser plus en détails la division des sources formelles du droit en deux méta-catégories correspondant aux sources privées et aux sources publiques, ainsi que les grandes implications qui la sous-tendent, il faut souligner 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 peuvent apparaître *lacunaires et peu pragmatiques*, spécialement en ce qu'elles ne tolèrent guère l'existence de sources privées du droit autres que la coutume. C'est tout cela qui invite à proposer un cheminement autonome parmi les sources du droit.

***La fracture grandissante entre l'évolution de la réalité des sources et la stagnation de la pensée des sources.*** – D'aucuns ne manquent pas de relever combien la notion de sources du droit serait actuellement « en crise »<sup>3</sup>, d'autant plus que les incertitudes attachées au sens du terme « droit » viennent s'ajouter à celles propres à la métaphore de la « source ». 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 2 (non souligné dans le texte original).

<sup>3</sup> 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. 1434.

« mettre en lumière le caractère très incomplet des sources traditionnelles »<sup>1</sup> dans le « contexte anarchique ou polyarchique de la globalisation, très bavard en termes normatifs »<sup>2</sup>. Dès lors, le concept de « source du droit » serait une « grande notion méthodologique du droit moderne » avec laquelle il faudrait « prendre [ses] distances »<sup>3</sup> à l'heure des standards techniques, des codes de conduite, des classements et autres labels<sup>4</sup>.

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 »<sup>5</sup>. Il semble peut-être opportun de choisir les « sources du droit de la communication par internet » comme sujet d'étude parce que celles-ci pourraient *témoigner de 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<sup>e</sup> s. dans les branches les plus classiques du droit. Or, au XXI<sup>e</sup> 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*<sup>6</sup>. Le fossé séparant la théorie de la pratique paraît se creuser de plus en plus à mesure que *la pensée des sources stagne et que la réalité des sources mue*. L'état, l'architecture et la typologie des sources du droit sont relatifs, c'est-à-dire contingents et évolutifs ; il n'est, semble-t-il, nulle vérité absolue et éternelle en la matière. La présentation des sources du droit mériterait d'être au moins rénovée afin d'incorporer un certain nombre de nouvelles sources et d'effacer, éventuellement, quelques sources « taries » ou, du moins, devenues marginales<sup>7</sup>.

Partant, la conception selon laquelle il existerait quatre sources qui seraient la loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine devrait être au minimum interrogée et peut-être remplacée par une nouvelle approche plus pragmatique.

***La loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine : une classification à réviser.*** – Le fait que « le domaine des sources du droit est un domaine où règne aujourd'hui le plus grand désordre »<sup>8</sup> est éventuellement contestable dès lors que sont en cause les seules sources formelles. En effet, nombre d'auteurs s'accordent sur l'identité de ces sources<sup>9</sup>. La pensée des sources aujourd'hui

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 57. Également, F. TERRÉ, « Crise et sources du droit », in F. TERRÉ et alii, *Droit de la crise : la crise du droit ?*, Puf, 1997, p. 47 s.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Et l'auteur 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.*). C'est 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.

<sup>5</sup> Ch. ATIAS, « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », *D.* 1997, p. 44.

<sup>6</sup> Par exemple, É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, n° 96, p. 78 s.

<sup>7</sup> Cf., notamment, V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, *passim*.

<sup>8</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2353.

<sup>9</sup> Cela n'empêche pas l'existence de propositions originales. En témoigne la répartition des sources opérée par Michel Virally entre « sources du droit originaires » (coutumes et jurisprudences) et « sources du droit dérivées » (Constitutions, lois et règlements) (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 148). En témoigne

très ordinairement adoptée est une pensée positiviste selon laquelle leur nombre serait déterminé et fini ; et il existerait *quatre 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, la coutume et, mais de façon moins consensuelle, la doctrine<sup>1</sup>. Ainsi y compris les plus récents manuels d'introduction au droit, dont l'un des objets principaux est précisément l'enseignement des sources du droit, énumèrent-ils dans leur grande majorité, au sein d'un chapitre intitulé « les sources du droit », la loi, la jurisprudence, la coutume<sup>2</sup> et, quoique moins systématiquement, la doctrine<sup>3</sup>.

Devant cette présentation quadripartite, il est peut-être difficile de ne pas juger que « la présentation traditionnelle ne satisfait ni l'étudiant ni le professeur »<sup>4</sup> et de ne pas remettre en question la présence de deux sources : la doctrine, qui paraît en mesure de *proposer du droit* mais pas d'en créer à l'instar des parlements et des tribunaux, ce qui devrait interdire de parler de « loi de la doctrine »<sup>5</sup> et de la situer sur le même plan que les trois autres sources<sup>6</sup>, et la

---

également la proposition de distinguer le « droit manifeste » (les lois), le « droit allusif » (les décisions judiciaires), le « droit routinier » (les coutumes et usages) et le « droit latent » (les principes généraux du droit) (R. A. MACDONALD, « Les vieilles gardes – Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in J.-G. BELLEY, dir., *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233). En témoigne encore la séparation des « sources explicites » et des « sources implicites » en même temps que celle des « sources formulées » et des « sources inférentielles » (S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 143).

<sup>1</sup> Déjà, dans les années 1930, Gurvitch pouvait observer que « la science traditionnelle du droit ne connaît pas d'autres sources que la loi, la coutume, la doctrine et la pratique des tribunaux » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 144). Éventuellement reconnaît-on qu'« un large accord (pour ne pas dire plus) se fait sur l'admission de la loi, de la coutume et de la jurisprudence comme sources du droit » (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), ne listant ainsi pas la doctrine.

<sup>2</sup> Par exemple, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Sirey université, 2012, p. 59 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 93 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit – Cadre juridique des relations économiques*, 12<sup>e</sup> éd., Litec, coll. Manuels, 2008, p. 12 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 53.

<sup>3</sup> Par exemple, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 91. Pourtant, le Professeur Jean-Louis Bergel retient par ailleurs qu'« on ne peut qualifier de sources du droit que les modes de formation des règles générales, qu'il s'agisse de la création immédiate de la règle dans sa généralité abstraite, comme pour la loi, ou de sa gestation progressive par la répétition de comportements analogues ou de décisions semblables, comme pour la coutume ou la jurisprudence » (*ibid.*, p. 60), ce qui ne paraît pas pouvoir viser les propositions et analyses doctrinales.

<sup>4</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 5. Pourtant, le professeur écrit plus loin qu'il faut « partir d'un socle incontestable, celui que constituent les quatre grands de la matière : loi, coutume, jurisprudence et doctrine sont *a priori* susceptibles de se rencontrer dans n'importe quel groupement et leur existence, sinon leur statut, ne prête pas à discussion » (*ibid.*, p. 5-6). Et d'ajouter : « Il nous est apparu que deux autres grands n'ont pas la place qu'ils méritent : ce sont, tout en haut et tout en bas de l'échelle, la révélation et l'acte juridique des particuliers. Bien que les auteurs ne s'y attardent guère, leur qualité de sources du droit ne devrait pas prêter à contestation et peut en tout cas se démontrer. On aboutit ainsi à un total de six sources. Mais, après cela, la liste pourrait bien être close ! » (*ibid.*, p. 6).

<sup>5</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 79.

<sup>6</sup> En ce sens, par exemple, Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 5 (« quel point commun entre une source qui décide et une autre qui se borne à suggérer ? ») ; J.-S. NAVARRO, « La

coutume<sup>1</sup>, dont le rôle joué à l'intérieur du droit contemporain s'avère très secondaire, à tel point qu'on la qualifie de « source largement asséchée »<sup>2</sup>. Partant, tandis que la doctrine n'est, semble-t-il, pas une source formelle du droit, la coutume se présente telle une source marginale<sup>3</sup>. Surtout, un certain nombre de sources qui devraient peut-être figurer sur cette liste sont ignorées, ce qui s'expliquerait en premier lieu par l'étatisme juridique qui continuerait d'imprégner la psyché juridique collective et qui amènerait à nier la possibilité de créer du droit — en tout cas des normes à portée générale — dans un cadre privé. Carbonnier pouvait s'étonner que les règles coutumières soient considérées comme juridiques mais pas les règles d'usage, de convenance, de courtoisie et de mœurs<sup>4</sup>. La classification actuelle des sources du droit la plus communément admise semble donc pouvoir être légitimement critiquée, *en ce qu'elle omet certaines sources privées du droit, mais aussi en ce qu'elle oublie certaines sources publiques du droit*<sup>5</sup>.

Mis à part le cas de la doctrine, la présentation classique des sources du droit paraît être ancienne, paraît se donner tel un héritage. Entre le XII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> s., expliquent les historiens du droit, on considérait que les sources du droit étaient les ordonnances et autres « statuts » d'origines royale, princière, seigneuriale, municipale et corporative — correspondant à ce qu'on appelle aujourd'hui « loi » au sens large —, la jurisprudence des cours supérieures et les

---

coordination des sources du droit et la notion d'intérêt », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 248. Quant à Kelsen, il rappelait qu'« aucune autre théorie plus que la théorie pure du droit n'a davantage pris position contre [la] jurisprudence des concepts (droit créé par la doctrine). Elle souligne en effet avec insistance que la science du droit ne pourrait être source du droit, que la déduction de normes juridiques à partir de concepts juridiques n'est que pur droit naturel et enfin qu'aucune parcelle de droit nouveau ne pourrait se déduire de la connaissance du droit positif, si celle-ci restait contenue dans ses propres limites. La théorie pure du droit a, la première, révélé les motifs totalement non scientifiques qui conduisent la science du droit traditionnelle à résister de manière si désespérée à une pure séparation de la théorie et de la pratique du droit, de la science et de la politique du droit. [...] Là réside essentiellement sa pureté, en ce qu'elle souhaite n'être qu'une science et non pas une politique » (H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 563).

<sup>1</sup> D'ailleurs, l'intégration de la coutume parmi la liste des sources du droit a pu être sévèrement critiquée. Bobbio, pour sa part, retenait que la coutume peut 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., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 326).

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 327.

<sup>3</sup> En ce sens, par exemple, Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 5 (« on peut difficilement placer sur le même plan une loi au développement exponentiel et une coutume pour le moins raréfiée »).

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 167.

<sup>5</sup> Carbonnier, par exemple, proposait d'ajouter à la liste les formulaires notariaux (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 20), quand le Professeur François Terré y ajoute, plus pertinemment, les sources internationales (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 1998, p. 165).



coutumes<sup>1</sup>. Étienne Pasquier, au XVII<sup>e</sup> s., écrivait : « Il nous fault recognoistre en quoy gist et consiste le droict dont nous usons en la France. Et pouvons dire qu'il gist en quatre parties : la première, ès ordonnances royaultx ; la seconde despend des coutumes des diverses provinces ; la troisième des maximes généralles que nous avons transplantées en France ; la quatriesme des arrestz de chaque Parlement »<sup>2</sup>. Les « maximes générales » peuvent être rapprochées des coutumes, dont elles seraient un sous-genre, si bien qu'il y a plusieurs siècles les sources du droit se voyaient déjà résumées au triptyque « loi-coutume-jurisprudence ». Il faut, néanmoins, souligner que la jurisprudence s'est un temps effacée, au XIX<sup>e</sup> s. et durant une partie du XX<sup>e</sup> s., période au cours de laquelle, parce que l'École de l'exégèse a imposé sa vision du droit, la science juridique consistait en la « répétition des codes et des lois »<sup>3</sup>. Il en va identiquement de la coutume puisqu'était consacré le « monopole de la loi »<sup>4</sup>.

Reste que, à l'heure actuelle, beaucoup retiennent, sans interroger la pertinence de cette liste dès lors qu'elle s'impose semble-t-il à l'esprit tel un dogme, que les sources du droit seraient la loi, la jurisprudence, la coutume et la doctrine, parfois en les qualifiant non de « sources » mais bien de « sources formelles »<sup>5</sup>. Devant cette situation, il est tentant de se positionner dans la lignée des commentateurs qui dénoncent l'« aveuglement face à la réalité des sources du droit »<sup>6</sup> et, ensuite, d'entreprendre un travail de recherche visant à recenser les différents foyers de normativité participant de la construction du droit de la communication par internet et à en tirer toutes les conséquences eu égard au manque de pragmatisme supposé de la présentation habituelle — qui est aussi la présentation historique — des sources du droit. À propos du droit dans sa globalité, on établit les constats suivants : « La présentation classique du système des sources apparaît totalement dépassée »<sup>7</sup> ; « le reproche principal que l'on peut adresser à la théorie académique des sources du droit est son irréalisme »<sup>8</sup> ; « 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 »<sup>9</sup>. Et, alors que, dans les années 1930, Gurvitch a pu déjà regretter la « restriction dogmatique du nombre des sources formelles »<sup>10</sup>, le Professeur Philippe Jestaz de critiquer une typologie ordinaire des sources de

<sup>1</sup> J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 326.

<sup>2</sup> É. PASQUIER, *Les interprétations des Institutes de Justinien*, 1610, L. I, chap. 15 (cité par J.-L. THIREAU, « Droit français », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 486).

<sup>3</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 78.

<sup>4</sup> Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 123.

<sup>5</sup> Par exemple, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 58 et 91.

<sup>6</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 171. Également, par exemple, 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 ; A. PIZZORUSSO, « La question des sources du droit au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 2007, p. 1215 s.

<sup>7</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2340.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 2357.

<sup>9</sup> V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *Arch. phil. droit* 2005, p. 19.

<sup>10</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 144.

plus en plus « boîteuse »<sup>1</sup>. À l'aune de la branche du droit spéciale qu'est le droit de la communication par internet, peut-être l'observateur ne peut-il qu'être amené à plus forte raison à adopter de pareilles positions, ne peut-il qu'être conduit à considérer, avec d'autres, 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 »<sup>2</sup>.

Ce serait donc un enjeu très actuel que de chercher à reconfigurer la pensée des sources du droit dans le sens de davantage de pragmatisme.

**Déterminer a priori, sans égards pour les « faits normatifs », l'identité et le nombre des sources du droit : une attitude peut-être excessivement dogmatique.** – En raison de l'influence toujours grande de la conception du droit selon laquelle il serait aux mains de l'État, on considère que la *summa divisio* des sources (formelles) du droit ne saurait être « sources publiques/sources privées »<sup>3</sup> et qu'il devrait plutôt s'agir de « sources (publiques) internes/sources (publiques) externes ». Ainsi les introductions au droit invitent-elles les étudiants à retenir que les sources du droit se décomposeraient entre « sources du droit international (traités et accords internationaux) » et « sources du droit interne (Constitution, loi, règlement, coutume et jurisprudence) »<sup>4</sup>. Et lesdits étudiants de voir dans cette présentation la « typologie la plus complète des sources formelles du droit »<sup>5</sup>. Au milieu du XX<sup>e</sup> s., Michel Virally disait des sources du droit que « leur petit nombre implique qu'elles se retrouvent dans tous les ordres juridiques et se prêtent à la systématisation »<sup>6</sup>. Ce propos peut être éventuellement jugé moins satisfaisant sous l'angle épistémique que celui de Gurvitch selon lequel,

*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, pratique des tribunaux etc.) n'a aucune valeur scientifique et ne représente qu'un pur dogmatisme.*<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 4.

<sup>2</sup> 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. 1432.

<sup>3</sup> Néanmoins, en ce sens, cf. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, coll. Champs université, 2006, p. 115 s. L'auteur présente la « taxinomie » des sources du droit suivante : à côté de la jurisprudence et de la coutume, il se trouve les actes juridiques, lesquels se divisent en actes juridiques privés (les contrats et les actes unilatéraux) et en actes juridiques étatiques (les Constitutions, les lois et les actes administratifs).

<sup>4</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 1998, p. 165 (cité par E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2000, p. 35).

<sup>5</sup> E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2000, p. 35.

<sup>6</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 149.

<sup>7</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 143.

Les sources du droit « n'existent ni en nombre fixe ni selon un ordre stable »<sup>1</sup>. Elles sont « fluides comme le droit qu'elles nourrissent »<sup>2</sup> et, aujourd'hui, il apparaît de plus en plus nécessaire d'accueillir dans le cercle des sources de normes juridiques des sources privées autres que la seule coutume — laquelle, pour sa part, pourrait d'ailleurs être amenée à quitter ce cercle dès lors qu'elle joue un rôle de plus en plus anecdotique —. 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 »<sup>3</sup>. Et des 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 »<sup>4</sup>. 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 ce scientifique écartait de son champ d'observation les normes d'origine privée, il aboutirait peut-être à rendre des conclusions fort peu pragmatiques, dénuées de sens pratique, ces conclusions ne valant que *dans un monde du droit par trop isolé du monde des normes*. De plus, en procédant par la voie de définitions hétéronomes, c'est-à-dire en classant les phénomènes normatifs nouveaux — qui sont le plus souvent d'ordre privé — en fonction seulement de la grille de lecture préexistante et donnée, la doctrine tend à nier l'autonomie et le particularisme de ces sources jusque-là inconnues, tout en déformant la « taxinomie » des sources classique<sup>5</sup>. Aussi, en cette thèse, quelques distances seront-elles volontairement prises avec la typologie ordinaire des sources et les sources privées de normes seront-elles considérées comme étant les égales des sources publiques, si bien que *la summa divisio des sources (formelles) retenue sera « sources publiques/sources privées »* et que chacune de ces deux méta-catégories de sources sera envisagée dans une partie propre.

Pareille attitude peut paraître justifiée dès lors que l'état contingent et évolutif des sources du droit devrait peut-être amener à mettre constamment en doute leur identité et leur nombre.

***Un état des sources du droit contingent et évolutif obligeant peut-être à constamment interroger leur identité et leur nombre.*** – Le présent ouvrage, en ce qu'il ne réduit pas le domaine du droit d'origine privée à la coutume et/ou aux normes validées et acceptées par

---

<sup>1</sup> J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit) », *Arch. phil. droit* 1982, p. 10.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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. 1432.

<sup>5</sup> « Vouloir absolument assimiler une nouvelle source, écrit-on, à une source connue ne peut se faire sans une altération de l'essence de celle-ci et une négation de l'originalité créatrice de celle-là » (M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2353). Est cité, comme exemple de cette tendance parmi la doctrine, le recours aux expressions « quasi (ou néo)-législation », « pouvoir quasi (ou néo)-réglementaire » et « quasi (ou néo)-jurisprudence » (*ibid.*).

l'État — par exemple à travers le Code civil qui fait du contrat une « loi » à condition qu'il soit « légalement formé » —, n'est néanmoins pas isolé et se positionne dans un espace doctrinal qui, s'il demeure plus petit que l'espace de l'étatisme juridique, gagne chaque jour de nouvelles parts de marché, à mesure que les branches du droit telles que le droit de la communication par internet amènent ceux qui les analysent à considérer qu'il ne serait plus permis de résumer le droit au droit de l'État et à la coutume. Aussi de plus en plus de nouveaux agencements et de nouvelles catégories de sources du droit sont-ils proposés, ce qui aboutit à renforcer ou même provoquer le « renouvellement »<sup>1</sup> et les « mouvements »<sup>2</sup> des sources du droit, la « recomposition de [leur] éventail »<sup>3</sup>, leur « prolifération que l'on dirait volontiers anarchique »<sup>4</sup> et donc leur « désordre »<sup>5</sup>, leur « bouillonnement »<sup>6</sup>, leur « jaillissement permanent »<sup>7</sup>, leur « brouillage »<sup>8</sup>, leur « bouleversement »<sup>9</sup>, voire leur « chaos »<sup>10</sup>. Moins négativement, on souligne combien « le renouvellement des sources du droit est d'une grande actualité et donne une image plutôt positive de mutations que l'on suppose sans peine considérables »<sup>11</sup>.

Récemment, on pouvait noter 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 »<sup>12</sup>. Aussi le sujet des sources du droit de la communication par internet est-il peut-être à la fois d'une grande actualité<sup>13</sup> et d'une grande utilité tant les ruptures entre la théorie et la réalité peuvent difficilement être porteuses et tant il serait désormais temps de « réviser » la conception dominante des sources du droit afin de l'adapter aux foyers de normativité émergents<sup>14</sup>. Si les mutations qui affectent le

<sup>1</sup> D. LEGEAS, « Avant-propos – Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit en question », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. XI s.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996, p. 299.

<sup>3</sup> R. LIBCHABER, N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.* 1999, p. 724.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Essais, 1998, p. 76.

<sup>5</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2353.

<sup>6</sup> Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1996, p. 176.

<sup>7</sup> D. MAZEAUD, « Les grandes mutations du droit des obligations », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 17 juin 2012.

<sup>8</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2354.

<sup>9</sup> C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 106.

<sup>10</sup> B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 314 (cité par A. POMADE, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ* 2010, p. 87).

<sup>11</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

<sup>12</sup> 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. 63.

<sup>13</sup> En témoigne, en outre, le fait très significatif que l'article de l'encyclopédie collaborative Wikipedia consacré au droit comporte essentiellement des développements relatifs aux sources du droit et à leur typologie.

<sup>14</sup> 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. En ce sens, et par exemple, le Professeur Jacques Chevallier observe que « la complexification des mécanismes de production du droit impose l'élargissement de la théorie classique des

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 et, si ont été publiés en 2013 des ouvrages visant à « revisiter les sources du droit »<sup>1</sup>, peut-être beaucoup reste-t-il à faire en la matière et, demain, beaucoup restera-t-il encore à faire en la matière puisque l'avenir est incertain et que *l'état des sources est contingent et évolutif*. Une pensée comme la pensée des sources du droit devrait, semble-t-il, être considérée tel un « tonneau des Danaïdes ».

Lesdits ouvrages parus en 2013 proposent de séparer trois ensembles de sources principaux : les sources de normes internationales et constitutionnelles<sup>2</sup>, les sources de normes internes infraconstitutionnelles<sup>3</sup> et les sources de « normativités concurrentes », à savoir la doctrine, l'équité, la pratique, les codes de conduite, le droit comparé et le « dialogue des jurisprudences »<sup>4</sup>. Il n'est toutefois pas certain que cette nouvelle architecture, mêlant sources formelles et matérielles, soit nécessairement la plus fructueuse ; mais elle donne aux sources privées une place qu'elles ne possédaient pas jusqu'à présent puisque la pratique et les codes de conduite sont élevés au rang de sources — tandis que la coutume disparaît —.

Le Professeur Pascale Deumier remarque que, « malgré toutes les critiques, très récurrentes, les sources du droit demeurent l'outil le plus répandu pour identifier les règles de droit ; finalement, nul n'a encore trouvé mieux »<sup>5</sup>. Les enjeux portés par la rénovation de la pensée et de la présentation des sources du droit, notion à la « puissance singulière »<sup>6</sup>, seraient donc importants ; et le premier d'entre eux résiderait dans l'ouverture à l'idée de sources privées de règles de droit et, plus précisément, dans *l'ouverture à l'idée de sources privées de*

---

“sources du droit”, qui reposait sur la primauté de la loi : à côté des sources classiques, il conviendrait de prendre en compte de nouvelles sources de droit » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 134).

<sup>1</sup> Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; 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 ; 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.

<sup>2</sup> Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 58.

<sup>6</sup> F. TERRÉ, « Propos conclusifs – Les mutations de la norme », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 300.

règles de droit non coutumières et indépendantes de l'État<sup>1</sup>. Sans être la première à le faire<sup>2</sup>, cette thèse accepte entièrement cette idée. Si « l'appréciation doctrinale des sources du droit ne se traduit pas, sauf période transitoire, par l'existence de grandes controverses sur la typologie des sources du droit »<sup>3</sup> et si, « ainsi, un large accord se fait sur l'admission de la loi, de la coutume et de la jurisprudence »<sup>4</sup>, peut-être une telle période transitoire est-elle à attendre à court ou à moyen terme et l'étude des sources du droit de la communication par internet pourrait-elle contribuer à *annoncer ces temps nouveaux à vivre pour la pensée des sources du droit*.

Il convient, à présent, d'envisager l'autre pan de l'intitulé de cette thèse : le droit de la communication par internet. Si l'idée de « *lex mercatoria* » a pu jouer un rôle spécialement décisif dans le mouvement d'acceptation par certains juristes de la juridicité des normes d'origine privée indépendantes de l'État<sup>5</sup>, le droit de la communication par internet compte peut-être au nombre des objets d'étude les plus pertinents pour qui s'intéresse à ces formes non publiques de normes juridiques<sup>6</sup>, notamment car, dans le cyberspace, « le Code<sup>[7]</sup> est la loi »<sup>8</sup>. L'intimité problématique reliant la question des sources du droit et la question du droit de la communication par internet semble réelle, à tel point que l'intitulé *Les sources du droit et le droit de la communication par internet* et l'intitulé *Les sources du droit de la communication par internet* se rejoignent très largement.

<sup>1</sup> Il faut strictement séparer les sources privées soumises aux sources publiques et les sources privées autonomes par rapport aux sources publiques. Hauriou déjà estimait que « tout le droit de l'État est centralisé sur la loi et toutes les autres sources du droit lui sont subordonnées » (M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 236), ce qui suppose que, si existent des formes de droit non étatiques, elles sont nécessairement placées sous le contrôle de l'État.

<sup>2</sup> Notamment, D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th., Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 1992 ; V. VARNEROT, *Les sources privées du droit fiscal*, th., Université de Nice, 2001.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Par exemple, 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 ; P. DEUMIER, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 305 s. ; É. LOQUIN, « Où en est la *Lex mercatoria* ? », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 41 s. ; A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53 s. ; B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Mélanges Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn (Bâle), 1993, p. 241 s. ; É. GAILLARD, « Trente ans de *Lex mercatoria* », *JDI* 1995, p. 5 s. ; M. SARROUF, *Les normes privées relatives à la qualité des produits – Étude d'un phénomène juridique transnational*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2012.

<sup>6</sup> En ce sens, *Lamy Droit des médias et de la communication* 2012, n° 468-15. Est cité, de manière significative, un auteur selon lequel l'étude du « droit de l'internet » n'est possible qu' « à condition de postuler que le droit n'est pas tout entier compris dans les décisions des autorités étatiques et qu'en conséquence une importante part des règles ne sont pas d'origine étatique » (P. TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique », *Revue du barreau de Québec* 1995, p. 521 (cité par *Lamy Droit des médias et de la communication* 2012, n° 468-15)).

<sup>7</sup> Le terme « Code » désigne ici la norme technologique.

<sup>8</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2<sup>e</sup> 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).



## II

### Introduction à l'étude du droit de la communication par internet

*Au sein d'une thèse portant sur les sources du droit de la communication par internet, il est indispensable, après avoir expliqué la notion de sources du droit et les objectifs attachés à l'étude des sources du droit, de présenter le droit de la communication par internet. Il restera ensuite à relier les deux pans de l'intitulé et, donc, à introduire à l'étude des sources du droit de la communication par internet. En cette deuxième partie de l'introduction générale, il s'agit d'insister sur l'originalité et l'intérêt qui résident peut-être dans le choix d'envisager le droit de la communication par internet plutôt qu'une autre branche du droit et, plus précisément, plutôt qu'une autre branche du droit des communications électroniques. En effet, l'internet est un nouveau moyen de communication électronique et, logiquement, le droit de la communication par internet est une nouvelle branche du droit des communications électroniques. Or cette nouvelle branche du droit des communications électroniques ne ressemble que peu aux branches classiques du droit des communications électroniques. Par ailleurs, il importe d'insister sur le fait que le droit des communications électroniques — que le droit de la communication par internet intègre donc — est le « sujet d'expérience » dans le cadre duquel la réalité du pluralisme des sources du droit a été mesurée, si bien que, entre les deux éléments de l'intitulé de cette thèse, il existe une hiérarchie : ces travaux consistent en une étude et une réflexion intéressant les sources du droit davantage qu'en une étude et une réflexion intéressant le droit de la communication par internet ; ils auraient pu être intitulés, si cela n'avait pas risqué de placer cette thèse derrière une étiquette peu élégante, Les sources du droit et les sources du droit de la communication par internet ou Les sources du droit – L'exemple des sources du droit de la communication par internet.*

**Une branche du droit caractérisée par le pluralisme de ses sources.** – Par « sources du droit », sont visés en ces lignes les organes ou ensembles d'organes qui édictent certains types particularisables d'actes normatifs, cela sans jamais préjuger *a priori* du nombre et de l'identité des sources du droit ainsi comprises, l'angle d'approche devant reposer sur l'objectivité et l'empirisme. Ensuite, seules les sources d'une branche du droit bien particulière seront à rechercher et à étudier dans le corps de cette thèse : les sources du droit de la communication par internet. Cette branche du droit n'a évidemment pas été choisie au hasard et 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 (aux côtés du *droit des réseaux de communications électroniques* et du *droit de la communication audiovisuelle*) et qui est le sujet d'expérience à partir duquel a été évaluée la réalité du pluralisme juridique<sup>1</sup>. 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 du droit tendent à rivaliser avec les sources publiques du droit. Et, au-delà de la question de la place des sources privées, il est remarquable que l'auteur d'un récent ouvrage se donnant pour objectif de caractériser les « nouvelles sources du droit » voit dans le « droit de l'internet » un lieu de déploiement particulièrement intense de ces nouvelles sources<sup>2</sup>.

Si le sujet d'expérience retenu dans le cadre du programme de recherches « Pluralismes juridiques » est bien le droit des communications électroniques dans son ensemble et non le droit de la communication par internet — car c'est à cette condition qu'il peut être *représentatif et symptomatique* à la fois —, l'accent sera, dans le corps de cette thèse, entièrement porté sur le droit de la communication par internet. Seul ce dernier 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. L'intérêt de l'étude du droit de la communication par internet réside ainsi peut-être déjà dans les prémices d'une (r)évolution de la culture juridique qu'elle pourrait permettre d'identifier.

« La stabilité des notions juridiques, écrivait Bernard Chenot, est le privilège des civilisations mortes ; une relative stabilité est le luxe des périodes calmes. [...] Tout change si des forces nouvelles viennent à être utilisées »<sup>3</sup>. Peut-être la seule chose qui ne changera jamais est-elle que tout change avec le temps et que rien n'est jamais irrémédiablement acquis, dans les sciences humaines et sociales en tout cas. Le droit positif, bien évidemment, n'est jamais définitivement fixé ; il n'est toujours que du « droit mort » en sursis. La culture juridique également ne saurait être un ensemble de vérités inamovibles. Partant, le droit de la communication par internet serait si spécial que celui qui l'étudie ne pourrait que se construire *une culture juridique elle-même spéciale*, peut-être annonciatrice de ce que sera demain la culture juridique dominante.

Les enjeux attachés au choix d'étudier le droit de la communication par internet ne sont donc guère anodins. Il convient, en guise d'introduction, d'expliquer ce qu'est la communication par internet (A) puis ce que recouvre le droit de la communication par internet (B).

---

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>2</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 277. Avec le « droit de l'internet », l'auteur cite le « droit économique » (*ibid.*). Également, L. DUONG, « Le pluralisme des sources du droit d'Internet », in L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR, dir., *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier (Bruxelles), 2011, p. 187 s. ; A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 129 s.

<sup>3</sup> B. CHENOT, « L'Existentialisme et le Droit », *RF sc. pol.* 1953, p. 66 (cité par B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 435).

## A. L'internet : un nouveau moyen de communication électronique

*Après avoir, au sein d'un rapide avant-propos, esquissé la théorie syncrétique du droit et le « panjuridisme éclairé » qui doivent permettre d'accueillir toute norme et donc toute source de normes dans l'espace juridique — ce qui est lourd de conséquences —, après avoir présenté la notion de sources du droit telle que comprise en cette thèse et après avoir insisté sur les enjeux attachés aujourd'hui à l'étude des sources du droit, il est temps, ces travaux doctoraux portant sur les sources du droit de la communication par internet, d'expliquer le choix de porter le regard sur cette branche du droit plutôt que sur une autre et, en particulier, plutôt que sur une autre branche du droit des communications électroniques ou que sur le droit des communications électroniques dans son ensemble. Avant d'envisager les sources du droit de la communication par internet, soit le sujet de cette thèse, il semble utile de consacrer une partie préparatoire à la présentation des spécificités de ce droit particulier. En effet, celui-ci se laisse saisir tel un droit typique de ce que sera, possiblement, le droit de demain. Ce n'est qu'ensuite que pourront être abordés l'intérêt potentiel de l'objet de la thèse globalement compris ainsi que la méthode arrêtée afin d'étudier cet objet. Pour l'instant, avant d'envisager l'originalité problématique du droit de la communication par internet, il faut déjà envisager l'originalité problématique de la communication par internet, ce qui implique d'opérer une excursion hors du monde des normes et des institutions juridiques. Les caractéristiques du droit de la communication par internet paraissent ressembler en bien des points aux caractéristiques 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<sup>1</sup>. C'est un « processus par lequel une personne (ou un groupe de personnes) émet un message et le transmet à une autre personne (ou groupe de personnes) qui le reçoit, avec une marge d'erreur possible (due, d'une part, au codage de la langue parlée ou écrite, langage gestuel ou autres signes et symboles, par l'émetteur, puis au décodage du message par le récepteur, et, d'autre part, au véhicule ou canal de communication emprunté) »<sup>2</sup>. Les dictionnaires de la langue française définissent encore, 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 »<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 11.

<sup>2</sup> V<sup>o</sup> « Communication », in *Trésor de la langue française*.

<sup>3</sup> V<sup>o</sup> « Communication », in *Le petit Larousse illustré 2010*, Larousse, 2009.

*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.** – Comme le relèvent les ouvrages spécialisés, « il est impossible de saisir la régulation des services en ligne sans un rappel sur le fonctionnement *décentralisé et complexe* de l'internet »<sup>1</sup>. On ne peut comprendre le « droit de l'internet » sans comprendre l'internet<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. L'internet se présente sous la forme d'un méga-réseau télématique<sup>4</sup> 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 »<sup>5</sup>) *d'échange de données* leur permettant de dialoguer via les lignes de télécommunications. Ces protocoles sont TCP et IP<sup>6</sup>, ainsi que tous les autres protocoles de la

<sup>1</sup> Lamy Droit des médias et de la communication 2012, n° 466-6 (non souligné dans le texte original).

<sup>2</sup> A. GODON, « Internet : considérations techniques à destination des juristes », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 37 s.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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*).

<sup>5</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> 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*, 2<sup>e</sup> éd., Basic Books (New York), 2006). 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.

<sup>6</sup> *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

« suite des protocoles internet » permettant aux différentes couches de l'espace internetique de faire circuler et de transmettre des données (couche physique (réseaux filaires, optiques, radioélectriques etc.), couche liaison (Ethernet, Wi-Fi etc.), couche réseau (IP), couche transport (principalement TCP) et couche application (HTTP (web), FTP (transfert de fichiers), SMTP (messagerie), DNS (correspondance entre noms et adresses IP) etc.)). 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<sup>1</sup>.

L'internet se définit par ces protocoles, mais 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 »<sup>2</sup> fonctionnant grâce à la « famille des protocoles TCP/IP »<sup>3</sup>. Il est donc peut-être plus satisfaisant de le caractériser, à la suite des ouvrages spécialisés, tel un « réseau d'interconnexion mondiale des réseaux informatiques »<sup>4</sup> que tel un « protocole informatique offrant différents services »<sup>5</sup> ou telle une « suite de protocoles »<sup>6</sup>. Et il ne serait guère pertinent, en ces pages du moins, de retenir que l'internet serait un « ensemble ordonné d'idées scientifiques et philosophiques »<sup>7</sup>, même s'il serait peut-être utile d'étudier cet objet, qui demeure relativement incompris, sous un angle philosophique<sup>8</sup>.

La Commission générale de terminologie et de néologie définit l'internet de la façon suivante : « Réseau mondial des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et

---

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 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.

<sup>1</sup> L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, *i.e.* « Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet ») peut résumer : « IP est le protocole de communication à la base d'Internet. Il permet à de vastes réseaux d'ordinateurs géographiquement dispersés de communiquer entre eux de manière rapide et économique par le biais d'une grande diversité de liaisons physiques. Une adresse IP est l'adresse numérique par laquelle un emplacement sur Internet est identifié. Les ordinateurs connectés à Internet utilisent les adresses IP pour acheminer les données et établir des connexions entre eux » ([en ligne] <icann.org>).

<sup>2</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 207.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Lamy *Droit des médias et de la communication* 2012, n° 466-6.

<sup>5</sup> D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 467. Mais les auteurs voient également dans l'internet un « réseau ouvert de télécommunication global et décentralisé permettant des communications interactives » (*ibid.*).

<sup>6</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 276.

<sup>7</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 15.

<sup>8</sup> Par exemple, P. MATHIAS, *Qu'est-ce que l'Internet ?*, Vrin, coll. Chemins philosophiques, 2009.

clients destiné à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers ». Véritable « réseau de réseaux »<sup>1</sup>, il 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 »<sup>2</sup> et suivant le principe du « *end to end* »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> ; 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<sup>5</sup>. 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

---

<sup>1</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 207. L'ARCEP précise que l'internet est le « réseau public, routé par le protocole IP, constitué des quelques 50 000 systèmes autonomes reconnus par l'IANA (Internet Assigned Numbers Authority) » (ARCEP, « Neutralité de l'internet et des réseaux – Propositions et recommandations », sept. 2010, p. 8).

<sup>2</sup> 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 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 276)). Après transmission, les paquets sont reçus par la machine destinataire qui reconstitue les lignes de programmation initiales (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.

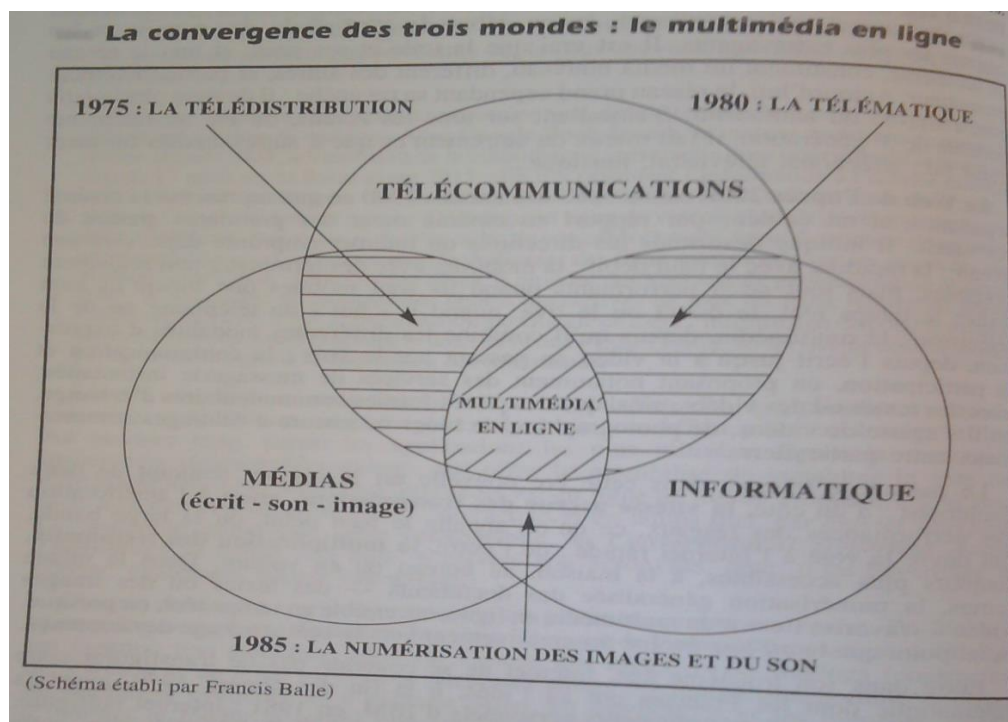
<sup>3</sup> Ce qui fait, notamment, la force de l'internet réside dans le principe du « *end to end* » qui le régit et qui peut se traduire par l'idée d'intelligence située aux extrémités et non au centre du réseau, c'est-à-dire dans les programmes installés sur les ordinateurs des utilisateurs. L'architecture 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.

<sup>4</sup> Lors de la guerre du Golfe, l'armée des États-Unis a pu vérifier cette thèse en essayant, en vain, de détruire le système de communication irakien, structuré lui-aussi en réseau de réseaux.

<sup>5</sup> 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 ».

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 réponses, tout équipement connecté pouvant être alternativement client et serveur<sup>1</sup>.

Permettant le « multimédia en ligne », l'internet est l' « héritier de la triple alliance entre la télévision, l'ordinateur et le téléphone, [...] [entre] les médias, l'informatique et les télécommunications »<sup>2</sup>.



Par ailleurs, *l'internet ne doit pas être assimilé au World Wide Web*, lequel n'est qu'une des *applications* qu'il permet parmi plusieurs. Le web repose sur le protocole HTTP<sup>3</sup> et sur le système d'adressage DNS<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 204.

<sup>3</sup> *Hypertext Transfer Protocol*.

<sup>4</sup> *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.

<sup>5</sup> Les serveurs web et leurs fichiers au format html sont localisés sur le réseau grâce à leurs adresses URL (*Uniform Resource Locator*) qui décrivent les adresses des sites serveurs et les chemins d'accès aux fichiers (par exemple, <http://www.univ-amu.fr/>).

même langage, le html<sup>[1]</sup>, un langage de balisage hypertextuel »<sup>2</sup>. Le web est aujourd'hui, avec le courriel, l'une des deux principales applications de l'internet, mais, historiquement, il n'est que le quatrième service de l'internet<sup>3</sup>. L'usage très commun consistant à désigner par « internet » cette forme de communication publique n'est donc guère rigoureux<sup>4</sup>. Néanmoins, l'utilisation du web est à ce point développée — spécialement grâce aux moteurs de recherche<sup>5</sup> qui en font le service d'information le plus performant et le plus facile d'utilisation<sup>6</sup> — que la communication par internet est avant tout une communication par le web et qu'on souligne que « l'essor du web, spectaculaire, assure à l'internet sa notoriété, sa renommée, au point d'être confondu souvent avec lui »<sup>7</sup>.

Quant aux aspects historiques, peuvent être brièvement distinguées ici les trois phases principales de l'avènement de l'internet tel qu'il se donne à voir désormais. De 1969 à 1975, le premier méta-réseau reliant des réseaux de communication initialement autonomes a été établi par des universitaires américains<sup>8</sup>, lesquels étaient soutenus par des fonds militaires, l'enjeu étant de pouvoir transmettre des informations quels que soient les périls environnants, ce que permet un réseau maillé sur lequel une donnée peut atteindre un point en empruntant une multitude de chemins différents<sup>9</sup>. Durant les années 1970 et 1980, ont été développés — notamment en France, ce qui est peu connu<sup>10</sup> — les principaux standards, normes et protocoles encore utilisés aujourd'hui. Tel a été le cas, en particulier, en 1974, des protocoles

---

<sup>1</sup> *Hyper Text Markup Language*.

<sup>2</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 207.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> En ce sens, J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 9. L'auteur parle d'« abus de langage » et ajoute que constitue également un tel abus de langage le fait de confondre l'internet avec l'ensemble des nouvelles technologies de l'information et de la communication (*ibid.*).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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. S'il n'est pas nécessaire de connaître les lois de la thermodynamique pour utiliser un véhicule automobile doté d'un moteur à explosion, il n'est pas non plus utile de comprendre le langage binaire pour rechercher une recette de cuisine sur Internet. Comme toute innovation majeure, Internet ne nécessite pas de longues explications, une formation et un épais manuel pour pouvoir être utilisé. Internet, c'est un outil simple, exploitant des techniques informatiques à la portée de tous pour remplir les mille fonctions utiles de la vie professionnelle ou domestique » (J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 9).

<sup>7</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 209.

<sup>8</sup> En 1957, l'URSS a remporté un succès scientifique important en lançant le premier satellite dans l'espace (Spoutnik). L'enjeu, pour les États-Unis, est de relier entre eux des ordinateurs des milieux de la recherche, de mettre au point des réseaux d'ordinateurs distants, pour utiliser au mieux le matériel et renforcer le développement scientifique.

<sup>9</sup> L'agence qui gère les recherches militaires, la DARPA (Defense Advanced Research Project Agency), conçoit l'ancêtre de l'internet (l'Arpanet), un réseau expérimental fonctionnant par transmission de données par paquets capable de résister à des bombardements nucléaires. L'Arpanet, en 1970, relie quatre universités de la côte ouest des États-Unis.

<sup>10</sup> Louis Pouzin, un ingénieur français soutenu par un programme de recherche de l'État français, a conçu, au début des années 1970, le datagramme et le premier réseau à commutation de paquets. Celui-ci, dénommé « Cyclades », était un projet expérimental ayant pour but de créer un réseau global de télécommunication utilisant la commutation de paquets. Créé en 1971, il reliait en 1975 vingt-cinq centres de recherche et a été abandonné en 1978. Ses principes ont influencé les travaux de développement de l'internet en inspirant sa suite de protocoles.

TCP et IP<sup>1</sup>. L'internet mondial a alors commencé de se déployer, mais, en 1984, mille ordinateurs seulement étaient interconnectés<sup>2</sup>, tandis que d'autres réseaux concurrençaient ou allaient concurrencer, un temps, l'internet<sup>3</sup>. Les années 1990, pour leur part, avec l'apparition du *World Wide Web*, du protocole HTTP<sup>4</sup> et des navigateurs qui ont rendu le web accessible au grand public, ont correspondu à l'entrée de l'internet dans les foyers et dans les entreprises<sup>5</sup>. Symboliquement, la révolution de l'internet peut être rattachée à l'an 2000, comme si cette année avait consisté en beaucoup plus qu'en un changement de décennie, de siècle et de millénaire. Or la véritable démocratisation des services internetiques date peu ou prou de 2000.

Enfin<sup>6</sup>, quelques précisions sont nécessaires quant à l'écriture de « l'internet », discussion non dépourvue, d'ailleurs, de considérations idéologiques. Le mouvement en cours tend progressivement à remplacer l' « Internet » des débuts par « l'internet ». Le « I » majuscule servait à déifier ce nouveau moyen de communication, comme on déifie souvent ce qui est novateur et qui apparaît, dans les premiers temps, extraordinaire<sup>7</sup>. L'office québécois de la langue française impose « Internet », qualifiant ce nom de nom propre afin de mettre en valeur le caractère unique et universel du réseau mondial<sup>8</sup>. Le « i » minuscule, qui est ici retenu, traduit, au contraire, la banalisation de l'internet. Or l'internet est aujourd'hui quelque-chose de parfaitement ordinaire, en tout cas dans les pays occidentaux. L'internet étant commun, « internet » devrait être un nom commun, ce que ne confirment pas les dictionnaires qui le rangent parmi les noms propres<sup>9</sup>. Pourtant, officiellement, la Commission générale de terminologie et de néologie a qualifié « internet » de « nom masculin singulier »<sup>10</sup>, tout comme

<sup>1</sup> 1974 peut donc être retenue comme l'année de naissance de l'internet. Ce sont deux ingénieurs états-uniens travaillant pour la DARPA, Vint Cerf et Robert Kahn, qui ont élaboré ces protocoles et qui ont inventé le mot « internet » en nommant l' « *Internet Protocol* » ainsi. L'usage de la suite de protocoles TCP/IP ne s'est toutefois développé que plus tard, notamment après que l'Arpanet l'a adoptée, le 1<sup>er</sup> janvier 1983, en remplacement du protocole NCP (*Network Control Protocol*) — ce qui peut être retenu comme un autre acte de naissance de l'internet —. Et la première démonstration de TCP/IP eut lieu en 1977.

<sup>2</sup> Chiffre cité par Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », oct. 2010, p. 3.

<sup>3</sup> L'internet s'est notamment imposé au détriment du réseau Bitnet, élaboré par IBM à partir de 1981. Les uns après les autres, les multiples réseaux existant à travers le monde se sont convertis aux protocoles de l'internet.

<sup>4</sup> Le *World Wide Web* (qui signifie littéralement « toile d'araignée mondiale ») a été rendu public en 1991, l'hypertexte ayant été inventé en 1989. Ce sont deux informaticiens du CERN (Organisation européenne pour la recherche nucléaire), Tim Berners Lee et Robert Cailliau, qui ont mis au point un système de stockage et de récupération des publications qui allait devenir le web.

<sup>5</sup> Le web est devenu accessible au grand public à partir de 1993 avec les lancements des navigateurs Mosaic et Netscape, suivis de celui d'Internet Explorer de Microsoft, en 1995.

<sup>6</sup> 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*, 6<sup>e</sup> 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.

<sup>7</sup> Par exemple, Ch. HUITEMA, *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, 1995.

<sup>8</sup> Cité par J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. XI.

<sup>9</sup> V° « Internet », in *Le petit Larousse illustré 2010*, Larousse, 2009 ; V° « Internet », in *Dictionnaire Hachette*, Hachette, 2012.

<sup>10</sup> JO, 16 mars 1999 (cité par E. DREYER, J. HUET, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 9). Un nom susceptible d'être masculin ou féminin est nécessairement un nom commun.



la Délégation générale à la langue française<sup>1</sup>. Et tous les noms masculins singuliers s'écrivent précédés des articles « un » ou « le ». Cependant, les dictionnaires de la langue française ne reconnaissent qu'« Internet »<sup>2</sup>. On a également pu expliquer qu'« internet » serait un mot générique qui, comme la radio, la télévision, le téléphone ou le minitel, devrait être écrit précédé d'un article défini<sup>3</sup>. Seulement l'internet n'est-il pas un objet saisissable et individualisable ; l'objet saisissable et individualisable est l'ordinateur, la tablette tactile ou le téléphone mobile. Il n'en demeure pas moins que la logique langagière veut que soit retenu « l'internet », même si ce nom ne saurait être écrit au pluriel. Néanmoins, pour des raisons exclusivement esthétiques, mieux vaut parler de « communication par internet » que de « communication par l'internet ».

En outre, il est indispensable, eu égard à l'omnipotence actuelle de l'internet, de s'autoriser à recourir à l'adjectif « internetique » afin de caractériser ce qui se rattache au réseau mondial, bien que cet adjectif ne soit, pour l'heure, guère retenu parmi les dictionnaires de la langue française — mais il l'est, notamment, par l'Office québécois de la langue française<sup>4</sup> —.

L'internet a, il faut croire, changé la face des sociétés occidentales. Il s'agit peut-être, associé au *numérique*<sup>5</sup>, de la plus importante révolution technologique de l'histoire récente de l'humanité. Ainsi que l'explique une encyclopédie, « du fait du nombre de personnes qu'il permet d'atteindre, ce moyen de communication sans précédent donne naissance à de nouveaux types d'interactions et de communications dont les conventions sociales, techniques, *juridiques* et économiques sont en constante évolution »<sup>6</sup>.

***L'internet comme principale cause des bouleversements 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 »<sup>7</sup>. Le cyberespace est officiellement désigné comme étant le 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<sup>8</sup>. C'est dire l'importance qu'il a prise pour l'Homme et un observateur explique qu'il serait le premier espace dont les dimensions coïncideraient avec celles de l'humanité<sup>9</sup> — ce qui doit être relativisé par le fait que, en Afrique (population sud-

<sup>1</sup> En outre, cette institution propose, afin de contourner l'anglicisme, de ne plus parler du « web » mais plutôt de la « toile d'araignée mondiale » (cité par J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. XI). Pareille mutation terminologique n'a évidemment aucune chance d'être réalisée dans la pratique.

<sup>2</sup> V° « Internet », in *Le petit Larousse illustré 2010*, Larousse, 2009 ; V° « Internet », in *Dictionnaire Hachette*, Hachette, 2012.

<sup>3</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2009, p. 12.

<sup>4</sup> L'Office retient qu'« internetique » désigne ce qui est « relatif au réseau Internet » et ajoute qu'« on dira ainsi : l'ère internetique, un espace internetique, les plaisirs internetiques, l'art internetique etc. » ([en ligne] <oqlf.gouv.qc.ca>).

<sup>5</sup> S. PILICER, « Quels sont les enjeux technologiques de la révolution numérique ? », *Science publique*, France culture, 9 déc. 2011.

<sup>6</sup> [en ligne] <larousse.fr> (non souligné dans le texte original).

<sup>7</sup> V° « Cyberespace », in *Le Petit Robert 2013*, Le Robert, 2012.

<sup>8</sup> « Livre blanc sur la Défense et la sécurité nationale », avr. 2013.

<sup>9</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

africaine exclue), le taux moyen d'accès à l'internet est de 5 % de la population<sup>1</sup> —. 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, que ce soit le courrier des lecteurs, le radio-crochet ou la lettre postale. *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 »<sup>2</sup>, mis en place la « société de l'information » et réalisé la prophétie de Marshall McLuhan qui, dans les années 1960, imaginait un monde 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<sup>3</sup>.

L'internet est une révolution ; peut-être est-ce *la principale révolution technologique de l'histoire récente de l'humanité*. Et il compte parmi les plus bouleversantes révolutions techniques et technologiques de toute l'histoire de l'Homme. Son invention se place à la suite de celles du langage, de l'écriture il y a 6 000 ans à Sumer en Mésopotamie, du zéro il y a quatre millénaires, de l'alphabet phonétique il y a 2 000 ans par les phéniciens, de l'électricité il y a deux siècles ou de l'automobile à la fin du XIX<sup>e</sup> s. Un spécialiste de ces questions peut ainsi souligner combien « l'internet change la société aussi profondément que l'a fait en son temps l'invention de l'écriture »<sup>4</sup> — faut-il rappeler que l'histoire débute avec l'écriture ? —. La révolution internetique n'est peut-être pas moins source de profondes transformations que celles de l'imprimerie à caractères mobiles, du télégraphe ou du téléphone ; et elle l'est peut-être davantage que celles du papier, de la télévision ou de la radio. Où il apparaît que les inventions les plus notables de l'Homme ont fréquemment touché au domaine de la communication<sup>5</sup>. En tout cas l'internet a-t-il métamorphosé radicalement et continue-t-il de métamorphoser radicalement le monde de la communication et de l'information.

Ensuite, parce qu'il a entraîné une contraction des dimensions spatiale et temporelle, le réseau mondial s'analyse tel un *incroyable facteur de globalisation*, tel un « réseau informatique globalisant »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>. Tous les commentateurs du phénomène de mondialisation

---

<sup>1</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 32.

<sup>2</sup> P. BUHLER, *La puissance au XXI<sup>e</sup> siècle – Les nouvelles définitions du monde*, Éditions du CNRS, 2011.

<sup>3</sup> M. MCLUHAN, *Pour comprendre les médias – Les prolongements technologiques de l'homme* (1964), Le Seuil, coll. Points essais, 1977.

<sup>4</sup> B. BAYART, « Comprendre un monde qui change : Internet et ses enjeux », conférence à Mines Télécom, 8 nov. 2013.

<sup>5</sup> Il faut dire que la médecine, la physique et la chimie connaissent des découvertes mais guère d'inventions.

<sup>6</sup> [en ligne] <larousse.fr>.

<sup>7</sup> C. GHORRA-GOBIN, *Dictionnaire des mondialisations*, Armand Colin 2006, p. 185 ; également, D. B. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, 2007, p. 3 (selon qui la globalisation

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<sup>1</sup>. 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 étant très révélateur du point de vue de ceux qui cherchent à mesurer l'influence de la mondialisation sur l'architecture normative et juridique<sup>2</sup>. Cette matière est présentée comme « la plus symptomatique de la globalisation du droit »<sup>3</sup>, les réseaux de communication étant le « principal vecteur de la mondialisation »<sup>4</sup>, son « outil privilégié »<sup>5</sup>. 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.

L'internet rebat toutes les cartes. Bien que le recul manque encore par trop à l'observateur, son histoire, ses crises et ses succès sont autant de foyers de discussions riches et stimulantes parmi lesquelles les questionnements juridiques ne représentent qu'une petite part. C'est toute la modernité qui est remise en cause, de la modernité sociologique à la modernité philosophique en passant par la modernité politique et par la modernité juridique. Cette thèse étant une thèse de doctorat en droit, ce n'est cependant pas de l'internet ni de la communication par internet dont il sera question parmi les pages suivantes mais bien du *droit de la communication par internet*.

---

correspond aux « interconnexions croissantes entre les choses qui adviennent dans le monde » (cité par O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre *juriglobisme* incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 64)).

<sup>1</sup> Par exemple, V. PIRONON, « L'Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.* 3 nov. 2007, p. 11 s.

<sup>2</sup> Par exemple, K. RENAUD, *Enjeux juridiques et processus de mondialisation de la communication*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2004.

<sup>3</sup> 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'Épilogue-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012, p. V.

<sup>4</sup> F. RIGAUX, *Ordonnements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 362.

<sup>5</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 4.

## **B. Le droit de la communication par internet : une nouvelle branche du droit des communications électroniques**

*La communication par internet pose des questions nombreuses et complexes dans tous les champs de la connaissance. En ce « B », il s'agit de se concentrer sur les problématiques que le droit de la communication par internet fait émerger du point de vue du droit dans son ensemble et du point de vue du droit des communications électroniques en particulier. Mais la présente thèse ne s'intéressera qu'à certaines de ces problématiques : celles afférentes aux sources du droit et même, plus précisément, celles afférentes aux sources formelles du droit, ainsi que cela a été précisé au long de la première partie introductive. Par la suite, il conviendra de présenter plus en détails ces problématiques qui naissent lorsque les sources du droit sont reliées au droit de la communication par internet. Pour l'heure, il s'agit de dévoiler cette dernière branche du droit qui demeure relativement méconnue parmi les facultés de droit françaises. En particulier, il importe de strictement arrêter la définition du droit de la communication par internet et d'expliquer que ce droit constitue une branche du droit des communications électroniques, lequel est le « sujet d'expérience » dans le cadre duquel a été mesurée la réalité du pluralisme juridique. Sur ce point, il faut à nouveau rappeler l'existence de l'ouvrage Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience dans lequel sont présentés tant les prémisses que les résultats et que les conséquences de cette expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques. Or c'est en premier lieu l'impossibilité de jauger la réalité du pluralisme des sources à l'échelle du droit dans son ensemble qui a conduit à opérer le choix du droit des communications électroniques puis, plus restrictivement, le choix du droit de la communication par internet. Il importe de redire combien il existe une hiérarchie entre les deux éléments constitutifs de l'intitulé de ces travaux de doctorat : ceux-ci portent sur les sources du droit davantage que sur le droit de la communication par internet. Autrement dit, l'étude du droit de la communication par internet est au service de l'étude des sources du droit plus que l'étude des sources du droit est au service de l'étude du droit de la communication par internet.*

**La définition du droit de la communication par internet et la distinction du droit du contenant et du droit du contenu de la communication par internet.** – L'expression « droit de la communication par internet » est ici préférée à celles parfois retenues, afin de désigner des objets plus ou moins proches mais jamais strictement équivalents, de « droit de la communication en ligne » (vocabulaire législatif), de « cyberdroit »<sup>1</sup>, de « droit du cyberspace »<sup>2</sup>, de « droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication »

<sup>1</sup> Ch. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Praxis, 2010.

<sup>2</sup> K. BENYEKHLIF, P. TRUDEL et alii, *Droit du cyberspace*, Thémis (Montréal), 1997.

ou encore de « droit de la communication numérique »<sup>1</sup>. Le droit de la communication par internet prend place, avec le *droit des réseaux de communications électroniques*<sup>2</sup> et avec le *droit de la communication audiovisuelle*<sup>3</sup>, au sein du *droit des communications électroniques*<sup>4</sup> ; 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<sup>5</sup>.

La loi française 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 »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup> — et par *l'intemporalité*, là où une communication audiovisuelle est diffusée à horaire fixe et est, donc, linéaire. Toutefois, la loi associe les services de médias audiovisuels à

---

<sup>1</sup> E. DREYER, J. HUET, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011. Cette dernière appellation est discutable dès lors que l'ouvrage en question ne traite que des communications numériques par internet, c'est-à-dire que d'une partie limitée de la communication numérique.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> La loi distingue différents services de communication audiovisuelle (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 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 ».

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> X. AGOSTINELLI, Ch. DEBBASCH, H. ISAR, *Droit de la communication – Audiovisuel, presse, internet*, coll. Précis, 2001 ; D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011 ; E. DERIEUX, A. GRANCHET, *Droit de la communication – Lois et règlements, recueil de textes*, Victoires éditions, 2011 ; B. RAVAZ, S. RETTERER, *Droit de l'information et de la communication*, Ellipses, coll. Infocom, 2006.

<sup>6</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*, art. 1<sup>er</sup>, IV (non souligné dans le texte original).

<sup>7</sup> Ancienne formulation de l'article 77 de la L. n° 82-652, 29 juill. 1982, *Sur la communication audiovisuelle*.

la demande, qui sont consultés eux-aussi « sur demande individuelle », aux communications audiovisuelles. Et, 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<sup>1</sup>, mis à part dans l'« espace HADOPI »<sup>2</sup>) et puisque d'autres moyens électroniques pourraient permettre des échanges réciproques d'informations et des transmissions de données numériques sur demande individuelle<sup>3</sup>, *il n'est pas lieu de considérer que les expressions « communication en ligne » et « 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 *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 faut donc envisager ici, 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).

En cette thèse, est 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*. Est ainsi exclu de suivre l'usage très commun de l'expression « droit de l'internet » — tous les ouvrages portant ce nom s'y conforment — selon lequel celui-ci serait essentiellement un droit des contenus<sup>4</sup>. « Droit de la communication par internet » et « droit de l'internet » ne sont donc pas appréhendés en tant que synonymes. Le droit de l'internet est

---

<sup>1</sup> 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*).

<sup>2</sup> 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*. Le projet de « Loi pour une République numérique », que la Secrétaire d'État chargée du numérique a présenté au Parlement au début de l'année 2016, fait à diverses reprises référence à « internet » ; mais celui-ci n'est l'objet d'aucune définition et il est largement confondu avec le web.

<sup>3</sup> Il faut croire que le « droit de la communication en ligne » déborde du droit de la communication par internet, notamment en ce qu'il semble inclure naturellement le droit de la communication téléphonique. Seulement le législateur ne s'intéresse-t-il qu'aux seules « communications au public en ligne » et ne se penche-t-il jamais sur quelques « communications privées en ligne » (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 2 ; JCl. Communication, V° « Communication au public en ligne », fasc. n° 1300 [par E. Derieux]).

<sup>4</sup> Notamment, J.-M. BRUGUIÈRE, P. DEPREZ, V. FAUCHOUX, *Le droit de l'internet – Lois, contrats et usages*, LexisNexis, coll. Professionnels, 2014 ; J. LARRIEU, *Droit de l'Internet*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, coll. Mise au point, 2010 ; C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet : droit français et européen*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Cours, 2012 ; A. AGUADO, *Le droit de l'internet*, Sud Ouest (Bordeaux), 2003.

conçu telle une sous-branche à l'intérieur du droit de la communication par internet. Toutefois, seront utilisées préférentiellement 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 désigne *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*<sup>1</sup>. Le droit du contenant de la communication désigne, 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, défini par le Code des postes et des communications électroniques, 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 fait 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 cyberspace<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Le droit du contenant de la communication par internet correspond donc en premier lieu au droit applicable à la couche médiane.

En outre, le droit applicable aux services de communication audiovisuelle, y compris celui applicable aux SMAD, n'est 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<sup>4</sup>. Ce dernier, tel qu'il est compris en cette thèse, correspond ainsi au *droit applicable aux outils, technologies, services, messages et*

---

<sup>1</sup> Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2011, n° 1524.

<sup>2</sup> En ce sens, 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.

<sup>3</sup> En ce sens, notamment, L. LESSIG, *L'avenir des idées – Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses universitaires de Lyon, 2005.

<sup>4</sup> De même, le droit de la presse n'est pas incorporé au sein du droit des contenus de la communication par internet dès lors que s'applique aux publications de presse dématérialisées, exception faite de quelques dispositions *ad hoc*, le droit commun de la presse établi très antérieurement à l'invention de l'internet.

*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.).

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 cyberspace, 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.

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 les explications précédentes sont indispensables et pourquoi le droit de la communication par internet dont il est question en ces pages correspond 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 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.

Par ailleurs, la différence entre contenant et contenu pourrait aussi se comprendre à travers le critère du sensible : tout ce qui ne s'adresse pas à un sens est un contenant. Mais la réciproque ne se vérifie pas forcément et a été fait le choix d'inclure dans le droit du contenant le régime juridique applicable aux *noms de domaine*, ceux-ci pouvant s'analyser tels des contenants au moins autant que tels des contenus, telles des données insensibles au moins autant que telles des données sensibles. Et, puisqu'un contenu sans contenant comme un contenant sans contenu sont peu de choses, il paraît difficile de voir dans le droit du contenant et dans le



droit du contenu de la communication par internet des branches du droit à part entière<sup>1</sup> ; l'appellation « sous-branches du droit » est alors réellement justifiée et l'un et l'autre n'existent qu'à l'intérieur de la branche « droit de la communication par internet », même si, au-delà du droit, « l'internet repose par principe sur une *séparation totale entre infrastructures et contenus* »<sup>2</sup>. Dans le domaine juridique, la « lutte contre la fracture numérique »<sup>3</sup> est un objectif premier.

Il convient, à présent, d'insister sur les enjeux d'importance qui sont aujourd'hui attachés au droit de la communication par internet et à son étude.

***Le droit de la communication par internet, terrain privilégié d'observation des « grandes manœuvres juridiques » du XXI<sup>e</sup> 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 »<sup>4</sup>. Si nombre d'explications et de propositions ont été fournies au cours des vingt dernières années<sup>5</sup>, car « internet passionne les juristes »<sup>6</sup>, il faut gager que le droit de la communication par internet reste aujourd'hui à analyser et à penser sur beaucoup de points, notamment car les travaux les plus anciens sont fatalement devenus obsolètes.

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 »<sup>7</sup>, par le numérique<sup>8</sup> et par l'immatériel<sup>9</sup>. Ce droit témoignerait, en effet, *des conséquences de la mondialisation sur la forme et sur le fond du droit*<sup>10</sup>. Déjà au moment des prémices de la démocratisation des communications en réseau, on

---

<sup>1</sup> On écrit que « le droit des supports et le droit des programmes sont les deux faces d'une même réalité juridique » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1524).

<sup>2</sup> B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>3</sup> Réf. à L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009, *Relative à la lutte contre la fracture numérique*.

<sup>4</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014.

<sup>5</sup> Les premiers travaux relatifs au droit de la communication par internet datent de la fin des années 1990 (notamment, O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996 ; É. MONTERO, *Internet face au droit*, Story Scientia (Bruxelles), 1997 ; M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP G* 1996, p. 401 s. ; N. MALLET-POUJOL, « Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques », *LPA* 2 févr. 1996, p. 4 s. ; F. OLIVIER, É. BARBRY, « Des réseaux aux autoroutes de l'information : révolution technique ? révolution juridique ? », *JCP G* 1996, n° 3926 ; M. VIVANT, « Internet et modes de régulation », in É. MONTERO, *Internet face au droit*, Story Scientia (Bruxelles), 1997, p. 229 s.).

<sup>6</sup> E. DREYER, J. HUET, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 10.

<sup>7</sup> 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. ; A. BERTRAND, Th. PIERRE-COUDOL, *Internet et le droit*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2000.

<sup>8</sup> P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique – Jus ex machina*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1998.

<sup>9</sup> *Arch. phil. droit* 1999, « Le droit et l'immatériel ».

<sup>10</sup> Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001.

s'attendait à de « grandes manœuvres juridiques »<sup>1</sup>. Ces dernières ont eu lieu et, pour une large part, continuent de se dérouler, touchant principalement le droit positif mais également la pensée du droit ou encore la méthodologie juridique. L'internet, le numérique et l'immatériel composent un environnement nouveau, complexe et difficile d'accès pour le droit, lequel ne saurait toutefois l'abandonner<sup>2</sup>. Et, en matière de sources du droit, le droit de la communication par internet n'est peut-être pas le moins révélateur du « déploiement anarchique des nouveaux phénomènes normatifs qu'appellent la technicisation et la scientification de la société et du système juridique »<sup>3</sup>.

La Cour Suprême des États-Unis, dans l'une des premières décisions juridictionnelles rendues à propos des communications internetiques, en 1996, définissait l'internet comme « un réseau international d'ordinateurs interconnectés qui permet à des millions de personnes de communiquer entre elles dans le "cyberespace" et d'accéder à une très large quantité d'informations provenant du monde entier »<sup>4</sup>. Les hauts magistrats constataient ainsi qu'il serait difficile de faire respecter les droits des citoyens dans cet espace dépassant les États. Dans le même temps, d'autres juges américains soulignaient que « la force de l'Internet est le chaos et la cacophonie »<sup>5</sup>. 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 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<sup>6</sup> ; et on annonça parfois la fin des paradigmes modernes relatifs à la création et à l'application du droit<sup>7</sup>. Était prédit l'avènement prochain d'un « temps des lois post-modernes » dont l'internet serait le principal promoteur<sup>8</sup>. 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 législateurs et les cours 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<sup>9</sup>. Par exemple, la « *lex electronica* »<sup>1</sup>, sorte d'*ordre juridique*

<sup>1</sup> N. MALLET-POUJOL, « Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques », *LPA* 2 févr. 1996, p. 4 s.

<sup>2</sup> Par exemple, les règles juridiques passeraient de la fixité et de l'unilatéralité à la souplesse et à la négociation (E. KATSH, *Law in a Digital World*, Oxford University Press (Oxford), 1995, p. 23).

<sup>3</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

<sup>4</sup> Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 1996, n° 96-511, *Reno vs ACLU*.

<sup>5</sup> Cour fédérale de district des États-Unis pour le district de Pennsylvanie, 11 juin 1996, *Reno vs ACLU*.

<sup>6</sup> P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production des normes juridiques », colloque international droit de l'Internet, approches européennes et internationales, 19-20 nov. 2001, Assemblée nationale.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> F. OST, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 423 s.

<sup>9</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 147.

*transnational* reposant sur l'usage et cousin de la mieux connue *lex mercatoria*<sup>2</sup>, 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. Et, si le droit positif est intensément empreint par les spécificités du réseau mondial, il semble que les penseurs du droit s'attardent trop peu sur pareilles originalités et que *la représentation du droit soit généralement en retard par rapport à la réalité du droit*. Au-delà du juridique, ce serait en effet de manière générale que « la technique [évoluerait] toujours plus rapidement que la réflexion sur la technique »<sup>3</sup>.

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 ; il est celui d'aujourd'hui et il importe de savoir en rendre compte.

La mise en relation du droit et de l'internet pourrait motiver beaucoup de thèses. En la présente, seule la question des sources du droit sera abordée.

Il est temps de rapprocher les deux pôles constitutifs de l'intitulé de ces travaux :

*Les sources du droit* et *Le droit de la communication par internet* → *Les sources du droit de la communication par internet*.

Ce rapprochement, qui implique des choix forts et emporte des conséquences importantes, oblige à fournir diverses explications.

---

<sup>1</sup> Par exemple, P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 221 s.

<sup>2</sup> Par exemple, F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992.

<sup>3</sup> Ch. DEBBASCH, « Préface », in H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, Economica-PUAM (Paris-Aix-en-Provence), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996, p. 9.

### III

## Introduction à l'étude des sources du droit de la communication par internet

*Précédemment en cette introduction, le concept de source du droit a été présenté, a été expliqué le choix de n'aborder en ces pages que les seules sources formelles et ont été illustrés les enjeux s'attachant à ce choix. Puis, au sein de la précédente partie préparatoire, il s'est agi de motiver la décision de se concentrer sur le droit de la communication par internet plutôt que sur toute autre branche du droit et, plus précisément, plutôt que sur toute autre branche du droit des communications électroniques. En cette troisième et dernière partie de l'introduction, il convient de s'intéresser au sujet de la thèse dans son ensemble : les sources du droit de la communication par internet. Ainsi, seront exposés les éléments permettant d'imaginer que ce sujet serait peut-être digne d'intérêt et éventuellement opportun à l'heure de la réorganisation du droit et des sources du droit. Ensuite, sera détaillée la méthode mise en œuvre afin de traiter ce sujet, étant entendu que les résultats d'une recherche seraient toujours, avant toute autre chose, les résultats d'une méthode, si bien que les pages les plus importantes pourraient être celles au long desquelles cette méthode est précisée et justifiée. La présente thèse est principalement jus-scientifique, entièrement macro-juridique et plutôt indifférente au fond du droit, autant de caractéristiques et/ou de choix qui doivent être expliqués et peut-être même discutés. Enfin, il faudra annoncer et justifier le plan des développements à venir, soit en premier lieu la summa divisio autour de laquelle ils s'ordonnent, c'est-à-dire la séparation des sources privées et des sources publiques du droit de la communication par internet.*

**La « société de l'information » comme « lieu pertinent pour étudier le renouvellement des sources du droit ».** – Tout d'abord, doit être rappelé que, suivant un adage formulé par Platon, « s'il n'y a de science que du général, il n'y a de vérité que du particulier »<sup>1</sup>. Partant, peut-être un ouvrage à vocation scientifique ne saurait-il envisager le droit autrement qu'en se concentrant sur un exemple savamment choisi en ce qu'il pourrait témoigner de mouvements ne lui étant pas propres. Il est nécessaire, semble-t-il, de vérifier l'ampleur des changements qui affecteraient le phénomène juridique à partir de l'étude empirique et objective d'un « corpus

<sup>1</sup> Cité par M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XXXI.

juridique suffisamment vaste et diversifié, sur une durée suffisamment longue »<sup>1</sup>. Parmi différentes autres possibilités, le droit du travail<sup>2</sup>, le droit de l'environnement<sup>3</sup>, le droit des marchés financiers<sup>4</sup>, le droit de la publicité<sup>5</sup> ou le droit du sport, avec sa « *lex sportiva* » (pan de la *lex mercatoria* applicable au sport)<sup>6</sup>, pourraient être cette branche du droit servant d'exemple ; jusqu'aux principes directeurs du procès judiciaire pourraient l'être<sup>7</sup>. Mais 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 peut-être mieux que toutes autres de constater la réalité de la « démultiplication des sources du droit »<sup>8</sup>, de la « diversification des producteurs de

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », 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. 47.

<sup>2</sup> Par exemple, H. SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », *Arch. phil. droit* 1934, p. 73 s. ; J.-Y. CHÉROT, « Les droits fondamentaux au travail et la globalisation – Un nouveau modèle de droit global ? », in *Mélanges Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1505 s. ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008 ; J.-M. OLIVIER, « Les conflits de source en droit du travail », in B. TEYSSIE, dir., *Les sources du droit du travail*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 201 s. ; T. TAURAN, « Remarques sur la complexité actuelle des normes juridiques : l'exemple du droit du travail », *RRJ* 2003, p. 933 s. ; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Dr. et société* 1994, p. 337 s.

<sup>3</sup> Par exemple, F. OST, *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit*, 2<sup>e</sup> éd., La découverte, 2003 ; 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 ; C. MILANI, « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Dr. et société* 2000, p. 425 s.

<sup>4</sup> En ce sens, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 235-237 (« sur le thème de l'émergence d'ordres spontanés qui échappent à la régulation étatique tout en se moquant des frontières territoriales, il convient d'accorder une place de choix aux marchés financiers [...] ; il faut compter avec un certain effacement des acteurs et des outils traditionnels en matière de régulation, voire leur remplacement par d'autres acteurs et d'autres outils. [...] Il est bien vrai que, face aux flux financiers transnationaux, l'État devient un acteur marginalisé dans l'ensemble des formes de régulation des marchés financiers alternatives ou parallèles à celles des droits nationaux. [...] Ce qui domine, c'est une logique du pragmatisme, de la concurrence, de l'efficacité. L'État lui-même se trouve d'ailleurs engagé dans cette logique. Mais, paradoxalement, il trouve là, parfois, un moyen de restaurer sa souveraineté à travers le marché, même si, pour l'essentiel, les droits étatiques ne sont plus d'une réelle efficacité dans la régulation des marchés financiers. Bref, ici encore, les juristes nationaux ne disposent plus d'un droit apte à assurer la régulation des marchés financiers dans un contexte globalisé »). Également, A.-J. ARNAUD, B. XUE-BACQUET, « Le droit des marchés financiers entre modernité et globalisation », *L'Année sociologique* 1999, p. 427 s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers », *Banque et droit* 1995, n° 41, p. 46 s.

<sup>5</sup> Par exemple, P. FILLIOL, *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.

<sup>6</sup> Par exemple, Ch. DUDOGNON, *Les sources du droit du sport*, th., Université de Limoges, 2007 ; F. LATTY, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff (Leiden), 2007 ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZIO, *Droit du sport*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2012.

<sup>7</sup> En ce sens, E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2000, p. 75 s. L'auteur intitule ainsi un chapitre « Les origines formelles des principes directeurs du procès judiciaire (la diversité des formes) », puis développe une section dont le titre est « Le constat de la diversité : le pluralisme des sources formelles des principes directeurs du procès judiciaire ».

<sup>8</sup> 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. 431.

droit et des lieux de production du droit »<sup>1</sup> et du « développement d'une normativité sociale qui n'émane ni des États ni des acteurs du marché, mais d'acteurs non étatiques transnationaux »<sup>2</sup>.

Il ne s'agit pas là d'une prise de position isolée<sup>3</sup> puisque des spécialistes de ces questions considèrent que la « société de l'information » serait un « objet pertinent pour étudier le renouvellement des sources du droit »<sup>4</sup>, que l'internet serait le « lieu de prédilection de *la soft law* »<sup>5</sup> ou que le droit des communications électroniques serait la branche du droit la « plus symptomatique du phénomène de globalisation du droit »<sup>6</sup>, lequel ne saurait aller sans globalisation des sources du droit. Et, au sein d'un livre consacré en 2015 aux « nouvelles sources du droit », est abondamment recouru à l'exemple de l'encadrement normatif de l'internet et du web<sup>7</sup>. En outre, l'auteur d'une thèse en droit récemment soutenue souligne que, pour parvenir à maîtriser le développement des nouveaux moyens de communication, les autorités publiques françaises comme les autorités publiques internationales ont opéré, depuis les années 1970, des « mutations nombreuses et parfois radicales de leurs processus d'élaboration du droit », si bien que « les conditions de production de la norme juridique en [la] matière [...] fournissent une illustration particulièrement convaincante des transformations ayant affecté au cours des dernières années le phénomène juridique dans les démocraties occidentales »<sup>8</sup>. Enfin, en 1984, un auteur notait déjà, de manière divinatoire, 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]*

<sup>1</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 105. L'auteur parle également de « grande fragmentation juridique » (*ibid.*, p. 104).

<sup>2</sup> Z. LAÏDI, *La norme sans la force – L'énigme de la puissance européenne*, Presses de Sciences Po, 2008, p. 83 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 104). Également, N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015.

<sup>3</sup> Notamment, K. RENAUD, *Enjeux juridiques et processus de mondialisation de la communication*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2004 ; T. GALANIS, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle – L'exemple des communications électroniques*, Bruylant (Bruxelles), 2010 ; C. GUENOD, *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel : modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, th., Université Paris IX - Dauphine, 2009 ; D. POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, LGDJ, 2009.

<sup>4</sup> P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriges-dicos poche, 2003, p. 1433. Également, V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 277 ; A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 129 s. ; L. DUONG, « Le pluralisme des sources du droit d'Internet », in L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR, dir., *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier (Bruxelles), 2011, p. 187 s.

<sup>5</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 145.

<sup>6</sup> 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'Épilogue-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012, p. V.

<sup>7</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, *passim*.

<sup>8</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 38.

*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.*<sup>1</sup>

Ces commentaires résonnent fortement aujourd'hui et amènent à considérer qu'il n'y aurait pas de meilleur témoin des défis qu'affrontent les sources étatiques du droit, *a fortiori* les sources étatiques dites « politiques » — au premier rang desquelles figure le Parlement —, que le droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication<sup>2</sup>. Le droit des communications électroniques en général et le droit de la communication par internet en particulier sont des lieux au sein desquels il semble pertinent d'interroger *l'actualité et l'avenir des sources du droit*<sup>3</sup>.

Il convient, à présent, de délimiter le sujet tout en soulignant plus avant son intérêt potentiel (A) puis d'expliquer les différents choix et contraintes méthodologiques qui influencent le contenu de cette thèse (B). L'introduction pourra, enfin, se terminer par l'annonce et la justification de la *summa divisio* de l'ouvrage : *sources privées/sources publiques* (C). La « taxinomie » des sources, reposant sur cette distinction des sources privées et des sources publiques, devra permettre de déconstruire et d'ordonner ce « *patchwork* normatif »<sup>4</sup> qu'est le droit de la communication par internet.

---

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

<sup>2</sup> Bien d'autres exemples pourraient être cités. Ainsi écrit-on : « Dans tous les cas où s'observe un certain niveau d'auto-régulation, les acteurs dont elle émane sont à la fois législateurs et exécutifs, à la fois organes normateurs et organes sanctionneurs : que l'on songe à l'organisation juridique d'Internet ! » (J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 105).

<sup>3</sup> 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, « La diversité des sources du droit de l'internet », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 50). Plus encore, l'enjeu serait de taille puisque 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 ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, 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 consiste, 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'agit 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.

<sup>4</sup> 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.

## A. L'objet de la thèse

*Au sein de cette introduction, ont déjà été présentés, expliqués, situés et discutés séparément les deux pôles constitutifs de l'intitulé de la présente thèse, à savoir les sources du droit et le droit de la communication par internet. Désormais, ces deux pôles sont réunis et ne font plus qu'un : les sources du droit de la communication par internet. L'étude de ces dernières pourrait prendre de multiples tournures et aboutir à des conclusions très diverses, susceptibles d'intéresser tous les aspects du droit. A déjà été précisé qu'ici seules les sources formelles du droit de la communication par internet seront interrogées et que le choix d'envisager les sources du droit de la communication par internet est en premier lieu la conséquence des résultats de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques, résultats qu'un ouvrage ad hoc intitulé Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience a pour fonction de détailler. Parmi les pages à venir, il conviendra de motiver le fait qu'observer les sources du droit de la communication par internet reviendrait à observer les sources du droit de demain. Or ce droit est logiquement moins bien connu des chercheurs en droit que le droit moderne et étato-national aujourd'hui encore dominant et déjà abondamment traité à l'occasion d'innombrables ouvrages, si bien qu'il serait peut-être justifié d'y réfléchir, a fortiori à l'aune d'éléments très concrets tirés d'expertises scientifiques. Également, il faudra insister sur l'intérêt que le sujet revêtirait éventuellement sous l'angle des difficultés que rencontreraient de plus en plus à l'ère contemporaine les sources étatiques et les sources publiques plus généralement. Ensuite, il s'agira de préciser les options méthodologiques retenues, car, au-delà du sujet d'une étude, ses conclusions sont peut-être avant tout le fruit de la méthode mise en œuvre. Le traitement du sujet « les sources du droit de la communication par internet » du point de vue de la philosophie du droit est incomparable au traitement du même sujet au départ d'une intention jus-scientifique ou au traitement du même sujet à partir d'une ambition jus-politique. Enfin, l'introduction devra se terminer par l'annonce et l'explication du plan de la thèse et, essentiellement, de la summa divisio des sources autour de laquelle elle s'organise, soit la distinction des sources privées et des sources publiques. Il sera alors temps de débiter l'étude des sources du droit de la communication par internet.*

**Premières illustrations de l'intérêt et de l'opportunité présumés du sujet de la thèse.** – Dans le cadre d'un doctorat en droit, il paraît raisonnable soit d'étudier une seule source de normes à l'échelle du droit dans son ensemble<sup>1</sup>, soit d'étudier toutes les sources de normes à l'échelle d'une branche du droit donnée. Si les deux voies peuvent peut-être donner lieu à des études dignes d'intérêt, la seconde est bien plus souvent suivie que la première. La plupart des branches du droit ont ainsi déjà été analysées sous l'angle de leurs sources au sein de thèses

<sup>1</sup> Par exemple, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, spéc. p. 10-15 (« il faudra tenter, au-delà des particularismes propres à chaque matière, d'élaborer une théorie générale du droit spontané » (p. 15)).



intitulées « Les sources du droit *x* ». Toutefois, le droit de la communication par internet faisait jusqu'à présent exception. Il était donc loisible de consacrer une recherche doctorale à ses sources. Mais encore fallait-il que cela apparaisse possiblement porteur.

Or l'intérêt éventuel du sujet de cette thèse peut être illustré de multiples façons. Par exemple, « les sources du droit de la communication par internet » posent aussi bien la question des droits fondamentaux à l'heure du numérique que celle du droit souple. Or les deux derniers (au moment où ces lignes ont été écrites) rapports annuels rédigés par le Conseil d'État ont porté, pour l'un, sur « le numérique et les droits fondamentaux »<sup>1</sup> et, pour l'autre, sur « le droit souple »<sup>2</sup>. Et le Conseil d'État de témoigner de *la grande actualité du thème des sources du droit de la communication par internet* dans son rapport public 2014 en notant que ledit rapport « intervient à un moment particulier où [cette question] prend une nouvelle dimension »<sup>3</sup>. Mais, si le soutien du Conseil d'État n'est pas le moindre, il faut préciser davantage en quoi l'étude des sources du droit de la communication par internet pourrait s'avérer digne d'intérêt. Dès lors que « les réseaux informatiques sont l'expression de la rationalité des sociétés postindustrielles »<sup>4</sup>, le droit encadrant ces réseaux n'est-il pas logiquement plus que tout autre un foyer dans lequel puiser les enseignements les plus décisifs quant aux mutations que le droit, insidieusement mais sûrement, connaîtrait à l'ère des dites « sociétés postindustrielles » et de la « condition immatérielle du monde »<sup>5</sup> ?

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 que condamne d'une seule voix la doctrine française »<sup>6</sup>, alors la problématique envisagée en ces pages serait très actuelle. En ce sens, on ajoute que « le thème du renouvellement des sources du droit est d'une grande actualité et évoque [...] des mutations que l'on suppose sans peine considérables »<sup>7</sup> ; et on constate combien « seule une approche renouvelée de la théorie des sources permet de rendre compte du

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014. Dans un communiqué en date du 19 juillet 2013, le Conseil d'État présentait en ces termes son futur travail : « L'étude annuelle 2014 du Conseil d'État portera sur "les technologies numériques et les libertés et droits fondamentaux". Le travail que va conduire la section du Rapport et des études du Conseil d'État pendant les dix mois qui viennent est centré sur la question hautement sensible de la rencontre du droit et de l'Internet pour une meilleure protection des données personnelles au service d'un nouvel espace de liberté et de développement économique. Dès lors que la thématique de la protection des données personnelles est le cœur du sujet, elle doit être élargie, pour être complètement traitée, aux questions de la gouvernance, de la régulation d'Internet, dans leurs dimensions internationales, européennes et nationales. La question de la territorialité de la norme sera dès lors, à n'en pas douter, une autre thématique sensible de l'étude annuelle du Conseil d'État » ([en ligne] <conseil-etat.fr>).

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2013.

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 36. Selon le Conseil, « un triple basculement se manifeste, dans les innovations technologiques, dans l'économie et dans l'appréhension du numérique par la société » (*ibid.*).

<sup>4</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 361.

<sup>5</sup> Réf. à P. CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* 1999, p. 225 s.

<sup>6</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 2.

<sup>7</sup> *Ibid.*

phénomène de production normative dans le champ de l'internet »<sup>1</sup>. En particulier, il s'agira d'observer, à travers l'état des sources du droit de la communication par internet, les rapports de forces entre puissance publique et « puissance privée ».

***L'utilité supposée de l'examen des rapports de forces entre puissance publique et « puissance privée ».*** – L'étude relative à la réalité du pluralisme juridique<sup>2</sup> et, par suite, la thèse qui débute doivent permettre de répondre à une interrogation primordiale : existe-t-il une « puissance privée »<sup>3</sup> capable de concurrencer ou même devancer la puissance publique dans l'élaboration des règles de droit ? 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 peut s'analyser, parmi d'autres propositions, telle une *méta-prérogative juridique accordant le « droit au droit » à l'État*<sup>4</sup>.

Déjà Jean Bodin voyait dans les puissances publique et privée deux ensembles bien distincts de pouvoirs et de sources de normes : « Toute puissance de commander à autrui est publique ou particulière : la puissance publique gist au souverain qui donne la loi ou en la personne des magistrats, qui ployent sous la loi et commandent aux autres magistrats, et aux particuliers : le commandement particulier est aux chefs de mesnages, et aux corps et colleges en general, sur chacun d'eux en particulier, et à la moindre partie de tout le corps en nom collectif »<sup>5</sup>. Mais Bodin n'imaginait guère que ces 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.

Or, à l'aube du XXI<sup>e</sup> s., il est devenu commun de constater que des firmes transnationales s'autorégulent quasi-indépendamment des États, tout comme certains groupes intra-étatiques<sup>6</sup>. D'aucuns remarquent que les internautes se donnent leur droit, inventent leurs propres modes de régulation et de « gouvernance », très à l'écart des institutions étatiques et interétatiques. *In fine*, est affirmé que « le droit de l'internet est le meilleur exemple de droit global »<sup>7</sup>. Une illustration parmi de nombreuses autres réside dans les constitutions élaborées par certaines

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>3</sup> Réf. à J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 363 s. ; P.-P. VAN GEHUCHTEN, *Puissance publique et puissance privée dans l'interventionnisme économique – Une approche historique et de droit comparé*, th., IUE de Florence, 1998.

<sup>4</sup> Cf. B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 261 s. et 281 s.

<sup>5</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 3 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 153).

<sup>6</sup> Par exemple, N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015.

<sup>7</sup> 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.

communautés du logiciel libre<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, des organisations « se donnent le droit »<sup>3</sup>, des *modes alternatifs de résolution des conflits* subrogent — ou soulagent — les tribunaux<sup>4</sup> et d'aucuns se résolvent à accepter la « fin de l'orthodoxie juridique »<sup>5</sup>. Là où l'État moderne était un État puissant et dominateur, l'État « postmoderne » serait un État banalisé, concurrencé, malmené par une « société de droit »<sup>6</sup>. 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.

Le Professeur Jean-Louis Bergel souligne que « la méthodologie juridique ne peut se limiter à des investigations ou des expériences de laboratoire. Elle ne peut qu'être en prise avec la réalité et la pratique, quelles que soient les données fondamentales auxquelles elle se rattache »<sup>7</sup>. Ici, la branche du droit étudiée est, semble-t-il, un terrain réel et pratique dans lequel les instruments scientifiques peuvent être mis en œuvre, loin des laboratoires mais aussi et surtout *loin des spéculations et des dogmes*. Ces outils doivent permettre 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 de se modifier »<sup>8</sup>, 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<sup>9</sup>, 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

<sup>1</sup> Cf. D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 8.

<sup>2</sup> F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 24.

<sup>3</sup> *Dr. et société* 2011/1, « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi ».

<sup>4</sup> Par exemple, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, C. GÉRARD, D. PICON, P. PORCHER, *Les justices du quotidien : les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, Presses de l'Université de Lyon II, 1986 ; 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. 253 s.

<sup>5</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 207.

<sup>6</sup> Réf. à G. CARCASSONE, « Société de droit contre État de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

<sup>7</sup> J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1021.

<sup>8</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Introduction », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 28.

<sup>9</sup> Par exemple, *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélanges Jean-Pierre Puissochet*, Pedone, 2008.

négocierait sur le « marché de libre concurrence de la norme juridique »<sup>1</sup>. Ce ne serait plus aux États de s'organiser mais au monde dans son entier, notamment, encore une fois, en raison de la « circulation de l'information en temps réel »<sup>2</sup>. « L'internet est un bien commun de l'humanité, ce qui justifie une *gouvernance mondiale* », écrit le Conseil économique, social et environnemental<sup>3</sup>. En même temps que l'État, ce serait donc aussi le *droit interétatique* qui endurerait les effets de la mondialisation<sup>4</sup>. La seule issue serait celle d'un « nouveau *jus commune* »<sup>5</sup> ; il serait temps de penser l'« après État-nation »<sup>6</sup> et de réfléchir au « droit sans l'État »<sup>7</sup>. Que le cocktail globalisation-internet paraît explosif pour le droit-État<sup>8</sup>. Le cyberspace 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.

***L'opposition entre les propriétés du droit de la communication par internet et celles du droit moderne étato-centré.*** – Il semble que la communication par internet soit un témoin remarquable de ces mouvements vers le global et que 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 »<sup>9</sup> — 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 contredisent la nature et la logique du droit-État moderne*<sup>10</sup>. Et la « société de l'information » de se voir citée comme lieu le plus pertinent pour étudier le

<sup>1</sup> J. COMMAILLE, « Droit et médias – Présentation », *Dr. et société* 1990, p. 279.

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2161.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> N. STERN, « La mondialisation du droit », *Projet* 2000, n° 262.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Réf. à J. HABERMAS, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

<sup>7</sup> Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige - Essais, débats, 2007.

<sup>8</sup> On note, par exemple, que « la convergence ne peut se traduire que par une mondialisation des normes juridiques et par un recul sans précédent des particularismes juridiques nationaux. Chaque État doit se plier à une logique de compétition juridique qui l'oblige à aligner ses règles de droit sur celles des autres États. La mondialisation de l'économie produit une véritable subversion de la souveraineté juridique des États. Les marchés ont perdu en l'État leur grand horloger. L'État est trop petit pour appréhender le marché global. Il est condamné au suivisme juridique et doit adapter sa législation aux impératifs du marché global. Le mouvement a été accentué par l'apparition des « marchés immatériels », qu'il s'agisse du marché financier ou de l'Internet. Le marché immatériel se libère du support des territoires étatiques et donc des ordres juridiques étatiques. Les législations étatiques sont impuissantes à appréhender des économies immatérielles qui n'ont plus d'autre assise territoriale que l'ensemble de la planète » (É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, n° 96, p. 78).

<sup>9</sup> Cf. B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, *passim*.

<sup>10</sup> Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 45.

renouvellement des sources du droit<sup>1</sup>, spécialement dès lors que l'État n'y est pas perçu comme souverain mais davantage comme subsidiaire<sup>2</sup>. 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... »<sup>3</sup>. On dit encore de l'internet qu'il serait un espace de « corégulation » et de « cocréation du droit »<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>. Partant, le droit de la communication par internet est *a priori* un objet d'étude opportun pour qui entend étudier le pluralisme des sources du droit. À moins qu'il ne soit le terrain de jeu d'un monisme juridique inversé : 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<sup>6</sup>, auxquelles il faudrait ajouter la « Google *lex* »<sup>7</sup> et ses proches parentes.

Il y a peut-être une large part de vérité dans toutes ces descriptions du droit de l'avenir. Il s'y trouve aussi, cela fait peu de doute, quelques exagérations et un manque plus ou moins criant 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 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. La présente thèse, en s'appuyant sur des instruments d'étude scientifiques, espère pouvoir (r)établir l'une ou l'autre vérité. Il n'y a peut-être qu'en se plongeant au cœur du magma 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 importe d'observer ce qui seul contient des preuves semble-t-il décisives et irrésistibles : l'état du droit positif et des pratiques normatives.

***Le recours à des données permettant 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

---

<sup>1</sup> 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. 1433.

<sup>2</sup> J. CATTAN, « L'État à l'ère numérique : de la souveraineté à la subsidiarité », in S. AGOSTINELLI et alii, *Entre communautés et mobilité : une approche interdisciplinaire des médias*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 153 s.

<sup>3</sup> *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2335.

<sup>4</sup> T. R. FENOULET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 15 s. ; 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. 94 s.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Cf. B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 85-86.

<sup>7</sup> A. GARAPON, « Le droit à l'oubli numérique », *Le bien commun*, France culture, 22 mars 2012.

communautés. Les nations seront dépassées »<sup>1</sup>. 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 « mort » 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 —<sup>2</sup>. 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 fin de l'État*. Bien évidemment, cette fin ne saurait se produire soudainement, en un « coup d'État ». S'il devait y avoir fin 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*.

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 décisions centralisées et reposant sur les gouvernements serait un désastre pour Internet »<sup>3</sup>. Tout aussi significatif est le fait que, parmi les 100 entités les plus riches de la planète, il se trouve désormais autant d'entreprises multinationales que d'États<sup>4</sup>. Cependant, qui observe sans a priori 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. Aussi, en comparant les origines des règles qui encadrent les activités des individus composant ces sociétés, en estimant la part qu'y occupent les normes d'origine étatique, des affirmations plus objectives et plus scientifiques, donc peut-être plus légitimes, sont-elles possibles. Le pluralisme des sources du droit est en tout cas, loin des implications théoriques ou idéologiques qui viennent prioritairement à l'esprit lorsqu'on l'évoque, compris tel *un instrument scientifique 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<sup>5</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Cf., par exemple, P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 s.

<sup>3</sup> F. CHEHADÉ, « Interview de Fadhi Chehadé, président de l'ICANN », [en ligne] <lefigaro.fr>, 23 sept. 2014.

<sup>4</sup> F. DEDIEU, « Des entreprises multinationales plus riches que des pays », [en ligne] <geopolintel.fr>, 13 avril 2012.

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 162 s. (sur la puissance de l'État) et p. 231 s. (sur la souveraineté de l'État). En substance, est considéré que la souveraineté étatique serait au droit ce que la puissance étatique serait au fait.

pluralisme juridique-État est telle qu'il est permis d'estimer, certes assez caricaturalement, que l'État s'efface à mesure que le pluralisme juridique se développe et, inversement, que le pluralisme juridique demeure timide tant que l'État reste 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 universel, parlementarisme, magistratures etc. — sont vidés de leur substance »<sup>1</sup>, et si l'expérience menée vient confirmer, par la réalité du pluralisme juridique, la réalité de la « crise de l'État », alors il sera peut-être temps de repenser lesdits grands concepts et, plus largement, de *repenser l'État* ; car l'État, être vivant susceptible de mourir — et de renaître —, ne se présente peut-être pas sous le même jour hier, aujourd'hui et demain<sup>2</sup>. Il serait regrettable de donner quelque grain à moudre à l'idée de « défaite de la pensée »<sup>3</sup>. *L'État est peut-être moins en « crise » que les théories qui tentent d'en rendre compte*<sup>4</sup>. L'affirmation du pluralisme juridique pourrait coïncider avec l'avènement de l'« État pluriel »<sup>5</sup> plutôt qu'avec la fin de l'État. Et, de même, *le droit est peut-être moins en « crise » que les théories qui tentent d'en rendre compte*.

Face à ces enjeux gargantuesques, il faut mettre en avant le fait que, semble-t-il, *le chercheur en droit, a fortiori lorsqu'il n'est que doctorant, peut vouloir témoigner de la vie du droit mais non vouloir participer de la vie du droit*, car alors il ferait œuvre politique et non plus œuvre scientifique. L'auteur du présent ouvrage s'efforçant de se conformer à cette exigence, divers éléments liés à l'actualité et à l'avenir de l'État et du droit de l'État ne pourront pas être abordés en ces pages. En premier lieu, seront écartées les problématiques des causes et des conséquences de la réalité du pluralisme des sources du droit de la communication par internet. Également, le fond des normes, qu'elles soient primaires (gouvernant les individus) ou secondaires (gouvernant les gouvernants), n'aura pas à être discuté puisqu'il serait seulement autorisé de le constater et de l'expliquer, ce qui implique de l'interpréter. Notamment, s'il appartient à l'État de régler, au cours des prochaines années et suivant des modalités qu'il reste à déterminer, les problèmes de la préservation des libertés, de la « neutralité du net », de la protection des données personnelles — qui sont le pétrole du XXI<sup>e</sup> s. —, de la cybercriminalité, de la circulation des produits culturels, de la diversité culturelle et linguistique ou encore de l'impact environnemental des nouvelles technologies de l'information et de la communication<sup>6</sup>, le lecteur ne trouvera ici aucune proposition de réponse à ces questions. Et quelques autres aspects méthodologiques devront être précisés avant de pouvoir conclure cette introduction.

<sup>1</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cours philosophie, 1999, p. 114.

<sup>2</sup> R. MASPÉTIOL, « L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? », *Arch. phil. droit* 1976, p. 3 s.

<sup>3</sup> Réf. à A. FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Gallimard, coll. Folio essais, 1989.

<sup>4</sup> L. ROUBAN, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 22.

<sup>5</sup> J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique », *RF adm. publ.* 2003, p. 203.

<sup>6</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 18.

## B. La méthode de la thèse

*Après avoir présenté les sources du droit telles que comprises et envisagées en cette thèse, après avoir présenté le droit de la communication par internet tel que compris et envisagé en cette thèse, et après avoir, au sein de la présente troisième partie introductive, insisté sur l'intérêt et l'opportunité qui s'attachent peut-être à l'étude des sources du droit de la communication par internet, de différents points de vue et en particulier sous l'angle des défis que pose et que posera toujours plus à l'avenir le droit à l'État, il est à présent temps de décrire et d'expliquer les différentes options méthodologiques retenues avant de débiter les travaux de doctorat dont le présent ouvrage est le fruit. Si ne sera pas détaillée la méthode propre à la conduite de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques (il faut sur ce point renvoyer à l'ouvrage Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience), il s'agira en revanche d'insister sur le fait que l'intention animant cette thèse est principalement — mais non uniquement, le titre 2 de la première partie faisant exception — jus-scientifique, donc objective et empirique, amenant à faire œuvre descriptive et explicative mais non œuvre stipulative, prescriptive ou encore prospective. Également, il faudra observer combien ces travaux sont entièrement macro-juridiques et aucunement micro-juridiques. Et quelques autres précisions d'ordre méthodologique devront être apportées avant de pouvoir annoncer et expliquer le plan de la thèse et avant de pouvoir entamer l'étude concrète des sources du droit de la communication par internet.*

***Différentes manières d'envisager les sources du droit et le pluralisme juridique.*** – Tout d'abord, il est important de souligner que l'ambition est ici de fournir une étude du pluralisme des sources du droit de la communication par internet la plus *objective et empirique* possible<sup>1</sup>. De la sorte, cette thèse s'écarte 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 en cause portant la volonté de marginaliser l'État, loin d'opérer le constat objectif et empirique selon lequel l'État serait effectivement marginalisé<sup>2</sup>. Ainsi fait-on du pluralisme juridique « l'idéologie prescriptive qui s'accorde le mieux [...] avec la vision du monde des acteurs qui comptent politiquement, économiquement et socialement »<sup>3</sup>. Il n'est, partant, guère surprenant que le pluralisme juridique soit généralement considéré tel un ensemble de courants

<sup>1</sup> Sur l'objectivité et l'empirisme comme principes-cadres des sciences du droit, cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 265 s. et 281 s.

<sup>2</sup> Mais on soutient aussi que « les théories du pluralisme juridique ont souvent débouché sur des conclusions qui visaient expressément l'amélioration du droit étatique. Ces conclusions cherchaient généralement à assurer une plus grande efficacité pour la normativité étatique afin que les politiques qu'elle désire mettre en place se traduisent plus directement dans la réalité sociale. L'affirmation de la normativité alternative cautionnerait ainsi une consolidation de la normativité étatique » (S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002, p. 73).

<sup>3</sup> J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Mélanges Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn (Genève), 2002, p. 164.



théoriques cherchant à fragiliser l'État à travers la relativisation de sa place parmi les sources du droit<sup>1</sup>. Rejetant en bloc l'idée d'un lien consubstantiel entre droit et État, le pluralisme juridique serait même en soi « antiétatique »<sup>2</sup>. 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. Et, tandis que des auteurs « postul[ent] l'étatisation partielle du droit »<sup>3</sup>, Carbonnier de consacrer 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 »<sup>4</sup>. En cette thèse, il importe de *se préserver de tout postulat, de toute hypothèse et de toute affirmation a priori*.

Alors qu'il pourrait être imaginé tel un ensemble de doctrines réalistes, reposant sur des analyses scientifiques, le pluralisme juridique est souvent décrit comme ayant une origine et une fonction principalement critiques puisqu'il s'agirait de dénoncer les théories traditionnelles qui font du droit le propre de l'État, de condamner leur caractère totalisant et exclusif qui contribuerait à conforter l'idée d'une suprématie étatique ainsi qu'à méconnaître la complexité de la vie sociale en donnant d'elle l'image d'un tout cohérent et homogène mais en étant incapable d'exprimer la « vérité » du droit<sup>5</sup>. Il était indispensable, le thème des sources du droit n'étant pas un autre que celui du pluralisme juridique, de souligner combien s'intéresser à ce sujet ne signifie, dans l'espace de cette thèse, en aucun instant soutenir les postures ou les idéologies qui peuvent s'y attacher par ailleurs. Pour le dire en une phrase, si cette thèse est intitulée « les sources du droit », il faut comprendre « les sources du droit ? » et il est parfaitement envisageable d'engager des recherches autour de cette problématique qui aboutiraient à la conclusion suivante : « il n'existe qu'une seule et unique source du droit » ou « le pluralisme juridique n'existe pas ».

Au-delà de ce point particulier, la présente thèse est marquée par une *intention essentiellement scientifique* : il s'agit, pour reprendre des mots de Kelsen, de s'inscrire dans l'espace de la « science juridique » et non dans celui de la « politique juridique »<sup>6</sup>.

***Une thèse motivée prioritairement par des considérations scientifiques.*** – L'auteur de l'un des derniers essais relatifs aux questions du droit et de la connaissance du droit explique à ses lecteurs : « On n'a pas voulu envelopper le propos dans un discours à prétention scientifique :

<sup>1</sup> H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1159.

<sup>2</sup> J.-M. LARRALDE, « Le pluralisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 287.

<sup>3</sup> 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. 12.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 123.

<sup>5</sup> D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 74-76 ; 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. 12 ; H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1159.

<sup>6</sup> Sur la politique juridique comme branche de la recherche juridique, cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 231 s.

rien de plus étranger à notre ouvrage que de vouloir « faire science »<sup>1</sup>. Tout au contraire, en ces pages, l'intention est de « faire science », en particulier en faisant reposer les travaux sur une expérience portant sur la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques — dont les prémisses et les résultats sont présentés au sein d'un ouvrage *ad hoc* —<sup>2</sup>. L'ambition est, en quelque sorte, de répondre à Carbonnier qui, il y a plus de soixante ans, prédisait qu'

*Un jour viendra où, dans les Facultés de droit, les codes et les recueils de jurisprudence céderont, au moins pour partie, la place à des instruments de laboratoire. Enfin nous pourrons faire des expériences !*<sup>3</sup>

Est donc retenu le cadre 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 »<sup>4</sup>. Par conséquent, le discours politique, le discours prescriptif et le discours spéculatif sont interdits.

**La proscription du discours politique, du discours prescriptif et du discours spéculatif.** – Dans le cadre de cette thèse, il est permis de rechercher « comment le droit se traite dans la société de l'information »<sup>5</sup> ou encore « quelle est l'influence d'internet sur la production du droit »<sup>6</sup>, mais il ne l'est pas de rechercher « comment le droit doit se traiter dans la société de l'information » ou « quelle doit être l'influence d'internet sur la production du droit ». S'il est vrai que l'internet et son cadre normatif constituent peut-être un excellent exemple en ce qu'ils « donnent une place limitée aux formes de régulations traditionnelles »<sup>7</sup> et en ce que le réseau « se pose comme un laboratoire des nouvelles formes de gouvernance »<sup>8</sup>, il est lieu de constater quelles sont ces nouvelles formes de « gouvernance », mais il n'est pas lieu d'imaginer quelles pourront être ou quelles devront être les futures nouvelles formes de « gouvernance ». Aussi les propositions relevant de la *légistique* ne seront-elles pas exposées en ces lignes mais au sein de publications *ad hoc*, car l'exigence de scientificité ne s'applique pas moins au contenant qu'au contenu des normes, pas moins à leur forme qu'à leur fond<sup>9</sup>. François Gény estimait que seul le

<sup>1</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 3.

<sup>2</sup> Sur les sciences du droit comme sciences possiblement expérimentales, cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 499 s.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, « Caractères juridiques » (1949), in *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 363.

<sup>4</sup> H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Dr. et société* 1992, p. 561.

<sup>5</sup> Réf. à F. OST, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droits et société, 1998, p. 423 s.

<sup>6</sup> Réf. à 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.

<sup>7</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 2.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Est remarquable qu'une thèse de doctorat en droit a récemment été entièrement consacrée à la légistique : K. GILBERG, *La légistique au concret – Les processus de rationalisation de la loi*, th., Université Paris II -

fond du droit pourrait être politique, sa forme étant nécessairement technique ; mais il n'en sépare pas moins la science et la technique juridiques<sup>1</sup>. Et il faut croire qu'un choix relatif à la forme du droit peut être parfaitement politique ; les Constitutions en fournissent d'innombrables exemples.

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*. Cela aboutit à largement réduire l'amplitude du sujet des présentes recherches car, comme l'observait Carbonnier, « la diversité des causes [...] imprime à chaque groupe de phénomènes [...] une autonomie suffisante pour justifier un traitement séparé »<sup>2</sup>. En résulte que le contenu de cette thèse est largement *descriptif et explicatif*<sup>3</sup>, l'originalité éventuelle résidant dans l'objet décrit et expliqué : *il s'agit 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 dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit à l'heure du déploiement d'un droit baroque dont les contours demeurent relativement incertains*. Comme le disait Sartre, « écrire, c'est déjà agir »<sup>4</sup>. *Décrire, c'est déjà agir*.

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<sup>5</sup>. Aussi faut-il croire que l'auteur de ces lignes peut, de temps à autre — et en particulier à l'occasion du second titre de la première partie à venir —, abandonner le cadre *jus*-scientifique pour s'inscrire dans un cadre *jus*-politique sans craindre de franchir ainsi le Rubicon. 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 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.

Ensuite, cette thèse consiste en un *travail macro-juridique* et non en un travail micro-juridique, c'est-à-dire en un travail interrogeant un système juridique, un ordre juridique ou une branche du droit et non en un travail interrogeant un ou plusieurs régime(s) juridique(s) particulier(s) ou bien une ou plusieurs norme(s) spécifique(s), ce qui emporte notamment pour

---

Panthéon-Assas, 2007. Reste ensuite à distinguer ce qui est une description des normes de légistique applicables et ce qui est un ensemble de propositions afin de faire évoluer la légistique.

<sup>1</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Librairie du Recueil Sirey, 1913. Également, J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant-Sirey (Bruxelles-Paris), 1935.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 143.

<sup>3</sup> Sur le lien entre scientificité et descriptivité, cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 297 s.

<sup>4</sup> J.-P. SARTRE, *Qu'est-ce que la littérature ?* (1948), Gallimard, coll. Idées, 1964 (cité par A. VAN REETH, « Jean-Paul Sartre (3/4) : L'intellectuel, ses œuvres littéraires et son engagement », Les nouveaux chemins de la connaissance, France culture, 17 juill. 2013).

<sup>5</sup> En ce sens, G. DECOCQ, « Réflexions sur l'influence doctrinale », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 111 s.

conséquence que ne sera jamais discuté ni même décrit le fond du droit, *i.e.* le sens des devoir-être qui constituent le droit de la communication par internet.

***La distinction de la science macro-juridique et de la science micro-juridique et le choix de la science macro-juridique.*** – En ces pages recouvertes par l'intitulé « Les sources du droit de la communication par internet », *ce ne sont pas les sources du droit qui sont au service d'une réflexion sur le droit de la communication par internet mais le droit de la communication par internet qui est au service d'une réflexion sur les sources du droit.* Aussi faut-il comprendre que le titre de cette thèse est plus explicitement (mais moins esthétiquement) « *Les sources du droit et les sources du droit de la communication par internet* ». Ce sujet donne l'occasion de distinguer la science macro-juridique — à laquelle il s'attache — et la science micro-juridique. Cette séparation du macro-droit et du micro-droit pourrait peut-être s'avérer éclairante.

Leur objet implique que ces recherches s'inscrivent entièrement dans un cadre macro-juridique<sup>1</sup>, par opposition au cadre micro-juridique — que privilégie, par exemple, la « méthode pragmatique de l'École de Bruxelles »<sup>2</sup> — dans lequel il s'agit pour le chercheur d'étudier un régime juridique spécifique ou, plus finement encore, une ou plusieurs norme(s), institution(s) ou principe(s) juridique(s) particulier(s). Ici, l'intention est d'*éclairer la réflexion sur la structure et les tendances générales du droit* par l'observation d'une branche du droit spécialement choisie à ces fins.

Il semble que les réflexions touchant à la théorie du droit, à la philosophie du droit, à la culture juridique ou à la pensée juridique se situent par définition au niveau macro-juridique. Il en irait identiquement des travaux portant sur les caractéristiques et les tendances du droit ou d'une branche du droit. D'ailleurs, le caractère macro-juridique ou micro-juridique d'un ouvrage pourrait être déterminé grâce à l'observation de ses notes de bas de page : *une réflexion macro-juridique amènerait à citer principalement des sources doctrinales quand une réflexion micro-juridique amènerait à citer principalement des sources normatives*, c'est-à-dire le droit positif — ainsi que, néanmoins, les commentaires de ce droit positif —. Certainement cette thèse comporte-t-elle des références à des normes, des actes et des institutions juridiques positifs précisément identifiés, mais sa problématique et, donc, son fil conducteur appartiennent, semble-t-il, au macro-droit. L'enjeu est de penser les continuités, les

---

<sup>1</sup> Comme rare exemple d'utilisation de l'adjectif « macrojuridique », peut-être cité J.-L. BERGEL, « Analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit », *RRJ* 1992, p. 971 s.

<sup>2</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, A. VAN WAEYENBERGE, « De l'étude à l'enseignement du droit global », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 1. Les auteurs expliquent, notamment, que cette méthode pragmatique « privilégie une approche “micro-juridique” du droit au départ des cas pratiques et de la perspective des acteurs, par opposition aux approches “macro-juridiques” qui préconisent l'étude du droit au départ des concepts, du catalogue des sources ou de l'ordre juridique » (*ibid.*). Et de noter également que « là où une perspective macro-juridique observe une société globale bien ordonnée, divisée en États qui s'accordent sur des règles de droit international public et privé, une approche micro-juridique laisse apparaître, au contraire, dans la perspective des acteurs, un marché des ordres juridiques au sein duquel ceux-ci peuvent faire leur shopping » (*ibid.*, p. 9), ce avec quoi il est difficile de s'accorder puisque la question des ordres juridiques intéresse logiquement le macro-droit et non le micro-droit, tandis qu'une étude macro-juridique peut au moins autant qu'une étude micro-juridique permettre de révéler quelque cacophonie au sein du monde du droit. Cf., sur l'« École de Bruxelles », B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, dir., *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Académie Royale de Belgique (Bruxelles), 2015.

mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit.

Par ailleurs, le choix de la science macro-juridique se voit tout particulièrement motivé par le risque d'obsolescence rapide des discours micro-juridiques en droit de la communication par internet. Par exemple, au moment où l'auteur de cette thèse s'apprêtait à la « déposer », la Secrétaire d'État au numérique se préparait à déposer, de son côté, un projet de « Loi pour une République numérique » contenant des dispositions relatives à la protection des données personnelles, à la création d'un « service public de la donnée », au « droit à l'oubli », à la « neutralité du net », à la loyauté des plateformes ou encore au droit au maintien de la connexion à internet — qualifié de « bien de première nécessité » —. Le présent ouvrage, puisqu'il s'inscrit dans l'espace macro-juridique, peut espérer rester actuel quelques temps quand bien même les jurislatoeurs en viendraient à faire évoluer plus ou moins profondément le droit positif de la communication par internet. Par conséquent, le choix de la problématique des sources du droit de la communication par internet s'explique tout particulièrement par le souhait de pouvoir produire un ensemble littéraire et scientifique *indépendant de l'état du droit positif* à l'heure où celui-ci rime de plus en plus avec instabilité et frénésie normatives.

Enfin, l'angle macro-juridique implique de ne pas discuter ni décrire le fond des normes positives, ce qui est l'affaire du micro-droit (pour ce qui est de sa description) et de la politique (pour ce qui est de sa discussion). Dit autrement, il s'agit de se focaliser sur la « manière » du droit et de ne pas s'intéresser à la « matière » du droit. Le juriste étudiant le macro-droit veut connaître les plans et la structure de la maison-droit quand le juriste étudiant le micro-droit veut connaître ses habitants. Or lesdits habitants sont de passage, surtout à l'intérieur de la maison-droit de la communication par internet, alors que les plans et la structure, s'ils peuvent être rénovés, sont beaucoup plus pérennes. L'objectif de ces travaux est de comprendre *comment est construit le droit de la communication par internet*, quelle est son « architecture »<sup>1</sup>, ce qui est une toute autre question que celle de savoir ce que doit être ce droit, mais aussi une toute autre question que celle de savoir ce qu'est ce droit substantiellement.

Il est à présent temps de conclure l'introduction en annonçant et expliquant la *summa divisio* autour de laquelle s'organiseront ces recherches consacrées aux sources du droit de la communication par internet, ce qui oblige à apporter quelques dernières précisions d'ordre méthodologique et épistémologique.

---

<sup>1</sup> Réf. à *L'architecture du droit – Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006.

## C. Le plan de la thèse

*L'introduction de cette thèse touche à sa fin. Y a été expliqué combien il est décisif de distinguer les sources formelles et les sources matérielles du droit, tant les unes sont incomparables aux autres et interrogent le droit et l'État en de tout autres termes, et y a été expliqué combien les présentes recherches ne s'intéressent qu'aux sources formelles. Ensuite, le droit de la communication par internet a été défini et a été motivé le choix d'en faire l'objet de cette thèse. Enfin, au sein de la troisième partie introductive, il s'est agi de réunir les deux éléments constitutifs de l'intitulé et de justifier l'intérêt et l'opportunité potentiels du sujet issu de cette réunion, spécialement sous l'angle de la vie du droit, sous l'angle de la « crise de l'État » et sous l'angle des bouleversements que seraient appelées à connaître dans un avenir non lointain les sources du droit globalement comprises. Il s'est également agi d'exposer les options méthodologiques retenues et, en premier lieu, celles consistant à traiter l'objet d'étude de manière essentiellement scientifique et exclusivement macro-juridique. A, en outre, été expliqué que les recherches, dès lors qu'elles portent sur les sources formelles, sont indifférentes au contenu des innombrables devoir-être constitutifs du droit de la communication par internet. Tout cela étant dit, il semble loisible de débiter l'étude scientifique, macro-juridique et formaliste des sources du droit de la communication par internet. Il reste simplement à préciser le plan autour duquel s'articuleront les développements : celui-ci s'appuie sur la classification des sources du droit adoptée par l'auteur (ou, mieux, « constatée » par l'auteur) et, au niveau le plus élevé, sur la distinction des sources privées et des sources publiques.*

***L'enjeu d'établir préalablement une typologie précise des sources du droit.*** – La présentation de la « taxinomie »<sup>1</sup> des sources du droit retenue 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<sup>2</sup>, ladite thèse s'inscrit bel et bien dans le champ de la pensée juridique et porte 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*<sup>3</sup> — même s'il y a un conflit d'intérêts à l'instant où il

<sup>1</sup> Il ne semble pas impossible d'ainsi parler, au moins de manière figurée, de « taxinomie » des sources. D'ailleurs, Gurvitch ne manquait pas de se considérer tel un « zoologue » étudiant des « espèces de droit » : « droit de la masse », « droit de la communauté », « droit de la communion » etc. (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 166 s.).

<sup>2</sup> 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 ».

<sup>3</sup> D'ailleurs, quand bien même quelque acte étatique listerait les sources « officielles » du droit, il ne s'agirait toujours que des sources du droit aux yeux de l'État et seuls les tenants d'un stricte étatismisme juridique seraient contraints de s'y conformer. Le fait qu'une source puisse décider de la qualité juridique des autres sources potentielles ne va pas de soi. Notamment, que la loi doive autoriser la coutume à entrer dans le droit revient à nier ce qu'est normalement une coutume.

revient à la doctrine de dire si la doctrine est une source du droit —. Dans son pan définitionnel tout du moins, la problématique des sources du droit est foncièrement théorique et Bobbio pouvait enseigner que « l'une des tâches d'une théorie générale du droit est celle d'analyser, de décrire et de classer 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" »<sup>1</sup>. Il faut effectivement parler de *théorie des sources du droit* en ce que leur « taxinomie » est un « construit » plus qu'un « donné », bien qu'elle découle d'observations empiriques. Il importe donc de disposer d'une méthode de recherche précisément établie avant de s'engager sur le terrain des sources<sup>2</sup>.

Or 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. Parmi les auteurs, « l'accord ne règne ni sur la nomenclature des sources ni à plus forte raison sur la manière de les classer »<sup>3</sup>. Cependant, les sources du droit ne sont peut-être pas à l'image des grandes familles de droit pour lesquelles « il y a autant de classifications ou presque que d'auteurs s'étant occupés de la question »<sup>4</sup>. En effet, domine la conception selon laquelle ces sources seraient au nombre de trois (ou quatre, si est ajoutée la doctrine) : la loi, la jurisprudence et la coutume. Certes, il n'y a pas, à l'heure actuelle, de grandes controverses autour de la question des sources du droit ; mais il faut peut-être mettre cela sur le compte de la rareté des juristes qui osent

---

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 228.

<sup>2</sup> Cf. J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001 ; C. RENARD, « Sources du droit et méthodologie juridique », Presses universitaires de Liège, 1969 ; M. FRISON-ROCHE, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit », in D. BOURCIER, P. MACKAY, dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121 s. Cf., également, Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit* 1966, p. 25 s.

<sup>3</sup> Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73. Certains proposent, par exemple, de « revisiter » les sources en les répartissant en quatre « fonctions » (à savoir la « fonction normative », la « fonction administrative », la « fonction juridictionnelle » et la « fonction contractuelle ») (Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; 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) ou en séparant quelques « sources prospectives », « sources rétrospectives » et « sources qui expriment l'esprit du moment présent » (R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 352), quand d'autres voient des sources dans les « textures du droit » que sont le « droit souple », le « droit mou » et le « droit doux » (M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le nouveau du droit de la responsabilité civile*, th., Université du Mans, 2001 (cité par C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599)) ou vont jusqu'à assimiler les sources du droit aux branches du droit en écrivant que « le droit de l'internet puise à des sources multiples » afin d'exprimer le fait que s'y retrouvent des normes issues du droit des contrats, du droit de la propriété intellectuelle, du droit fiscal etc. (C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010).

<sup>4</sup> R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé – Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, LGDJ, 1950 (cité par B. ANCEL, « Familles de droits (classification) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 703).

interroger la légitimité des habitudes en la matière<sup>1</sup> plutôt que sur le compte d'une absence de difficultés concernant la typologie des sources du droit. Si la conception tripartite ou quadripartite à niveau unique la plus habituelle est éventuellement critiquable car incomplète et peu pragmatique, alors il devient possiblement judicieux d'opérer un effort théorique afin de proposer une « cartographie » des sources du droit permettant d'évoluer de façon satisfaisante au sein du droit de la communication par internet. Et cela serait d'autant plus justifié qu'il n'est aujourd'hui plus rare de voir des chercheurs en droit souligner le « besoin d'une conception élargie des sources formelles, ouverte à des modes encore considérés comme hérétiques de production du droit »<sup>2</sup>. Dans le même temps, d'aucuns se demandent : « Comment notre ordre juridique, *a priori* si rationnel, est-il capable de générer un désordre juridique si caractérisé ? »<sup>3</sup>. Or ce désordre juridique est peut-être en premier lieu un désordre des sources du droit<sup>4</sup>.

Les critères pertinents afin d'arrêter la liste des différentes catégories de sources du droit sont incertains et imparfaits<sup>5</sup>. Il faut rappeler que, en cette thèse, est retenu *une conception organique des sources du droit* : sont les sources du droit les organes ou ensembles d'organes qui édictent certains types particularisables d'actes normatifs — la source n'est pas la loi ou la coutume mais le Parlement ou le groupe social et c'est par le truchement de métonymies que la loi ou la coutume sont désignées en tant que sources<sup>6</sup> —. Cette compréhension des sources du droit conduit à *définir différents actes normatifs autant que différents organes-sources*. Partant, 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 ne se trouverait rien d'artificiel dans l'arbre des sources qui

---

<sup>1</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, CNRS éditions, 2013, p. 234.

<sup>2</sup> 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. 63.

<sup>3</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 19.

<sup>4</sup> M. MIAILLE, « Désordre, droit et science », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 92.

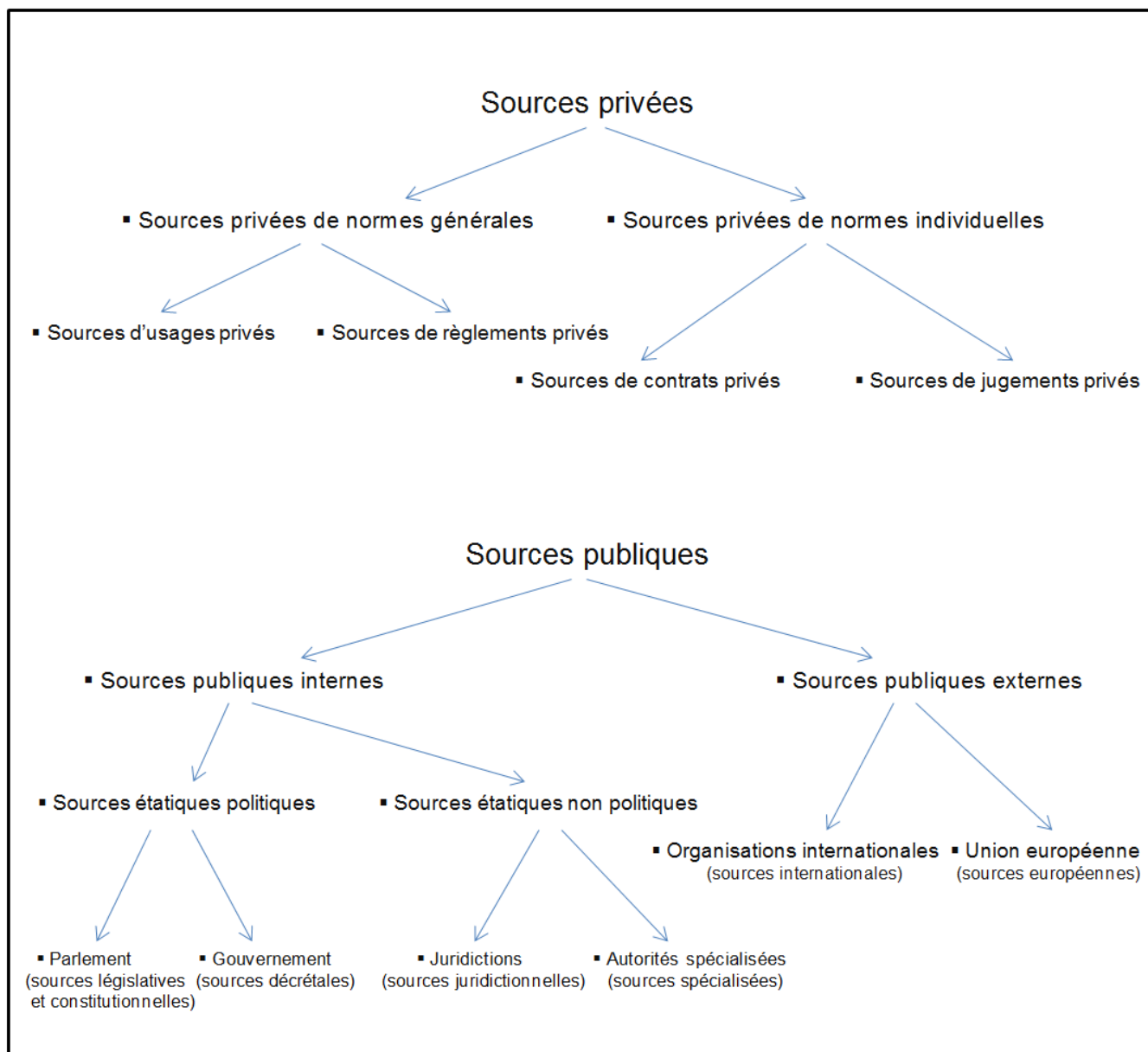
<sup>5</sup> Par exemple, Carbonnier pouvait recourir, afin de séparer la loi et la coutume, soit au « critère de l'écriture », soit au « critère d'ordre psychologique opposant règles instinctives ou inconscientes et règles volontaires », soit au « critère matériel opposant règles de droit statiques (coutume) et règles de droit dynamiques (loi) », soit au « critère fonctionnel » (la coutume aurait pour fonction de conserver les conduites sociales, tandis que la loi aurait pour fonction de faire apparaître des conduites sociales nouvelles) (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 87-89). Et l'illustre doyen de conclure qu'il faudrait « admettre qu'en réalité il n'y a pas de séparation, *a priori*, entre loi et coutume, que les lois peuvent devenir coutumes avec le temps, que l'on peut passer de la coutume à la loi. [...] Une même règle peut commencer comme loi et finir comme coutume » (*ibid.*, p. 89-90).

<sup>6</sup> 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 »).



pourrait être « constaté » plus que « proposé » — à l'inverse, notamment, de celui esquissé par Gurvitch<sup>1</sup> —. Sur ce point, 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 des éléments constitutifs »<sup>2</sup>.

La typologie des sources du droit « constatée » dans cette thèse est la suivante<sup>3</sup> :



<sup>1</sup> Le sociologue dénombrait « 27 formes de droit social spontané » qu'il entrecroisait avec « six étagements de droit en profondeur », si bien qu'il y aurait « 162 (27 x 6) espèces de droit » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 166 s.).

<sup>2</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 77.

<sup>3</sup> 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 minimale d'arbitraire et de stipulation, donc de déformation, dans cette carte de lecture « constatée », d'autant plus que, comme l'écrivait Pascal, l'« esprit de finesse » est autre chose que l'« esprit de géométrie »<sup>1</sup>. Mais, si « la carte n'est pas le territoire »<sup>2</sup> — ce qui signifie, à l'instar du célèbre tableau de René Magritte « La Trahison des images »<sup>3</sup>, 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 »<sup>4</sup>, donc que la représentation de la réalité est plus attirante et porteuse épistémiquement que la réalité crue<sup>5</sup>. Reste ensuite à savoir quel mode de représentation de la réalité doit être retenu, ce qui est décisif puisque c'est un gouffre plus qu'une porte qui sépare Le Caravage et Picasso.

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. On juge que l'heure serait à « la factualisation du droit et [à] la juridicisation du non-droit »<sup>6</sup>, ce qui n'impliquerait pas autre chose qu'une privatisation des sources publiques et une publicisation des sources privées<sup>7</sup>. Est néanmoins pris ici le pari que la distinction des sources publiques et des sources privées pourrait être la *summa divisio* des sources du droit, y compris en matière d'étude des sources du droit de la communication par internet. Cette *summa divisio* sera également celle de la thèse.

**Une thèse ordonnée autour de la « taxinomie » des sources du droit.** – On relève que l'étude des relations et des interactions entre les sources, de leur « coordination »<sup>8</sup>, « collaboration » ou « concurrence »<sup>9</sup> et de leurs influences réciproques, serait plus intéressante que l'étude de

<sup>1</sup> B. PASCAL, *Pensées*, 1669 ; B. PASCAL, *De l'Esprit géométrique et de l'Art de persuader*, 1658.

<sup>2</sup> A. KORZYBSKI (cité par M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctoria* 2013, n° 10, p. 11).

<sup>3</sup> Ce fameux tableau représente une pipe accompagnée de la légende « Ceci n'est pas une pipe ».

<sup>4</sup> M. HOUELLEBECQ, *La carte et le territoire*, Flammarion, 2010 (cité par M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctoria* 2013, n° 10, p. 11).

<sup>5</sup> 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)). Peut aussi être racontée l'histoire de cet individu dont la mémoire était si parfaite qu'elle lui rendait la vie impossible puisqu'il lui fallait une journée complète pour se remémorer ce qu'il avait fait en une journée.

<sup>6</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 353.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>8</sup> Réf. à J.-S. NAVARRO, « La coordination des sources du droit et la notion d'intérêt », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 247 s.

<sup>9</sup> Réf. à C. CASTETS-RENARD, « La mutation de la production de la norme en droit privé : d'une concurrence à une collaboration des producteurs de la norme », in J. KRYNEN, M. HECQUARD, dir., *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit – t. I : Bilans*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR Mutations des normes juridiques, 2005, p. 13 s.

chaque source isolément<sup>1</sup>. Les sources seraient davantage les différents rouages d'un système, le système juridique, que les différents territoires, bordés par des frontières infranchissables, d'un continent, le continent juridique. Il pourrait donc s'avérer pertinent d'observer les « actions des unes sur les autres et réactions des unes contre les autres »<sup>2</sup>, leurs « dialogues » et « duels »<sup>3</sup>. Néanmoins, le choix d'*étudier uniquement les sources formelles*<sup>4</sup> conduit à envisager chaque source en soi et pour soi. *Aussi l'ossature de cette thèse ressemblera-t-elle 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 dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit.*

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 est regrettable et le droit d'origine publique doit lui être préféré (*première partie*). Or, les sources internationales étant intrinsèquement inaptées 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 devoir faire face à diverses contrariétés — (*seconde partie*).

---

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 78 (« on ne peut, pour étudier la création du droit, méconnaître [les] interactions entre les diverses sources du droit. [...] Nul ne peut imaginer que le juge soit indifférent à la loi, à la doctrine ou à la pratique, ni que le législateur ignore la doctrine ou la jurisprudence, ni que la doctrine se désintéresse de la loi ou de la jurisprudence »).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Réf. à J.-L. BERGEL, « La loi du juge : dialogue ou duel ? », in *Mélanges Pierre Kayser*, PUAM (Aix-en-Provence), 1979, p. 21 s. Il n'est — semble-t-il — pas inconséquent d'estimer qu'un chercheur se devrait de repérer les relations transversales et prévisibles entre les éléments du système qu'il étudie, qui assurent la redondance grâce à laquelle ce système deviendrait intelligible. Selon Edgar Morin, il n'est pas possible d'analyser les systèmes complexes en les découpant en « rondelles » car, ce faisant, l'observateur perdrait de vue certaines qualités du système pouvant exercer une influence sur d'autres de ses parties et donc expliquer son évolution. « Les “tout” organisés, explique le grand penseur, produisent des qualités qui ne peuvent pas exister à l'état de parties, mais qui peuvent rétroagir sur les parties. [...] Les qualités émergentes, vous ne les connaîtrez jamais si vous coupez les systèmes organisés en rondelles » (E. MORIN, « La stratégie de reliance pour l'intelligence de la complexité », *Revue internationale de systémique* 1995, n° 9, p. 110 (cité par B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 44)).

<sup>4</sup> Il faut rappeler que ce choix s'explique en premier lieu par le fait que cette thèse vient à la suite des travaux présentés dans l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience* et prend appui sur leurs résultats.

## Première partie

# LES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Cette thèse porte sur « les sources du droit de la communication par internet ». Au long de l'introduction générale, il s'est agi de se préparer à l'étude de ce sujet et, en premier lieu, de préciser de quelle manière il faut ici comprendre le concept de sources du droit, la branche du droit atypique qu'est le droit de la communication par internet, ainsi que cet objet d'étude particulier que constituent les sources du droit de la communication par internet. Ainsi a-t-il fallu s'expliquer sur le choix de ne prendre en compte que les seules sources formelles, s'expliquer sur les définitions de la communication par internet et du droit de la communication par internet, s'expliquer sur l'intention scientifique (si ce n'est scientiste) qui anime ces travaux doctoraux — spécialement dès lors qu'y est associé un ouvrage ad hoc détaillant les prémisses et les conclusions d'une expérience relative à la réalité du pluralisme juridique —, s'expliquer sur la décision de ne porter qu'un regard macro-juridique sur le sujet etc. Autant de développements devant préparer à l'étude des sources du droit, à l'étude du droit de la communication par internet et, surtout, à l'étude des sources du droit de la communication par internet. Il convient, à présent, d'entamer l'examen de ces dernières et, par conséquent, de passer de l'introduction de la thèse au corps de la thèse. À travers la première partie qui débute, il faudra envisager les sources privées du droit de la communication par internet, étant précisé d'ores et déjà que celles-ci revêtent davantage de spécificités que les sources publiques, lesquelles sont rarement différentes lorsqu'elles produisent le droit de la communication par internet et lorsqu'elles produisent les normes constitutives d'une branche du droit plus classique telle que, par exemple, le droit des réseaux de communications électroniques. Ce sera l'objet du premier titre que de présenter et interroger ces particularités des sources privées. Ensuite, au sein du second titre, l'accent sera mis sur l'enjeu consistant à trouver les moyens de ne pas abandonner le droit de la communication par internet aux sources privées. Ce second titre, exceptionnel en ce qu'il présentera un visage jus-politique — donc subjectif et prescriptif — et non un visage jus-scientifique, servira de transition entre les deux parties de la thèse en permettant de justifier le fait que les sources publiques soient envisagées après les sources privées. Ainsi les sources privées et les sources*

*publiques du droit de la communication par internet sont-elles toutes dignes d'intérêt, mais pas pour les mêmes raisons : les sources privées sont intéressantes en soi ; les sources publiques sont intéressantes en ce que le développement des sources privées et les caractéristiques de cet objet « global » et « réseautique » qu'est l'internet les interrogent et les invitent à évoluer, ce qu'elles ne sauraient parvenir à faire sans connaître quelques péripéties.*

62 % des normes appartenant au droit de la communication par internet ayant une origine non étatique (40 % de normes d'origine privée et 22 % de normes d'origine publique externe)<sup>1</sup>, il paraît peut-être justifié de ne pas consacrer l'entièreté de cette thèse aux normes d'origine étatique ni même d'y consacrer sa majeure partie. Une étude du droit des activités internetiques ne peut, semble-t-il, que *s'attacher aux origines para- et supra-étatiques de ce droit autant qu'à ses origines étatiques*. En premier lieu, il convient de s'intéresser aux sources para-étatiques, c'est-à-dire aux sources privées.

Déjà au début des années 2000, le Professeur Pascale Deumier pouvait voir dans les communautés d'internautes des lieux particulièrement pertinents pour étudier le droit spontané et l'autorégulation<sup>2</sup>. 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 « Conditions générales d'utilisation de Yahoo! », les « Conditions générales d'utilisation de Gmail » et les « Conditions générales d'utilisation de Facebook »<sup>3</sup>. Quant aux ouvrages encyclopédiques à destination des praticiens, ils se réfèrent, en cette matière plus qu'en toute autre, aux divers actes normatifs issus de l'autorégulation<sup>4</sup>. 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 pour la confiance dans l'économie numérique*<sup>5</sup> posait des problèmes d'interprétation et d'applicabilité<sup>6</sup>. Jusqu'à des cartes d'identité électroniques ont été instituées dans un cadre entièrement privé<sup>7</sup>, alors que l'édiction des cartes d'identité devrait être une prérogative réservée à l'État. L'émission de monnaies privées électroniques, telles que le bitcoin, est une atteinte portée à la souveraineté étatique encore plus flagrante<sup>8</sup>. Partant, le droit de la communication par internet est peut-être bien un sujet d'étude attractif pour qui aspire à

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 346-348.

<sup>3</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 335 s.

<sup>4</sup> 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 »).

<sup>5</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>6</sup> Par exemple, A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

<sup>7</sup> A. FIÉVÉE, F. MATTATIA, « Développement des services financiers en ligne – Le contrôle et la preuve de l'identité numérique », *Expertises* 2009, n° 342, p. 57.

<sup>8</sup> Cf., par exemple, R. FALKINGE, « Monnaies virtuelles : une révolution fiscale ? », [en ligne] <owni.fr>, 4 juin 2011.

étudier le droit d'essence privée et ses conséquences du point de vue étatique — car *s'intéresser à la production non étatique du droit, cela revient déjà à s'intéresser à l'État, à travers les lieux où, de façon justifiée et/ou explicable ou non, il n'est pas* —.

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<sup>1</sup> — 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<sup>2</sup> —. Ainsi le milieu radioélectrique appartient-il, au terme d'une parfaite fiction juridique, au domaine public<sup>3</sup>. *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<sup>4</sup> —, du droit de la communication audiovisuelle et du droit des télécommunications. Dans le cyberspace, 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<sup>5</sup> 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<sup>6</sup>.

Or, si ce droit est dans une certaine mesure aux mains des sources privées, 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 de l'internet »<sup>7</sup> et constituent possiblement l'« enjeu premier » du droit de la communication

<sup>1</sup> Cf. H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica (Aix-en-Provence-Paris), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996.

<sup>2</sup> Cf. J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

<sup>3</sup> L'article L. 2124-26 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État ». Cf. T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, LGDJ, coll. Système droit, 2011 ; D. TRUCHET, « Controverse : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? Contre », *RFDA* 1989, p. 256 s. ; B. DELCROS, « Controverse : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? Pour », *RFDA* 1989, p. 251 s. ; C. ESTRYN, C. GUERRIER, « Le spectre des fréquences radioélectriques, bien public ou bien commercial ? », *LPA* 12 juill. 2001, p. 11 s.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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 propriété, 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).

<sup>6</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 207.

<sup>7</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, « Le droit à l'oubli numérique », *Le bien commun*, France culture, 22 mars 2012.

par internet<sup>1</sup> — et alors que l'identité numérique compte pour certains désormais plus que l'identité physique<sup>2</sup> —, lorsqu'un internaute visite un site web comptant parmi les plus populaires, ce sont généralement entre 60 et 100 marqueurs qui récoltent et enregistrent des données sur son activité<sup>3</sup>, soit autant de « pièges à données personnelles »<sup>4</sup> qu'il pourrait être préférable de voir régis par des normes d'origine publique plutôt que par des normes établies par ceux-là mêmes qui ont mis en place ces « pièges ». « 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 »<sup>5</sup>.

L'internet est régulièrement désigné, en particulier par le Conseil d'État<sup>6</sup>, comme le principal endroit où peuvent être commises des violations des droits fondamentaux<sup>7</sup>. D'aucuns spécialistes font de Google le « plus redoutable défi pour les droits de la personne de toute l'Histoire de l'humanité »<sup>8</sup>. Et on postule que l'internet serait l'instrument qui permettrait l'avènement du « Big Brother » imaginé par Orwell<sup>9</sup>, 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<sup>10</sup>. Ensuite, 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

---

<sup>1</sup> A. ROUVROY, « Les données personnelles, une nouvelle donne pour le droit », *Le bien commun*, France culture, 19 sept. 2013.

<sup>2</sup> Il ne faudrait pas opposer l'identité numérique à l'identité réelle, cette première étant tout à fait réelle. Cf., spécialement, O. ITEANU, *L'identité numérique en question*, Eyrolles, 2008.

<sup>3</sup> J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013.

<sup>4</sup> Réf. à M.-P. FENOLL-TROUSSEAU, G. HAAS, « Les moteurs de recherche : un piège pour les données personnelles », *Comm. com. électr.* 2006, étude 3.

<sup>5</sup> M. PAUL, D. ROBERT, « Présentation », *Cités* 2009, n° 39, p. 11. Les auteurs ajoutent : « Le récit de ce que nous sommes se compose ainsi par nous mais tout autant sans nous. Nous ne sommes plus les narrateurs privilégiés de notre devenir, notre vérité est pour ainsi dire exsudée par le travail algorithmique des innombrables machines que mobilisent nos pratiques réticulaires » (*ibid.*, p. 9).

<sup>6</sup> EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques* ; Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014.

<sup>7</sup> Notamment, S. CROSNIER, *Le droit à la vie privée à l'épreuve de l'internet*, th., Université Paris XI - Paris Sud, 2000.

<sup>8</sup> E. FELTEN, « Inside the Googleplex », *The Economist* 1<sup>er</sup> sept. 2007 (cité par J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 160).

<sup>9</sup> Dans *1984*, Georges Orwell écrivait notamment que, « dans le passé, aucun gouvernement n'avait le pouvoir de maintenir ses citoyens sous une surveillance constante. L'invention de l'imprimerie, cependant, permit de diriger plus facilement l'opinion publique. Le film et la radio y aidèrent encore plus. Avec le développement de la télévision et le perfectionnement qui rendit possibles, sur le même instrument, la réception et la transmission simultanées, ce fut la fin de la vie privée » (G. ORWELL, *1984* (1949), Gallimard, coll. Folio, 1972 (cité par J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 156)). L'arrivée de l'internet ouvre bien sûr des perspectives nouvelles à « Big Brother », même si, dans le monde décrit par Orwell, chaque foyer est placé sous la surveillance constante d'un « télécran » qui diffuse des messages de propagande et capte en permanence l'information sur tous les faits et gestes des personnes.

<sup>10</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 91.

sur les intérêts particuliers<sup>1</sup>. Sa philosophie tend davantage à inviter, par exemple, à accepter que « nous n'avons plus de vie privée, il faut nous y habituer »<sup>2</sup>.

Une telle discussion relative à *la légitimité du droit d'origine privée* est cependant très politique, si ce n'est très idéologique ; elle ne saurait être prolongée en ces lignes et devra être abordée avec précautions dans le titre *ad hoc* à venir. En cette première partie, il s'agira donc d'insister, après avoir présenté les diverses sources privées du droit de la communication par internet (*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 — aux yeux de l'auteur de ces lignes mais aussi et surtout 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 internetiques, ce n'est peut-être pas qu'il ne le souhaite pas ; ce serait seulement qu'il n'y parviendrait pas.

---

<sup>1</sup> 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 (European Forum for Responsible 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.

<sup>2</sup> S. MC NEALY (président 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).





## Titre 1

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

*Avant, au sein du second titre de cette première partie, d'envisager, d'un point de vue exceptionnellement jus-politique, les menaces que les sources privées feraient peser sur l'intérêt général, les droits et libertés fondamentaux, la sécurité et la démocratie, et avant, à l'occasion de la seconde partie, d'observer comment les sources étatiques et interétatiques se sont efforcées et s'efforcent de publiciser la production du droit de la communication par internet afin de lutter contre ces dangers potentiels, il faut tout d'abord, à travers ce premier titre, présenter et expliquer les sources privées du droit de la communication par internet. Celles-ci présentent divers traits caractéristiques qui seraient possiblement ceux du droit de demain, si bien que de leur étude pourraient être tirés quelques enseignements. Peut-être, en effet, les sources typiques du futur du droit seront-elles davantage des sources privées que des sources publiques. Les sources étatiques et les sources publiques externes qui seront interrogées plus tard sont, elles, moins intéressantes en soi — elles sont pour la plupart déjà bien connues des chercheurs en droit — qu'en raison des problématiques auxquelles elles sont appelées à répondre du fait du déploiement de l'empire des sources privées. C'est pourquoi il a semblé justifié de débiter cette thèse relative aux sources du droit de la communication par internet par un exposé des particularités des sources privées de ce droit. Pourront ensuite être posées la question de la légitimité des règles qu'elles édictent puis la question de la réaction des sources publiques face à leur profond développement.*

Le présent titre sera scindé en deux chapitres portant, pour le premier, sur les sources privées de règles générales et, pour le second, sur les sources privées de règles particulières ou individuelles. Mais une autre distinction, bien que non apparente dans le plan de cette thèse, est peut-être décisive à l'égard de la problématique en cause : celle des sources privées indépendantes de l'État et des sources privées acceptées ou même « validées » par l'État. 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 les sources en cause

appartiennent rarement à l'une des deux sphères à l'exclusion de l'autre, même si la coutume, en particulier, paraît intimement attachée aux sources indépendantes des institutions publiques<sup>1</sup>. 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. 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 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. 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*.

Ensuite, la distinction des sources privées indépendantes des sources publiques et des sources privées accueillies ou suscitées par les sources publiques conduit à interroger les idées d'autorégulation et de corégulation. Le Professeur Jacques Chevallier conçoit également l'idée d'un droit d'origine privée indépendant des structures publiques lorsqu'il note que, à côté de la régulation juridique par l'État, peuvent se trouver des formes de régulation juridique privée situées « dans un rapport de complémentarité, d'imbrication voire de substitution avec la régulation étatique »<sup>4</sup>. 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* »<sup>5</sup>) donne lieu à un « droit *librement* consenti et élaboré [...] issu d'un

---

<sup>1</sup> 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 », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 326).

<sup>2</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 223.

<sup>3</sup> Cf., par exemple, J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 677 s. ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 21 s.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 62.

<sup>5</sup> P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, 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 (cité par K. SEFFAR, K. BENYKHELF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 368)). De même, apparaît peut-être utile la distinction de l'autorégulation et de la « régulation privée participative » reposant sur l'idée que, dans la première, les auteurs des normes en seraient aussi les destinataires quand, dans la seconde, les auteurs des normes seraient des personnes privées extérieures

processus *autonome* »<sup>1</sup>. Alors que cette autorégulation juridique ne doit pas être confondue avec l'autorégulation au sens éco-libéral, laquelle implique l'absence de normes autres que naturelles<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>.

Reste qu'une disposition privée d'ordre contractuel, par exemple, 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 jurisprudence<sup>4</sup>. L'« autorégulation » et la « corégulation » en vertu d'une « investiture étatique »<sup>5</sup> comportent des sens très différents et même peut-être largement antinomiques aux yeux de l'État. 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 »<sup>6</sup> ?

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 multiple et hétéroclite de ces sources — on

---

aux destinataires de ces normes (F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation – Participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 23). Dans tous les cas, sera en ces pages exclusivement utilisée la notion d'autorégulation.

<sup>1</sup> *Lamy Droit des médias et de la communication* 2012, n° 466-54 (non souligné dans le texte original).

<sup>2</sup> Selon Friedrich Hayek, qui se place du point de vue de l'économiste, l'autorégulation correspond à l'« ordre spontané » résultant de la nature des choses, soit, plus précisément, de la loi du marché (F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980 (cité par L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 26)). De même, Adam Smith songeait à une « autorégulation de la société civile par l'harmonie naturelle des intérêts » (A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes et la richesse des nations*, Strahan et Cadell (Londres), 1776). L'autorégulation présentement en cause implique le recours à des actes sociaux porteurs de normes sociales, loin de toutes normes naturelles.

<sup>3</sup> 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. BENYKHELEF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, 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.).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

souligne combien les instruments de la régulation privée sont beaucoup plus complexes que ceux de la régulation étatique<sup>1</sup> —. À ces fins, seront séparées les sources de règles générales (*chapitre 1*) et les sources de règles particulières (*chapitre 2*), 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 »<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup> et il est fréquent de voir affirmé que « la plupart des règles de droit sont des règles générales »<sup>4</sup> —. 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 quantitative des règles générales qu'elles édictent*. Il faut rappeler que les sources privées produisent 40 % du droit de la communication par internet, 3 % du droit des réseaux de communications électroniques et 14 % du droit de la communication audiovisuelle<sup>5</sup>. Or l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques a très principalement pris en compte des règles à portée générale.

<sup>1</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 24.

<sup>2</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 49 ; également, R. CAPITANT, *L'illicite – t. I : L'impératif juridique*, Dalloz, 1928, p. 59.

<sup>3</sup> Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 55. Comme le relevait, au milieu du XX<sup>e</sup> 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. Ainsi l'illustre civiliste écrivait-il que « nous sommes tellement habitués à avoir des règles que nous ne voyons pas l'immense progrès que la règle, avec sa permanence et sa généralité, représente par rapport au commandement instantané et individuel, par rapport aux ordres militaires » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 80).

<sup>4</sup> C. LARROUMET, *Droit civil – t. I : Introduction à l'étude du droit privé*, 5<sup>e</sup> éd., Economica, coll. Droit civil, 2006, p. 16 (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. 51).

<sup>5</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

## Chapitre 1

# LES SPÉCIFICITÉS DES SOURCES PRIVÉES DE NORMES GÉNÉRALES APPLICABLES AUX COMMUNICATIONS PAR INTERNET

*Au sein de ce chapitre, il s'agira d'interroger les sources privées de normes générales applicables aux communications par internet (usages privés et règlements privés), tandis que, à travers le chapitre suivant, il conviendra d'aborder les sources privées de normes individuelles applicables aux communications par internet (contrats privés et jugements privés). Ces deux chapitres prennent place au sein d'un titre visant à présenter et à expliquer l'originalité des différentes sources privées du droit de la communication par internet. En effet, ces sources seraient significatives du droit original qui, peut-être, est appelé à passer demain au premier plan du paysage juridique, en lieu et place du droit moderne étato-national qui, pour l'heure, demeure dominant, ainsi qu'en témoignent, par exemple, le droit de la communication audiovisuelle ou le droit des réseaux de communications électroniques. Le regard porté sur les sources privées du droit de la communication par internet permettrait donc d'obtenir nombre d'indications importantes du point de vue des continuités, des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Une fois cette étude des sources privées achevée, il conviendra de changer d'instruments et de changer d'optique afin de poser la question de la légitimité des normes que ces sources privées élaborent comparativement à celle des normes d'origine publique. La conclusion sera que les sources publiques sont, globalement, préférables aux sources privées en matière d'élaboration du droit de la communication par internet. Il sera alors temps de passer de l'examen des sources privées à l'examen des sources publiques, donc de passer de la première partie à la seconde partie de cette thèse.*

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. 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. Ainsi 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*<sup>1</sup>, 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.

Parmi les sources privées de normes juridiques à portée générale applicables aux communications par internet, peuvent être distingués les usages (*section 1*) et les règlements (*section 2*). Si les usages sont des formes de coutumes modernes, ce sont surtout les règlements privés, sorte de « quasi-législation privée »<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 22.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 35.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 327.

## Section 1

### La singularité des usages privés

*Cette première section prend place au sein d'un titre visant à interroger les particularités des sources privées du droit de la communication par internet. Après les usages privés, ce seront les règlements privés, les contrats privés et les jugements privés qui seront présentés et expliqués, toutes ces observations permettant peut-être d'apporter du sel à la table des chercheurs en droit qui — de plus en plus nombreux — s'attachent à anticiper les formes que le droit pourrait prendre demain, lorsque le droit moderne étato-national sera dépassé. Ainsi l'étude des sources du droit de la communication par internet serait-elle en premier lieu intéressante en ce que la partie privée de ces sources serait fort originale et en ce que, dès lors, d'importants enseignements pourraient potentiellement en être tirés. C'est donc en ce titre premier plus directement et concrètement qu'ailleurs que sont observés les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit dont témoignerait le droit de la communication par internet.*

Tout d'abord, doit être rappelé que, en cette thèse, il n'est plus lieu de discuter la qualité juridique des règles coutumières et des règles d'origine privée en général<sup>1</sup> ; toutes doivent être

<sup>1</sup> Certainement d'aucuns ont-ils 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, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 317 s.), les usages et coutumes sont parfois classés 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*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 37). Quant à Carbonnier, il voyait des coutumes juridiques et des coutumes non juridiques, précisant que, entre les unes et les autres, « il semble y avoir une gradation insensible plutôt que des catégories tranchées » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 168). Cf., également, J. VANDERLINDEN, « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou À propos de la méthode d'interprétation et sources, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge », in Ph. JESTAZ, C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, dir., *François Gény, mythe et réalités – 1899-*



comprises comme juridiques et donc intégrées dans l'étude. Il n'est plus temps de débattre avec qui soutient que « dire "juridique", par principe, toute norme concurrente de celles prescrites par l'État débouche presque inmanquablement sur une espèce d'idéologie »<sup>1</sup>. Dans tous les cas, il n'est, semble-t-il, guère innovant — bien que cela soit plutôt paradoxal<sup>2</sup> — d'intégrer la coutume et l'usage dans le cercle restreint des sources formelles du droit<sup>3</sup>. Ils sont classiquement, spécialement depuis que François Gény a écrit<sup>4</sup>, considérés tels les égaux de la loi et de la jurisprudence<sup>5</sup>. Il faut accepter *ab initio*, si ce n'est, comme Saint Thomas d'Aquin, que « la coutume a force de loi »<sup>6</sup>, que la coutume peut avoir force de loi et a, dans tous les cas, force de droit. En particulier, il est indifférent qu'il n'existe, dans l'ordre juridique étatique, aucune norme conférant à la coutume le statut de norme juridique ou de source du droit<sup>7</sup> ou que la Cour de cassation, à l'occasion d'un arrêt de principe rendu le 7 mai 1839, ait affirmé la supériorité de la loi sur la coutume dans cet ordre étatique. Il faut tolérer l'existence d'un « droit de nature comportementale »<sup>8</sup>, 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 »<sup>9</sup>.

Et doivent être envisagées non comme « faits moraux »<sup>10</sup> mais comme « faits juridiques » tant les coutumes *secundum legem* que les coutumes *praeter legem* et les coutumes *contra legem*<sup>11</sup>. Et n'a, en outre, peut-être pas à être accueillie l'objection selon laquelle la rupture

---

1999 : centenaire de *Méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, Dalloz-Bruylant-Yvon Blais (Paris-Bruxelles-Montréal), 2000, p. 55 s.

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 149.

<sup>2</sup> En ce sens, M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2355.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919.

<sup>5</sup> 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 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.

<sup>6</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1273, Ia IIae, q. 97 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 83).

<sup>7</sup> 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*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, 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*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 135). Également, G. TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 691 s.

<sup>8</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 7.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>10</sup> Ch. FEDDAL, « La coutume : fait moral et source du droit », *Gaz. Pal.* 9 févr. 1997, p. 14 s.

<sup>11</sup> 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

humienne entre droit et fait interdirait irrésistiblement que de ce qui est puisse découler ce qui doit-être<sup>1</sup>.

Après avoir présenté les usages (A), il conviendra de s'attarder sur le cas particulier de la « *lex electronica* » (B), ce « droit spontané » — par opposition au « droit délibéré » —<sup>2</sup> n'étant pas le moins atypique de tous.

## 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<sup>e</sup> s.<sup>3</sup>. En est-il allé de même au XX<sup>e</sup> 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 »<sup>4</sup>.

Partant, si le droit moderne se présente tel un droit très étatisé ne laissant que peu de place à la coutume (1), l'importance des usages dans le droit de la communication par internet illustre combien le droit de demain pourrait aller de pair avec un retour de la coutume dans le cercle des principales sources du droit (5). Pour aboutir à pareille conclusion, il importe de définir l'usage (4) et la coutume (3) et de retenir qu'il y aurait *une différence de degré et non de nature* entre l'un et l'autre (2). Les règles de droit spontanées sont des « pratiques diffusées dans le temps et dans l'espace »<sup>5</sup> ; l'usage serait une pratique moins profondément et moins généralement diffusée dans le temps et dans l'espace.

### 1. 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 « sources officielles » du droit. Néanmoins, ne fait peut-être pas œuvre irréaliste qui juge 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

---

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.

<sup>1</sup> Notamment, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 127.

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002.

<sup>3</sup> 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 ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 23).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 104.

infime partie du droit en vigueur dans une société. Tout le reste est régi par la coutume »<sup>1</sup>. En termes quantitatifs tout du moins, les normes coutumières privées peuvent rivaliser avec les normes écrites publiques et constituer peut-être même le droit premier ou primaire quand le droit législatif ne serait que secondaire et devrait se reposer sur ce droit d'origine privée<sup>2</sup>. 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.)<sup>3</sup> 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'illustre le « Code d'Hammourabi »<sup>4</sup> ; selon Duguit, la coutume a ainsi été le « premier mode de constatation du droit »<sup>5</sup>.

Il existe d'innombrables témoignages ethnographiques de personnes agissant d'une certaine manière uniquement parce que leurs ancêtres l'ont toujours fait<sup>6</sup> — ou parce que les héros et les dieux l'ont toujours fait<sup>7</sup> —. Mais, quand vient l'État, 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 neutres<sup>8</sup>, les fait formellement passer en un instant de la qualité coutumière à la qualité législative — 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<sup>9</sup> ; 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 »<sup>10</sup>, ce qui signifie que les lois ne feraient toujours que reconnaître des coutumes, donc des faits —. 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

<sup>1</sup> A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 83.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 99.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTD civ.* 2006, p. 518 ; P. HAGGENMACHER, « Coutume », *Arch. phil. droit* 1990, p. 27.

<sup>4</sup> S. DÉMARE, « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes », *Arch. phil. droit* 1987, p. 342.

<sup>5</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 688.

<sup>6</sup> N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poches, 2003, p. 1419 ; J.-M. CARBASSE, « Coutume, temps, interprétation », *Droits* 2000, n° 30, p. 15 s.

<sup>7</sup> R. VERDIER, « Le droit au singulier et au pluriel – Juridicité et cultures juridiques », *Droits* 1990, n° 11, p. 75.

<sup>8</sup> N. ROULAND, « Acculturation juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, 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.

<sup>9</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 329.

<sup>10</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804. Et le célèbre jurisconsulte d'expliquer, témoignant de l'importance des coutumes comme source d'inspiration pour le législateur : « Dans le nombre de nos coutumes, il en est sans doute qui portent l'empreinte de notre première barbarie ; mais il en est aussi qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national et qui sont dignes des meilleurs temps. Nous n'avons renoncé qu'à celles dont l'esprit a disparu devant un autre esprit, dont la lettre n'est qu'une source journalière de controverses interminables, et qui répugnent autant à la raison qu'à nos mœurs » (*ibid.*).

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 »<sup>1</sup> ou « vrai droit naturel »<sup>2</sup>, qui a été ensuite rédigé et donc « fixé »<sup>3</sup>. L'effacement de la coutume a été si marqué qu'il est commun d'observer que, au XX<sup>e</sup> s., la loi est devenue la « source quasi-exclusive du droit »<sup>4</sup> — ce qui est peut-être vrai qualitativement mais est contestable en termes quantitatifs —. Tel serait le sens de la « vie du droit »<sup>5</sup> ; étant entendu, par ailleurs, que 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<sup>6</sup> —.

Ensuite, doivent être expliquées les spécificités de l'usage par rapport à la coutume. Cela est décisif dès lors qu'est considéré que le droit de la communication par internet connaît beaucoup d'usages mais peu de coutumes au sens strict.

## 2. La distinction de l'usage et de la coutume : une différence de degré mais non de nature

Le droit de la communication par internet correspond à un retour à une part importante de régulation par la coutume, sous la forme particulière du recours aux usages. Aussi faut-il préciser la distinction entre coutumes et usages, laquelle est très relative et repose, telle qu'elle se voit ici comprise, uniquement sur le problème 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. En revanche, de multiples usages régissent les communications par internet, étant donné que ceux-ci naissent plus spontanément, nécessitent de manière moins intense de posséder une origine ancienne et même historique. En somme, il y a entre la coutume et l'usage, qu'on peut regrouper sous l'appellation de « droit spontané »<sup>7</sup>, une différence de degré mais en aucune

<sup>1</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 317.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 64.

<sup>4</sup> H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique* 1951, p. 3.

<sup>5</sup> Réf. à J. HILAIRE, *La vie du droit – Coutumes et droit écrit*, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994.

<sup>6</sup> Cf. D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 56. L'auteur observe que « la permanence de l'esprit coutumier est certainement l'un des traits les plus frappants de la culture juridique du monde britannique, et qui, de nos jours, contribue le plus à son autonomie. [...] La coutume a de longue date été reconnue comme la matrice du droit anglais ». En Angleterre, jusqu'à la souveraineté du Parlement est une règle de *common law*, une règle coutumière, non fixée dans un quelconque texte mais néanmoins rigoureusement respectée par les tribunaux (É. PICARD, « Common law », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 240).

<sup>7</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002.

façon une différence de nature ; et la coutume et l'usage s'opposent à l'habitude qui a une portée individuelle quand ils revêtent une portée collective<sup>1</sup>.

Les usages sont 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 »<sup>2</sup>. Les usages participant du 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.

On remarque que la distinction entre usage et coutume est progressivement abandonnée par la doctrine qui, auparavant, dans la lignée de Génny, retenait qu'un usage n'est pas une règle de droit car il n'est pas obligatoire quand la coutume est juridique parce qu'obligatoire, la coutume est un usage obligatoire<sup>3</sup>. 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. En outre, est également 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<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Et la jurisprudence abonde en ce sens lorsqu'elle propose qu'un usage est un comportement « généralement suivi par tous ceux qui se trouvaient dans la même situation et avaient le même intérêt »<sup>6</sup>. 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.

Il est permis, en outre, de voir dans la coutume, du fait de la spontanéité qui la caractérise, un véritable droit « naturel ».

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford University Press, 1765, L. I, chap. 63 (cité par D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 56).

<sup>3</sup> M. HAURIU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> 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.

<sup>4</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, n° 389 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 330 ; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 180.

<sup>5</sup> V° « Usage », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige, 2007, p. 888.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> 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).

### 3. La définition de la coutume : un véritable droit « naturel »

Le Professeur Pascale Deumier définit la règle spontanée, catégorie à laquelle appartient la coutume — mais aussi 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 »<sup>1</sup>. Une norme coutumière émane directement, sans intermédiaire organique ou institutionnel aucun, de la pratique des destinataires de cette norme. 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<sup>2</sup> — ce qui l'oppose à la « norme délibérée » édictée par une autorité, qu'elle soit publique ou privée<sup>3</sup> — 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<sup>4</sup>, reposant sur des accoutumances et des imitations<sup>5</sup>, presque sur une conformation machinale. 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 »<sup>6</sup>. Elle apparaît de façon naturelle et progressive, insidieuse et impalpable, « inconsciente et somnambulique » disait Ihering<sup>7</sup>, 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.

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<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>. Et Les règles de droit

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 441.

<sup>2</sup> *Ibid.*, spéc. p. 105 et 202.

<sup>3</sup> *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.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 63.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2006, p. 99.

<sup>7</sup> Cité par J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 174.

<sup>8</sup> 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*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 102).

<sup>9</sup> Pour une analyse contraire, cf. G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313 (cité par P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 44).

spontané naissent de processus et non de procédures dès lors qu'elles apparaissent dans les faits<sup>1</sup>.

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 »<sup>2</sup>. Une règle coutumière se définit donc telle une règle née dans une société au terme d'une pratique spontanée et intuitive, adaptée aux besoins de cette société — ce qui explique pourquoi elle est spontanément suivie —<sup>3</sup> et qui est rendue impérative, au-delà de l'adhésion, par la pression du groupe<sup>4</sup>. Elle est une « pratique répétée depuis si longtemps que chacun est convaincu de son caractère obligatoire »<sup>5</sup>, ce qui intègre un élément psychologique (une *opinio juris* ou *opinio necessitatis*, un sentiment ou une conscience de l'obligation) dans la définition<sup>6</sup>, lequel n'est pas contradictoire avec le fait que la coutume soit, en soi, non obligatoire<sup>7</sup> — l'obligation est seulement implicite et subjective, comme le soulignait Hauriou<sup>8</sup> —. Existe ainsi une coutume 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<sup>9</sup> — étant précisé qu'il

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 21 s.

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 63.

<sup>3</sup> 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*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 102). Le Professeur René Sève propose une illustration très significative de l'apparition des coutumes : « Supposons, par exemple, toutes choses égales par ailleurs, qu'une population soit divisée en deux parties A et B dont l'une utilise une monnaie de fer et l'autre une monnaie de coquillage (ou roule à droite ou à gauche, ou utilise un standard x de téléchargement ou un standard y, x n'étant pas compatibles avec y). Lorsqu'un agent de A rencontre un agent de A, il peut commercer, ne pas ralentir, échanger un fichier, mais pas s'il est confronté à un agent de B. Il a donc au total 50 % de chances d'interagir. Mais supposons que, par une sorte de schisme sociologique, une minorité d'agents A se convertisse au standard B : les agents B conserveront leur pratique, puisque leur taux de réussite dépassera les 50 %, et les autres agents A, dont le taux est lui passé sous les 50 %, abandonneront progressivement la leur. Au final, une règle commune sera donc apparue sans autorité supérieure aux agents. Elle pourra être considérée comme juste puisque tout le monde profite également de la règle retenue et, dans cet exemple idyllique, l'a choisie "librement" » (R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 121-122). Ainsi naissent classiquement les coutumes, au beau milieu du corps social composé par ceux qui sont aussi les destinataires des normes ; et loin de l'État et de toute autorité supérieure. C'est de cette façon qu'apparaissent les usages régissant les activités internetiques : des modèles de comportement se sont progressivement imposés parce que leur respect profite à tous, par exemple en permettant aux internautes du monde entier de se comprendre.

<sup>4</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 112.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 329.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 158.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, 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).

<sup>9</sup> Par exemple, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 105 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 127 ; J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 159 ; G. TBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 693. A également été proposé que la « coutume juridique » serait celle qui est considérée comme

n'apparaît pas convaincant de dire qu'afficher ce second élément revient à « confondre l'effet et la cause »<sup>1</sup> —. 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 »<sup>2</sup>, d'une « mode juridique »<sup>3</sup> en quelque sorte. 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<sup>4</sup>. On retient à juste titre qu'une coutume est un « droit acquis par le temps et par le consensus populaire, et que le temps peut éteindre par désuétude »<sup>5</sup>. Et Bodin déjà 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 »<sup>6</sup>.

Cela étant dit, il devient aisé de caractériser l'usage comparativement à la coutume. Néanmoins, cette distinction reposant sur l'ancrage temporel prend nécessairement un tour stipulatif, un tour arbitraire. En effet, depuis que François Gény a initié la séparation de la coutume et de l'usage, la doctrine n'a eu de cesse de vouloir les discriminer, mais sans se mettre d'accord sur le critère de distinction à retenir<sup>7</sup>. 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 »<sup>8</sup>, retient une conception reposant sur le critère de la généralité du champ d'application<sup>9</sup>. Peut-être une approche pertinente consisterait-elle à allier ancienneté et généralité<sup>10</sup> ; 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.

---

obligatoire quand la « coutume non juridique » serait seulement considérée comme indicative (H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique* 1951, p. 24).

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 99.

<sup>2</sup> N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1419.

<sup>3</sup> 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 Carbonnier séparait strictement mode et coutume en retenant que « la mode est une imitation dans l'espace, la coutume une imitation dans le temps » (J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 159).

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 8.

<sup>5</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 318 ; également, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, n<sup>o</sup> 389.

<sup>6</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 74).

<sup>7</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 181.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>9</sup> *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 »).

<sup>10</sup> 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).



#### 4. La définition de l'usage : une norme coutumière en voie de consolidation

Un usage est une pratique revêtant certaines qualités : « continuité, fixité, notoriété, publicité, généralité, [...] rationalité, clarté, loyauté et une pince de licéité »<sup>1</sup>. L'usage répond à la même définition que la coutume et, notamment, est exigé, pour être en présence d'un usage, que les destinataires de la norme éprouvent un sentiment d'obligation<sup>2</sup>. La seule différence entre la coutume et l'usage est l'ancienneté, la durée de l'implantation temporelle<sup>3</sup> : un usage est en quelque sorte 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 préliteraire »<sup>4</sup>, ce qui implique que l'usage est plus fragile, qu'il se trouve dans une situation plus précaire que la coutume, qu'il n'est pas doté du même « prestige »<sup>5</sup> qu'elle. Plus la pratique 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. Puisque, ainsi que le soulignait Carbonnier, l'essentiel concernant la coutume est qu'elle est une construction du temps qu'il n'est pas possible de dater car elle trouve sa source dans une époque lointaine<sup>6</sup>, coutume et usage ne sauraient être entièrement confondus. La coutume peut aussi se comprendre comme une catégorie d'usage : elle est en ce sens un « usage prolongé »<sup>7</sup>. Mais mieux vaut retenir simplement qu'un usage s'inscrit dans un temps court quand une coutume s'inscrit dans un temps long.

Partant, à l'intérieur du droit de la communication par internet, il se trouve 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 »<sup>8</sup>, ne trouvant plus

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 99.

<sup>3</sup> A pu être proposé de séparer « coutumes sages », c'est-à-dire anciennes, et « coutumes sauvages », c'est-à-dire récentes (R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges Charles ROUSSEAU*, Pedone, 1974, p. 75 s.).

<sup>4</sup> J. CARBONNIER (cité par R. VERDIER, « Le droit au singulier et au pluriel – Juridicité et cultures juridiques », *Droits* 1990, n° 11, p. 75).

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 190 (qui évoque le « prestige inhérent à la coutume »).

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 89.

<sup>7</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 126.

<sup>8</sup> B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Puf, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 47 (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. 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 (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. 398)).

nécessairement leurs origines en des temps immémoriaux<sup>1</sup>. Pour qu'une coutume soit une réalité, il serait suffisant d'observer une évasive « répétition suffisante »<sup>2</sup>. Peut-être faut-il comprendre que, en matière de création du droit par la pratique, par le fait, les usages tendent à subroger les coutumes. Le Professeur Jean-Marie Carbasse invite à distinguer précisément coutume et usage — notamment en inscrivant la coutume dans le domaine du droit et l'usage dans le domaine du fait (« une coutume est un usage juridique ») —<sup>3</sup>, mais, parmi les présentes pages, il ne paraît pas utile de davantage spécifier l'une et l'autre et de voir plus de différences entre l'une et l'autre. Mieux vaut se contenter de retenir, en dernière analyse, que la place importante de l'usage dans la branche du droit qu'est le droit de la communication par internet correspond à une place importante des règles d'essence coutumière<sup>4</sup>, cela tout en préférant le terme « usage » à celui de « coutume ». Si les notions d'usage et de coutume ont sensiblement évolué comparativement à ce qu'elles signifiaient à leurs origines<sup>5</sup>, si la question des coutumes est peut-être l'une des plus difficiles de l'histoire du droit<sup>6</sup>, et si des auteurs tels qu'Hauriou envisageaient surtout des coutumes d'origine publique, en particulier à travers la jurisprudence<sup>7</sup> — mais aussi à travers les adages ou les principes généraux du droit —, il ne paraît pas nécessaire de discuter plus avant les définitions respectives de la coutume et de l'usage.

Il faut, en revanche, insister sur la place cardinale qu'occupent les usages — et donc la coutume au sens large — au sein du droit de la communication par internet. Cela est important tant le droit spontané a connu jusqu'à présent un constant recul, à tel point que dans beaucoup de branches du droit il aurait entièrement disparu. « 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 »<sup>8</sup>. 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

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 122 et 126.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>3</sup> J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 326.

<sup>4</sup> Il n'est pas lieu de s'élever contre l'affirmation selon laquelle « toutes les tentatives en vue d'établir qu'il y aurait [dans la coutume et l'usage] deux notions distinctes ont sombré dans d'inutiles subtilités » (Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 98).

<sup>5</sup> Cf. L. ASSIER-ANDRIEU, « Coutumes et usages », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 318 (qui explique, notamment, que, au Moyen Âge, une coutume est une redevance seigneuriale et une « suite d'actions qui, répétées souvent, donnent l'habitude de les faire ». On « crie coutume » pour exiger le paiement d'une dette et un « coutumier » est tantôt « celui qui lève le droit appelé coutume », tantôt celui qui est assujéti au « droit de coutume ». Quant à l'usage, il est alors une « prestation due en vertu de la coutume » et un « droit d'utiliser » un bois ou un pâturage. Et l'usager est tantôt celui qui utilise, tantôt celui qui a le droit d'utiliser, et tantôt celui qui est soumis à la taxe qui conditionne le droit d'user et le fait d'exercer ce droit).

<sup>6</sup> J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 326.

<sup>7</sup> Par exemple, M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 28.

<sup>8</sup> J.-L. SOURIOUX, « “Sources du droit” en droit privé », *Arch. phil. droit* 1982, p. 35.

apparaissent dans les sociétés contemporaines, morcelées et changeantes<sup>1</sup>. En outre, si une coutume est un usage parvenu à perdurer dans le temps, il y a nécessairement une « supériorité numérique écrasante » des usages sur les coutumes *stricto sensu*<sup>2</sup>. Cela se vérifie tout spécialement à l'échelle du droit de la communication par internet, où s'observe la réapparition du droit spontané, de la coutume *lato sensu* dans le jeu du droit.

## 5. 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<sup>3</sup>. Plus encore, les coutumes et, dans une moindre mesure, les usages sont capables de participer très largement de 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>, selon lequel il n'y aurait plus que quelques tribus qui demeureraient des sociétés coutumières<sup>6</sup>. En tout cas les usages, eux, revêtent-ils encore parfois, y compris au sein de sociétés très étatisées, une place première, ce qui, si les usages peuvent se comprendre comme des constructions coutumières, implique que la coutume ne soit nullement une source asséchée du droit. En matière de droit de la communication par internet, cela se traduit avant tout par l'importance prise par la « *lex electronica* ». Et cela amène à contredire Hauriou qui enseignait que la coutume serait « socialement anachronique » car « elle s'appuie sur le passé » quand la loi serait plus adaptée à l'« esprit de la civilisation moderne » et tournée vers l'avenir<sup>7</sup>. Le succès de la régulation par les usages semble au contraire s'expliquer par sa plus grande adaptabilité et conformité aux attentes des destinataires des normes comparativement au droit écrit étatique. Gény ne disait pas autre chose lorsqu'il notait que l'absence de caractère formel de la coutume lui permet d'être la seule source à créer un droit en

---

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 191.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 24 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 64).

<sup>4</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804.

<sup>5</sup> 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, *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. 421).

<sup>6</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 110.

<sup>7</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 622.

constante adaptation aux besoins de la société<sup>1</sup>. Paradoxalement, le droit de demain pourrait bien correspondre à un retour sur le devant de la scène de la coutume<sup>2</sup>, mais uniquement sous la forme particulière de l'usage.

## 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. « 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 »<sup>3</sup>. Et 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 »<sup>4</sup>, ne pouvant que donner lieu à des règles « pernicieuses, insensées [...] et nuisibles »<sup>5</sup> et faisant courir le 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 »<sup>6</sup>. Elles 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 émergents, tâtonnants et hésitants »<sup>7</sup>. Il semble cependant, ainsi qu'en témoigne 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 (1), témoigne tout spécialement de l'originalité du droit de la communication par internet (2).

### 1. 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

<sup>1</sup> Cf. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919.

<sup>2</sup> Cf. L. CHASSOT, « Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé ? », *Les cahiers de la justice* 2011, p. 89 s.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 192.

<sup>4</sup> 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*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 55).

<sup>5</sup> *Ibid.* (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 55).

<sup>6</sup> *Ibid.* (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 329).

<sup>7</sup> 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 », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 322).

classique « *lex mercatoria* », ensemble des usages régissant le commerce transnational, 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<sup>1</sup>. Et ces usages constitutifs de la « *lex mercatoria* » sont souvent codifiés, mais de manière totalement privée<sup>2</sup>. Il s'agit alors d'un droit corporatif<sup>3</sup>, autonome et décentralisé — situé entre les droits internes et le droit international —<sup>4</sup>, 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, résident en des usages et non en des lois<sup>5</sup>. La « *lex mercatoria* » est qualifiée de « parfait exemple d'élaboration au niveau international d'un droit anational, uniformisé et spontané »<sup>6</sup>. Peut-être peut-il en aller 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<sup>7</sup>, y compris quant à des questions que les États qualifieraient « d'ordre public »<sup>8</sup>. Le point commun entre l'une et l'autre est qu'elles sont formées à base d'usages ou de coutumes, à base de droit spontané, et qu'elles

<sup>1</sup> Cf. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, 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.

<sup>2</sup> D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 934.

<sup>3</sup> Par exemple, M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, 1928.

<sup>4</sup> 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 (qui explique qu'« au niveau étatique, le couperet de l'exequatur permet de contester la souveraineté de l'ordre économique, [et qu'] au niveau supranational, la [*lex mercatoria* ou *electronica*] est insérée dans un système économique international (le droit économique) qui peut partiellement maîtriser ses penchants »).

<sup>5</sup> J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits* 1990, n° 12, p. 8.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Il est toutefois de nombreux auteurs qui définissent la « *lex electronica* » comme l'« ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique » (K. BENYEKHELF, 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. BENYEKHELF, V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *Lex Electronica* 1997, n° 5, 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).

<sup>8</sup> J.-Ch. GALLOUX, « Libres propos pour une *lex cybernautica* », [en ligne] <celog.fr>, 2001, p. 3.

tendent à constituer un « tiers droit »<sup>1</sup> ou « tiers ordre juridique »<sup>2</sup>, un véritable « droit sans l'État »<sup>3</sup>.

Surtout, cette « *lex electronica* » est une illustration particulièrement significative du particularisme du droit de la communication par internet, incomparable au droit de la communication audiovisuelle ou au droit des réseaux de communications électroniques.

## 2. 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 »<sup>4</sup>. Si le fait que des coutumes encadrent l'internet est contestable, il semble, en revanche, que la présence de nombreux usages soit désormais largement attestée. Et ceux-ci 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 »<sup>5</sup>, de l'avènement d'un droit « hétéroarchique », de « domination sans maître » ou « polycentrique »<sup>6</sup> 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 »<sup>7</sup>.

L'inadaptation des législations étatiques et internationales est généralement présentée comme le facteur essentiel de l'apparition des règles de la « *lex mercatoria* »<sup>8</sup>. 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* » est le fruit de l'« abstention ou incapacité présumée de l'État à exercer ses fonctions normatives dans un contexte de mondialisation »<sup>9</sup>.

---

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

<sup>2</sup> Réf. à A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53 s.

<sup>3</sup> Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007.

<sup>4</sup> V. PIRONON, « L'Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.* 3 nov. 2007, p. 13.

<sup>5</sup> 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 ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 111).

<sup>6</sup> 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. 174.

<sup>7</sup> 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 ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 111).

<sup>8</sup> D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 934.

<sup>9</sup> 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.

Si la « *lex electronica* » « semble bénéficier du vent de l'histoire »<sup>1</sup>, c'est également le cas des différentes formes de réglementation 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 du « 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 »<sup>2</sup> ou à celle du « *law shopping* » ou « *law forum* » — ; ce succès se perçoit plus aisément dans les règlements privés que dans les usages, car ces premiers sont mieux que ces seconds accessibles, recensables et étudiables.

---

<sup>1</sup> 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. 174.

<sup>2</sup> 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.

## Section 2

### La singularité des règlements privés

*Cette seconde section intègre un titre dont l'objet est de présenter les spécificités des sources privées du droit de la communication par internet. Pareille entreprise doit permettre de concevoir en quoi et dans quelle mesure lesdites sources privées témoignent de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Précédemment, ont déjà été envisagés les usages privés. Il s'agit à présent de s'intéresser, avec un soin tout particulier tant ils sont peut-être les actes normatifs les plus symboliques et remarquables, à bien des égards, du droit baroque de l'avenir, aux règlements privés. Restera ensuite à interroger les sources privées de normes à portée individuelle, soit les contrats privés et les jugements 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 »<sup>1</sup>, ou encore qu'ils se situent « à mi-chemin entre la convention et l'usage »<sup>2</sup>. 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).

---

<sup>1</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 23.

<sup>2</sup> *Ibid.*



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

L'expression « règlements privés »<sup>1</sup> 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 supposer, reposent principalement sur *des mécanismes de nature contractuelle* — il s'agit de normes générales intégrées au sein de conventions particulières<sup>2</sup> —. Aussi est-il difficile d'être synthétique lorsque sont envisagés ces codes — ou « codes », entre guillemets, car cette appellation serait « impropre »<sup>3</sup> — 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 »<sup>4</sup>. Mais tous se rejoignent en ce qu'ils doivent être considérés comme juridiques, comme participant de la « vie privée du droit »<sup>5</sup> et donc comme constituant une source (ou des sources) du droit de la communication par internet<sup>6</sup>. Et tous se rejoignent en ce qu'ils invitent

<sup>1</sup> Les institutions publiques peuvent bien sûr édicter des règlements elles-aussi, mais également des codes de conduite et autres chartes ou guides. Sur ce point, déjà M. VIRALLY, « Les codes de conduite : pourquoi faire ? », in J. TOUSCOZ, dir., *Transferts de technologie – Sociétés transnationales et nouvel ordre international*, Puf, 1978, p. 209 s.

<sup>2</sup> 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*, 9<sup>e</sup> 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).

<sup>3</sup> 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*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007, n° 222 (cité par G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 39)) et donc du droit d'origine étatique, l'« esprit de méthode appliqué à la législation » (F. PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification*, 1844, p. IV (cité par G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 39)). La codification et les codes devraient ainsi appartenir au domaine réservé de l'État et du législateur.

<sup>4</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 73.

<sup>5</sup> Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, repère 4.

<sup>6</sup> Par exemple, il n'est pas lieu de les intégrer dans une « déontologie » qui s'opposerait au droit (pour une analyse contraire, cf. E. DERIEUX, A. GRANCHET, *Réseaux sociaux en ligne – Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, coll. Axe droit, 2013). Il est remarquable que le site web de l'ARPP distingue deux sous-onglets dans l'onglet « Règles » : « Droit » et « Déontologie », ce qui sous-entend que la déontologie n'est pas du droit, sous-entendu qu'il faut ici dénoncer et non accepter, comme il ne faut pas accepter l'idée que « les règles de bonnes pratiques sont antinomiques avec la notion de règle de droit » (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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, 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. Il n'est pas davantage lieu de les comprendre parmi les « normativités alternatives au droit » (pour une analyse contraire, cf. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE

peut-être les juristes, spécialement ceux des universités, à remettre en cause leurs fondamentaux, car les règlements d'origine privée sont « un problème pour le droit et non l'inverse »<sup>1</sup>.

Tandis que la qualité de source du droit de la coutume est largement acceptée, il en va différemment concernant les règlements privés et c'est peut-être l'un des aspects originaux de cette thèse que de les placer au même niveau que les textes juridiques d'origine publique. Si, en tant qu'actes normatifs servant la régulation sociale, il se trouve de tels règlements depuis fort longtemps — quoiqu'ils prolifèrent surtout à l'ère de la « gouvernance mondiale »<sup>2</sup> et du « droit global »<sup>3</sup> —, en tant qu'*actes juridiques servant la régulation juridique*, ils ne sont envisagés que depuis quelques années, et toujours par une doctrine semble-t-il minoritaire<sup>4</sup>. Mais il n'est plus lieu, en ces lignes, de chercher à justifier l'intégration des normes et actes normatifs privés au sein de l'étude ainsi que l'« élargissement du droit par l'élargissement de ses origines »<sup>5</sup>.

Ce qui caractérise, notamment, les règlements privés dans le domaine de la « gouvernance de l'internet », c'est *leur force normative*, c'est-à-dire *leur force obligatoire en faits* (1). Ensuite, alors qu'ils s'attachent à des contenus normatifs divers mais ordinaires (2), leurs qualités intrinsèques leur garantissent un certain succès (3) — d'autant plus lorsqu'ils jouissent d'une paradoxale *valeur contractuelle* (4) —, si bien qu'ils peuvent éventuellement être perçus tels les actes normatifs symboliques du droit de demain que serait le droit de la communication par internet (5).

## 1. 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. Et, lorsque des usages sont codifiés, les normes en cause se dédoublent, ayant à la fois une existence en tant qu'usages et une existence en tant que code. Puisqu'ils apparaissent au moment de leur édicition 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. Néanmoins, il apparaît que leur « force de séduction » est très

---

KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 3 : Normativités concurrentes*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013) ou de soutenir qu'ils n'ont qu'une valeur morale tout en opposant droit et morale (pour une analyse contraire, cf. Ph. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983, p. 346).

<sup>1</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012, p. 25.

<sup>2</sup> Par exemple, R. CANET, A. VEILLEUX, « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in R. CANET, J. DUCHASTEL, dir., *La régulation néolibérale : crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2004.

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

<sup>4</sup> Cf., en particulier, G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 151 s.

<sup>5</sup> A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989, p. 10.

souvent importante<sup>1</sup> et qu'elle est spontanée, immédiate, spécialement car les destinataires des normes contenues dans ces actes y consentent généralement *a priori*, les avantages tirés de leur présence 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 »<sup>2</sup> — comme le sont les normes étatique incitatives, non obligatoires<sup>3</sup> — ou bien encore de droit « doux »<sup>4</sup>, « vert »<sup>5</sup> ou « à l'état gazeux »<sup>6</sup>. Ce sont surtout les récepteurs-destinataires des normes privées qui contribuent à les ériger en véritables règles impératives<sup>7</sup>, étant entendu que, en soi, elles sont déclaratives, elles « sont persuasion plutôt qu'obligation »<sup>8</sup>, « volontaires et consenties mais non obligatoires »<sup>9</sup>. En cela, les règlements privés rejoignent les usages : ils sont empreints d'une force obligatoire ressentie — et ils comportent des normes au mode impératif, ils « adoptent la présentation des textes législatifs ou réglementaires »<sup>10</sup> — plus que d'une force obligatoire « officielle », liée à une véritable sanctionnabilité.

La doctrine comme la jurisprudence distingue 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<sup>11</sup> 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. Aussi, comme toutes les normes d'origine privée, les normes attachées aux règlements privés dégagent-elles une force factuelle (une force normative) plus qu'une force juridique, ainsi que l'indiquerait peut-être le recours à l'échelle de juridicité. 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 des considérations liées à la compétitivité, à l'image de marque et à la publicité ou à l'intégration

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Par exemple, É. LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica* 2000, n° 6.

<sup>3</sup> En ce sens, EDCE 2013, *Le droit souple* ; P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 89.

<sup>4</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599. Selon l'auteur, le droit souple est le droit sans sanction, le droit mou est le droit sans obligation et le droit flou est le droit sans précision.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> EDCE 1991, *De la sécurité juridique* (cité par 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).

<sup>7</sup> C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 107. L'auteur souligne que « l'absence de réception par leurs destinataires relègue ces instruments en dehors de la sphère juridique ».

<sup>8</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 75.

<sup>9</sup> P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, p. 247.

<sup>10</sup> Ph. AMBLARD, *Régulation de l'internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 110.

<sup>11</sup> Cf. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 341.

d'un groupe<sup>1</sup>, autant d'éléments qui sont indifférents à la qualité juridique de ce code — la force pratique est à l'être ce que la force juridique est au devoir-être —. 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 »<sup>2</sup>. L'important, en ces lignes, est que les règlements privés soient dotés d'une puissante force régulatrice et que, en cela, ils viennent concurrencer l'État dans son rôle d'encadrement des conduites et des pratiques.

Ensuite, ces règlements privés peuvent présenter des visages fort divers.

## 2. Le contenu normatif des règlements privés

Les codes de bonne conduite, dont les ancêtres sont les codes d'honneur chevaleresques et les chartes de l'économie marchande du Moyen Âge<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>. 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. Quant aux chartes, elles sont classiquement des « documents définissant solennellement des droits et des devoirs »<sup>5</sup>, ce qui permet d'englober nombre de textes privés. Toutefois, présentement, il n'est pas nécessaire de retenir des acceptions précises de ces termes dont les significations se recouvrent largement et qui, *de facto*, désignent des textes disparates et sont utilisés dans des situations très variables. L'expression générique « règlement privé » est 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<sup>6</sup>. Les normes qu'il porte peuvent être d'ordre technique autant que d'ordre éthique et moral, peuvent

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Ch. JUBAULT, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 29. L'auteur observe que l'essor des codes de conduite privés ne date que des années 1990 et qu'il a été initié, étonnamment, par les entreprises du secteur textile.

<sup>4</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 164 ; A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

<sup>5</sup> V° « Charte », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige, 2007, p. 140. Cf., notamment, G. KOUBI, « La notion de “charte” : fragilisation de la règle de droit ? », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 165 s.

<sup>6</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 77.

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 »<sup>1</sup>, d'instaurer des règles de fonctionnement applicables aux membres du groupement en cause ou, plus fortement, de créer des règles éthiques ou déontologiques sensées instaurer une relation de confiance, par exemple entre professionnels et consommateurs ou utilisateurs. 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.

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<sup>2</sup>. D'ailleurs, il semble qu'une part importante de ces règles soient seulement incitatives et non impératives. 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 »<sup>3</sup>. Il est topique des phénomènes dits d'« autorégulation » ou « autoréglementation »<sup>4</sup>, 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 (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.

### 3. 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

---

<sup>1</sup> P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 139.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 772.

<sup>4</sup> P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, 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 ».

claire ; [...] complet et concis ; [...] contrôlé constamment et révisé régulièrement »<sup>1</sup> ; autant de qualités — auxquelles il faut ajouter la flexibilité et la proximité<sup>2</sup>, ainsi que la simplicité<sup>3</sup> — qui paraissent difficilement accessibles aux textes législatifs. De plus, le code privé se voit caractérisé en tant qu' « ensemble de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient »<sup>4</sup>, ce qui implique qu'il est un instrument de production souple du droit, là où la loi de l'État apparaît excessivement rigide et intangible, complexe et fastidieuse dans son mode d'élaboration. D'aucuns commentateurs estiment 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<sup>5</sup>, toute édicition 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 ainsi perçus telles des menaces contre lesquelles il faudrait lutter.

Mais il arrive aussi que les règlements privés aient pour fonction de donner force normative aux dispositions légales en les retranscrivant afin de les imposer à leurs destinataires<sup>6</sup> — ce qui est le gage d'une efficacité supérieure à celle qui découle de la soumission automatique et passive à la loi<sup>7</sup> —, qu'ils comportent des dispositions interprétatives des textes de loi sensées permettre leur meilleure application<sup>8</sup> ou qu'ils contiennent des normes plus

<sup>1</sup> 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. 27.

<sup>2</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 75.

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

<sup>4</sup> G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

<sup>5</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 14.

<sup>6</sup> Par exemple, dans le premier paragraphe du code de conduite de l'UFMD, intitulé « Collecte et utilisation de coordonnées électronique 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 », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 138), chiffre commenté en ces termes : « 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.*).

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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

exigeantes que les normes légales<sup>1</sup>, 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, par exemple dès lors que, en matière de cybercontrefaçon, 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<sup>2</sup>. Il est pourtant douteux que l'auto-organisation soit préférable à l'organisation par l'État et un auteur remarque que « la promotion des [codes privés] est étrangère à la vertu »<sup>3</sup> ; mais il n'est pas temps d'entamer cette discussion.

Pour l'heure, peut encore être souligné combien 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.

#### 4. La valeur contractuelle de certains règlements privés

Quant au milieu internetique, les règlements privés se retrouvent dans le cadre économique et dans le cadre professionnel, ce qui est relativement habituel, 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 »<sup>4</sup>. Les normes régulatrices issues de l'autoréglementation constituent alors de véritables contrats d'adhésion auxquels il est parfois impossible de ne pas se soumettre, en cas de situation de dépendance (une personne ou une organisation dispose d'un contrôle ou

---

qu'il faut entendre par « analogues ». Le code du SNCD (« Code de déontologie de la communication directe électronique », [en ligne] <[www.fevad.com](http://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. Un exemple est donné : si une personne achète un DVD, il sera possible de lui proposer d'acheter un lecteur de DVD. 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 ». Cet organisme propose l'exemple d'une personne qui achèterait un livre sur un site web proposant une grande diversité de produits culturels et qui pourrait dès lors s'attendre à recevoir des messages de prospection pour les autres produits culturels que vend cette enseigne. Les professionnels, grâce à ces codes, disposent donc d'interprétations de cette notion qui n'est pas nécessairement évidente à appréhender et disposent aussi d'exemples concrets permettant de la mieux saisir (A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40).

<sup>1</sup> 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 », *CDE* 2008, n° 4, p. 40).

<sup>2</sup> A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *D.* 2011, p. 1773.

<sup>3</sup> Ch. JUBAULT, « Les "codes de conduite privés" », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 29.

<sup>4</sup> Fevad, « Code déontologique de la FEVAD », [en ligne] <[www.fevad.com](http://www.fevad.com)>.

d'un monopole sur une facilité essentielle dont d'autres veulent profiter), situation de dépendance qui est très fréquente en matière de communication par internet<sup>1</sup>. Ces dispositions possèdent, si ce n'est une réelle force juridique, du moins une réelle force normative. Elles acquièrent peut-être force juridique et 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<sup>2</sup>, ou par la loi<sup>3</sup>, ce qui est de plus en plus souvent le cas<sup>4</sup>. Il faut donc distinguer les règlements privés qui ont valeur contractuelle, et qui peuvent par conséquent être accompagnés d'une sanction en droit, des règlements privés qui n'ont toujours qu'une valeur déclarative ou indicative, spécialement aux yeux des tribunaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

<sup>3</sup> 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 ».

<sup>4</sup> 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. 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] promeut les chartes et codes de bonne conduite » (TGI Paris, 3<sup>e</sup> 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, 15<sup>e</sup> ch., 11 déc. 2009, *Groupement des brocanteurs de Saleya et autres c/ eBay Inc.*).

<sup>5</sup> 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, 4<sup>e</sup> 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 », *CDE* 2008, n° 4, p. 40).



Ce n'est que dans certains cas, non systématiquement, que « les codes de conduite ont une valeur juridique apparentée à l'usage »<sup>1</sup>, car ils ont souvent valeur contractuelle<sup>2</sup>. 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 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<sup>3</sup>. 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 s'y conformant pour la plupart, cela est le résultat d'une force normative, c'est-à-dire d'une force de fait, qui dépasse largement la force juridique<sup>4</sup> — seulement, en la présente thèse, qui laisse de côté la théorie du droit, forces normative et juridique tendent-elles à se rejoindre, jusqu'à se confondre —. Ensuite, puisque, « contrairement à la vie publique du droit qui bénéficie de la force attachée à une loi publiée au Journal officiel ou à l'autorité de la chose jugée, les règles issues de la vie privée du droit doivent conquérir leur opposabilité afin d'être utiles »<sup>5</sup>, les règlements privés dont il est ici question sont généralement ceux qui sont efficaces et qui donc revêtent une importance en pratique. Il existe ainsi en matière de « vie privée du droit » une sélection naturelle à laquelle

---

<sup>1</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 151. L'auteur n'accorde d'utilité aux règlements privés que dans le cadre de l'article 1135 du Code civil selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

<sup>2</sup> Ch. JUBAULT, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37.

<sup>3</sup> 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 (« Conditions d'adhésion à la Fevad » (cité par A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40)). 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.

<sup>4</sup> C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 107.

<sup>5</sup> Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, repère 4.

échappe la « vie publique du droit » — de laquelle participent certains actes juridiques pourtant devenus depuis longtemps obsolètes —.

Enfin, reste à observer combien les règlements privés, spécialement ceux qui se retrouvent parmi le droit de la communication par internet, sont symptomatiques du droit transnational. En cela résiderait tout l'intérêt de leur examen : le droit de la communication par internet témoigne du droit transnational de demain ; les sources du droit de la communication par internet témoignent des sources du droit transnational de demain.

## 5. 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* »<sup>1</sup> et les symboles du droit « global »<sup>2</sup>, du « déclin du droit »<sup>3</sup>, de la « privatisation de la production normative »<sup>4</sup>, de la « gouvernance »<sup>5</sup> et du « droit transnational ou a-national du commerce produit par les seuls acteurs économiques »<sup>6</sup>. Il semble fort que ces règlements privés soient également symptomatiques du droit de la communication par internet, lequel est substantiellement produit par des acteurs privés. Depuis la publication par l'ISOC, en janvier 1989, de l'un des premiers codes de conduite propres aux activités par l'internet (la « Netiquette »)<sup>7</sup>, les actes normatifs privés à portée générale n'ont cessé de gagner en

<sup>1</sup> K. BENYEKHELEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 374.

<sup>2</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2012.

<sup>3</sup> Réf. à G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949 ; Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G* 2010, p. 1292.

<sup>4</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 239.

<sup>5</sup> N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015.

<sup>6</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une “privatisation” du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 14 et 34 ; également, Ph. AMBLARD, *Régulation de l'internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), 2004.

<sup>7</sup> K. BENYEKHELEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, 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, *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. 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 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

importance, même lorsque les États ont décidé de prendre en mains ces activités. Aussi constate-t-on qu'ils « pullulent »<sup>1</sup> et de multiples illustrations pourraient-elles être proposées<sup>2</sup>.

---

empêché l'État de Singapour d'intégrer ce texte dans son corpus réglementaire 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.

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 387.

<sup>2</sup> 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 – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, 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 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 Responsible 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 – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, 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

Déjà en 2001 était observé que « les codes de conduite sectoriels fleurissent sur l'internet »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Aux yeux des auteurs de pareilles réflexions sur la régulation de la communication par internet, le règlement privé apparaît logiquement comme étant l'acte normatif idéal.

Le droit transnational est décrit en ces termes :

*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'adopter, 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 aussi bien des codes établis par les États ou les organisations internationales que 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 », si l'on m'autorise ce néologisme, où les normes surgissent de toutes parts, proclamées par de multiples législateurs improvisés, publics ou privés. [...] Cette situation affecte bien évidemment les interactions sur la scène globale, où certains acteurs tentent de définir, modifier ou stabiliser les « règles du jeu » dans le cours même de leurs relations. Elle présente quelque ressemblance avec cette norme très particulière du jeu d'échecs décrite par Wittgenstein dans ses Investigations philosophiques, dans laquelle chaque joueur dispose à son tour du choix soit de jouer un coup, soit de modifier une règle. Bien entendu, cette démultiplication extrême du droit nuit à son efficacité. Comme l'exprime justement Wittgenstein [...] : « Suivre une règle, c'est suivre la même règle ». Si chacun suit sa propre règle, cela revient en pratique au même que s'il n'y avait pas de règle du tout.<sup>3</sup>*

Peut-être le droit de la communication par internet répond-il très bien à cette description et est-il un parangon du droit transnational. Dès lors, il est aisé de comprendre combien les enjeux, en la matière, sont grands, tant pour le droit que pour l'État, et combien le

---

aux mal-voyants, contenus libres...) de Wikipedia, les chartes de cyberjournalisme (cf. J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 97) etc.

<sup>1</sup> 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. 529.

<sup>2</sup> D. CLARK (premier président de l'*Interactive Advertising Bureau* (IAB) ; cité par Ch. HUITEMA, *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, 1995, p. 80).

<sup>3</sup> 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. 37-38.

développement des règlements privés participe de l'affirmation de ces enjeux et invite à y répondre prestement, donc à y consacrer toute son attention.

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

Doivent être distingués les règlements privés qui relèvent de *l'autorégulation* (1) et les règlements privés qui relèvent de *la corégulation* (2). Les enseignements à tirer du développement des uns ou des autres s'avèrent fort différents.

### **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).

#### **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 » (α), il s'agira d'observer quelques-uns des nombreux exemples d'un tel droit que comporte le droit de la communication par internet (β).

##### **α. La catégorie du droit corporatif**

Dans le chapitre intitulé « Les sources du droit » de son *Traité élémentaire de droit civil*, Planiol recensait, aux côtés de la loi, la coutume et la jurisprudence, les règles corporatives, ces dernières se spécifiant par le fait qu'elles émanent d'un groupement particulier et non de la société globale<sup>1</sup>. Alors qu'elle a été défendue en particulier par Santi Romano, ce sont notamment les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove qui ont, récemment, remis sur le devant de la scène doctrinale cette notion, définissant les « règles corporatives » comme les « règles édictées par un groupement privé pour ses membres [qui] forment un système juridique distinct de l'ordre juridique étatique, système qu'on peut qualifier de “droit

---

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

corporatif»<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Il peut être primaire, c'est-à-dire négocié car correspondant aux statuts de l'association, ou 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 et des communications par 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. 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<sup>3</sup>. Ce droit s'avère ainsi puissant en termes de force normative et fréquemment capable de concurrencer le droit étatique.

Il convient d'en présenter quelques illustrations concrètes.

## β. 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 réglementaire élaboré par la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) : les entreprises de vente par correspondance qui adhèrent à cette fédération, dont nombre sont des acteurs du e-commerce<sup>4</sup>, 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 « intervient auprès des autorités compétentes chaque fois que les intérêts de la profession ou la compétitivité des entreprises sont en jeu »<sup>5</sup>. Surtout, elle élabore un corpus normatif très fourni qui régit de manière non exclusive et exhaustive mais néanmoins cardinale les activités de ses membres. Ainsi le droit corporatif émanant de la FEVAD comprend-il, par exemple, un « Code professionnel » et une « Charte de qualité » depuis 1996.

---

<sup>1</sup> 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. 188-189 ; également, 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. 41.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 »).

<sup>5</sup> [en ligne] <fevad.com>.

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. 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 »<sup>1</sup>. Ainsi cette association impose-t-elle une multitude de normes à ses membres (netiquette, confidentialité, protection des mineurs etc.), cela dans quatre domaines précis : les réseaux, l'hébergement, l'accès, les services immatériels<sup>2</sup>. 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. 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<sup>3</sup>.

Ce ne sont bien sûr là que quelques exemples parmi beaucoup. Pourraient encore être cités le Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)<sup>4</sup>, la Fédération française des télécoms<sup>5</sup> — qui, toutefois, 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 — et, surtout, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)<sup>6</sup>, laquelle est peut-être à l'origine du droit corporatif le plus abouti. Les professionnels de la publicité — parmi lesquels, cependant, les acteurs de la communication par internet ne sont guère majoritaires — 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 »<sup>7</sup>. Ainsi l'ARPP est-elle l'auteur de six recommandations générales sur la

<sup>1</sup> [en ligne] <afa-France.com>.

<sup>2</sup> *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.

<sup>3</sup> [en ligne] <aproged.org>.

<sup>4</sup> 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 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>).

<sup>5</sup> 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>).

<sup>6</sup> 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>).

<sup>7</sup> [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

publicité<sup>1</sup>, de neuf recommandations thématiques<sup>2</sup> et de vingt-cinq recommandations sectorielles<sup>3</sup>.

Enfin, au niveau transnational, l'action de la Chambre de commerce internationale est à souligner. 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. Cependant, à l'instar de la situation au niveau de l'ARPP, les règles applicables aux activités internetiques ne comptent que pour une part relativement fine dans l'action de la Chambre. Il n'en demeure pas moins que cette dernière développe depuis de nombreuses années des instruments en matière d'autorégulation du commerce électronique. Sa première initiative date de 1988, avec l'élaboration des règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission<sup>4</sup>. 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 à la *common law* devant uniformiser le cadre normatif dans les domaines des autorités de certification, de la cryptographie à clé publique et de la signature électronique<sup>5</sup>. Et est encore

---

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 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>).

<sup>1</sup> Il s'agit des recommandations « Attestations », « Études de marché et d'opinion », « Identification de la publicité », « Mentions et renvois », « Publicité de prix » et « Vocabulaire publicitaire ».

<sup>2</sup> Ces recommandations sont les suivantes : « 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 ».

<sup>3</sup> Se trouvent, par exemple, parmi celles-ci les recommandations « Jeux d'argent », « Automobile », « Produits cosmétiques », « Produits pour l'horticulture et l'entretien des jardins » et « Sciences occultes ».

<sup>4</sup> K. SEFFAR, K. BENYEKHLEF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 374.

<sup>5</sup> *Ibid.*



remarquable l'édition des « e-terms », lesquels visent à favoriser l'utilisation par les entreprises de clauses modèles pour leurs contrats électroniques B2B<sup>1</sup>.

Ensuite, beaucoup des normes applicables aux communications par internet consacrées au travers des règlements privés sont des normes à finalité technique. Or, ainsi que cela sera expliqué au sein de prochains paragraphes, 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, relativement original de voir dans les normes techniques des règles de droit et donc de les inclure au sein d'une étude juridique ( $\alpha$ ). 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 ( $\beta$ ).

### $\alpha$ . La norme technique comme norme juridique

Une norme technique — qui peut avoir une origine publique comme une origine privée<sup>2</sup> — désigne une caractéristique technique ou technologique qu'il faut respecter afin qu'un équipement technique ou technologique fonctionne. La gamme des normes techniques est très large, allant de la taille d'une pièce exprimée en millimètres au matériau à utiliser, en passant par le code informatique à appliquer et par les protocoles de communication — lesquels gouvernent le réseau internet —. Contre les nombreux auteurs qui n'y voient que des phénomènes extérieurs au monde du droit<sup>3</sup>, est, en cette thèse, soutenu que les normes techniques seraient juridiques et que, partant, elles feraient entièrement partie du droit de la communication par internet et doivent donc être intégrées au sein de l'étude<sup>4</sup>. Ainsi que le lecteur ne l'ignore désormais plus, il n'est ici pas permis d'accepter l'idée que les normes

---

<sup>1</sup> Comme les « Incoterms » pour le commerce traditionnel, ces termes standardisés sont conçus pour devenir le standard international en matière de commerce électronique (*ibid.*).

<sup>2</sup> 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 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.

<sup>3</sup> 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, « Règles de l'art et normes techniques », LGDJ, 1989 ; 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.

<sup>4</sup> En ce sens, par exemple, C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, p. 846.

techniques seraient des « normes alternatives » au droit<sup>1</sup> ou l'idée que « la normalisation serait traditionnellement privée et n'aurait, *de ce fait*, pas de valeur juridique »<sup>2</sup>. Mieux vaut s'attacher à la conception selon laquelle le droit serait potentiellement, non public et vertical, mais privé (ou mixte) et horizontal. 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 été<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. 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 peut pas ignorer les normes techniques<sup>5</sup>.

Mais le problème est, parmi les présentes lignes, posé différemment : les normes techniques ne doivent 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 formalisme et par leur origine. Leur originalité n'en est peut-être pas moins considérable, au sein du monde des règles comme, *a fortiori*, au sein du monde des règles juridiques.

### β. La norme technique comme norme spécifique

Quant à la finalité, une norme technique a pour objet de fixer un standard précis afin que, s'il est respecté uniformément, l'interopérabilité des outils utilisés par les utilisateurs et les professionnels de l'internet soit garantie, standard qui, le plus souvent, peut être considéré comme neutre axiologiquement, à l'inverse des règles techniques qui ont pu encadrer les télécommunications ou la communication audiovisuelle. Quant au formalisme, les règles techniques, même si élaborées dans un cadre privé, sont le fruit de la mise en œuvre de

<sup>1</sup> K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 312.

<sup>2</sup> 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 », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARRENGO, dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 183 s. ; H. COUSY, « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant (Bruxelles), 1985.

<sup>3</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2<sup>e</sup> éd., Basic Books (New York), 2006.

<sup>4</sup> Cela n'est pas propre aux nouvelles technologies et concerne aussi, par exemple, l'utilisation de dos d'ânes pour réduire la vitesse des automobilistes.

<sup>5</sup> Notamment, F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Institut de droit des affaires, 2003.

procédures finement précisées et strictement respectées, la confiance et le consensus nécessaires à leur efficacité en dépendant<sup>1</sup> — les structures de normalisation sont de nature volontaire et négociées et doivent donc être acceptées (classiquement par contrat) pour produire leurs effets<sup>2</sup> —. Quant à l'origine, une norme technique est le plus souvent produite par une institution privée transnationale à but non lucratif, par l'une des grandes firmes du secteur en position dominante ou bien par une organisation publique internationale ; mais elle n'est jamais produite par les deux principaux jurislèateurs que sont le législateur et les tribunaux. 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<sup>3</sup>. Par nature, la part du droit d'origine privée dans le droit technique est toujours très élevée. Il faut ici rappeler que le droit du contenant des communications par internet est composé de 51 % de normes d'origine privée contre seulement 30 % de normes d'origine étatique et 19 % de normes d'origine publique externe<sup>4</sup>. Et la normalisation de l'internet — compris au sens strict, c'est-à-dire comme réseau de réseaux n'étant qu'un contenant — repose sur 79 % de normes d'origine privée et uniquement 5 % de règles d'origine étatique et 16 % de règles d'origine publique externe<sup>5</sup>.

Plus précisément, la définition de la norme technique 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 »<sup>6</sup>, étant précisé que cet « organisme qualifié » peut être reconnu dans la sphère publique mais qu'il l'est le plus souvent, en matière d'internet du moins, dans la sphère privée. Et, aux termes du décret du 26 janvier 1984 portant le nouveau statut de la normalisation, 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 »<sup>7</sup>.

Il existe différents organismes de normalisation officiels, soutenus par les autorités publiques : Association française de la normalisation (AFNOR), Comité européen de

<sup>1</sup> A. PENNEAU, « Règles de l'art et normes techniques », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1330.

<sup>2</sup> En ce sens, D. n° 2009-697, 16 juin 2009, *Relatif à la normalisation*, art. 1<sup>er</sup> et 17.

<sup>3</sup> L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Cité par M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738.

<sup>7</sup> D. n° 84-74, 26 janv. 1984, *Fixant le statut de la normalisation*. Cf. A. PENNEAU, « Règles de l'art et normes techniques », LGDJ, 1989.

normalisation, Comité européen de la normalisation électronique, Institut européen de standardisation des télécommunications (ETSI), Organisation internationale de normalisation (ISO). Mais ceux-ci interviennent peu en matière de normalisation de la technologie internetique et des services du web, laquelle, historiquement et aujourd'hui encore, est le fait d'institutions *ad hoc* — qui seront brièvement décrites au sein du paragraphe suivant — et des principaux acteurs commerciaux concernés par le réseau de réseaux. 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. En tout cas l'édiction des normes techniques n'est-elle en aucun cas limitée aux seuls organes qualifiés par les États et par les organisations internationales. En la matière, c'est l'autorégulation qui triomphe et, puisque la privatisation du droit des contenants est peu regrettable à l'inverse de celle du droit des contenus, cela n'a pas à être dénoncé dès lors que l'internet fonctionne remarquablement bien — les actes délictueux qu'il permet de commettre étant une toute autre question puisque relevant des contenus et non des contenants —.

En outre, l'utilité et la valeur des normes techniques peuvent être renforcées par l'intervention d'un organisme certificateur servant à « 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 »<sup>1</sup>. Néanmoins, la certification est rare en matière d'internet, comme si la confiance liant les acteurs en cause pouvait s'en passer. La labélisation des sites web<sup>2</sup>, qui se développe constamment dans un contexte de concurrence exacerbée entre les services, n'est pas assimilable à cette certification. En revanche, elle est un témoignage supplémentaire de la densité des normes d'origine privée au sein du droit de la communication par internet<sup>3</sup>. Et il n'est pas anodin de relever que les différents systèmes de labélisation relatifs à la protection des mineurs sur le web reposent, sur un plan technique, sur une norme mise au point par le W3C dénommée PICS (*Platform for Internet Selection*).

Les normes techniques constitutives du droit de l'internet sont très 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 que le domaine de l'élaboration des normes techniques illustre de façon très prégnante le fait que « l'État partage désormais avec les pouvoirs privés la charge de produire le droit, de construire les espaces juridiques »<sup>4</sup>. Les

---

<sup>1</sup> 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 ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 13).

<sup>2</sup> 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 réglementation 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.

<sup>3</sup> Cf. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4682.

<sup>4</sup> L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.

différentes organisations parapubliques, souvent de type associatif, qui édictent d'importants règlements servant à encadrer l'internet et les activités internetiques sont ainsi des jurislatoeurs aussi décisifs dans le processus de production du droit de la communication par internet que les assemblées législatives des États.

### c. Les règlements établis par les organisations privées de la « gouvernance de l'internet »

La « gouvernance de l'internet », dont les principes phares sont *l'ouverture, la décentralisation et la collaboration*<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>) 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*<sup>3</sup>. 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 ( $\alpha$ ), l'Internet Engineering Task Force ( $\beta$ ) et le World Wide Web Consortium ( $\gamma$ ).

#### $\alpha$ . 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 en <.org> — fondée en 1992 « par les pionniers de l'internet »<sup>4</sup> 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 »<sup>5</sup>, ce qui en ferait une « société savante »<sup>6</sup>. L'ISOC comprend des « bureaux » régionaux et 86 « chapitres » nationaux ; elle accueille près de 28 000 adhérents

<sup>1</sup> F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

<sup>2</sup> 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 » (V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 123).

<sup>3</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 119.

<sup>4</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 12.

<sup>5</sup> [en ligne] <isoc.fr>.

<sup>6</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 7.

répartis dans 180 pays<sup>1</sup>. Par exemple, le Chapitre français de l'ISOC est une association loi de 1901 créée en 1996.

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 » ; 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 »<sup>2</sup>. 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 ; organise des forums de discussion sur des questions touchant à l'évolution, le développement et l'usage de l'Internet dans les domaines technique, commercial, social et autres ; encourage un environnement pour la coopération internationale et une culture qui permette à l'auto-gouvernance de fonctionner ». Son but est ainsi explicitement assumé : encourager 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 comme des êtres politiques dépassés et inaptes à saisir efficacement les enjeux propres à la communication par internet. 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 »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. Et d'ajouter : « Nous sommes les garants techniques et éthiques de l'internet »<sup>5</sup> ; et : « La mission de l'Internet Society est de défendre les principes d'ouverture, de décentralisation et de collaboration auprès des gouvernements »<sup>6</sup>.

Un auteur qualifie l'ISOC d'« entreprise de collaboration collective »<sup>7</sup>, 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

---

<sup>1</sup> [en ligne] <isoc.fr>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> ISOC, « Valeurs et principes de l'Internet Society », [en ligne] <isoc.fr>.

<sup>4</sup> F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 107.

normateur de l'internet — compris au sens strict, c'est-à-dire tel un contenant 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 que cette autorégulation quant au pan technologique de l'internet est la voie la plus légitime comme la plus efficace. Cette association est qualifiée d' « autorité morale la plus influente dans l'univers de l'internet »<sup>1</sup> ou, plus modestement, de « rouage essentiel de l'internet »<sup>2</sup> ; en tout cas illustre-t-elle le fait que, en matière de droit de l'internet, c'est-à-dire de droit du contenant des communications par internet, les acteurs privés sont, tant chronologiquement qu'en importance, premiers quand les États et organisations publiques externes ne sont que seconds<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup> est un slogan qui peut trouver droit de cité auprès de certains régimes politiques à travers le monde mais non auprès d'autres. Il sera temps, plus loin en ces développements, de revenir sur la légitimité ou illégitimité des interventions privées en matière de production du droit du contenant des communications par internet.

Il est remarquable que l'Internet Society France, qui est donc une simple association au sens du droit étatique, 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<sup>5</sup>. 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 « chapitres » nationaux émanent des normes quantitativement et qualitativement très

---

<sup>1</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 12.

<sup>2</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 194.

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

<sup>4</sup> Cité par J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 12.

<sup>5</sup> 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.

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<sup>1</sup>.

Après l'ISOC, peut être présenté spécifiquement l'Internet Engineering Task Force (IETF).

### β. L'Internet Engineering Task Force (IETF)

Il faut insister sur le rôle joué par l'IETF, à travers laquelle l'ISOC exerce ses fonctions les plus techniques et qui sont aussi celles qui ont la plus grande portée normative, la promotion de l'ouverture, de la décentralisation et de la collaboration ou bien encore de l'universalité, de l'accessibilité, de l'ouverture des standards, de la non-discrimination et de l'interopérabilité étant une mission davantage politique qui fait de l'association une source matérielle plus qu'une source formelle du droit, par exemple lorsqu'elle prend position sur des sujets tels que la propriété intellectuelle, la sécurité, la neutralité de l'internet ou l'accès du plus grand nombre aux services du web à propos desquels les institutions publiques interviennent déjà de façon très substantielle. L'IETF est considérée comme l'organisme de normalisation technique de l'internet. 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 « *code is law* »<sup>2</sup> ? —. 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<sup>3</sup>, tandis qu'aucun organisme en France ne ressemble de près ou 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'un méga-logiciel libre.

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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2<sup>e</sup> éd., Basic Books (New York), 2006.

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



« informel et auto-organisé [...] constitué d'une série d'évènements »<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>. 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 » — car l'IETF « n'a aucune existence en droit »<sup>3</sup> au sens de nombre d'observateurs-juristes —, elle fait confiance au simple pragmatisme et, située à la limite entre réel et virtuel, elle n'a pas de conseil d'administration ni même de statut ; elle n'a pas non plus de siège, de budget ou 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. Le travail de ces groupes se termine généralement 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, c'est-à-dire par la publication d'un texte à portée normative qui, bien qu'il ne soit guère comparable à une loi étatique, est un acte juridique au sens de la présente thèse. Les RFC publiés par l'IETF deviennent les standards de référence utilisés impérativement par l'ensemble des développeurs et opérateurs de l'internet. 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 semble que la plupart des propositions défendues par au moins 90 % des membres sont généralement acceptées quand la plupart des propositions défendues par moins de 80 % des membres sont le plus souvent rejetées<sup>4</sup>.

Les responsables des huit thématiques dans lesquelles sont classés les groupes<sup>5</sup> 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

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

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

<sup>4</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 119. L'auteur qualifie cette méthode de « consensus approximatif ».

<sup>5</sup> Ces huit thématiques sont : « Général », « Applications », « Internet », « Opérations et management », « Routage », « Sécurité », « Transport » et « Services aux usagers ».

entérine leur dissolution au cas par cas. Quant à l'Internet Architecture Board (IAB)<sup>1</sup>, 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 interétatiques.

Par ailleurs, ce sont des *Best Current Practice* (BCP)<sup>2</sup>, 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 définitivement le particularisme institutionnel des acteurs associatifs de la « gouvernance de l'internet ».

Et doit être souligné que, les intervenants étant les personnes les plus intéressées, il semble que les industriels des équipements informatiques et autres opérateurs économiques de l'internet dominant assez largement l'institution, 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'IETF ne représentent pas une administration ou une entité étatique mais des intérêts privés. La structure gouvernante de l'IETF (l'IESG) est composée de représentants des entreprises leaders<sup>3</sup>, spécialement dans le secteur du matériel lié à l'internet<sup>4</sup>, 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.

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<sup>5</sup>, 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> S'y retrouvent ainsi Microsoft, Cisco, Nokia, IBM, Ericsson, AT&T etc.

<sup>4</sup> Cisco est l'entreprise qui compte le plus grand nombre de rédacteurs de RFC, loin devant le second dans ce classement (V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 316).

<sup>5</sup> Par exemple, une version importante de la Netiquette est le fruit du groupe de travail « Utilisation responsable du réseau » de l'IETF.

différents<sup>1</sup> 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 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 afin de bénéficier d'un corpus normatif le plus efficient possible. Et d'autres illustrations du particularisme de cette production privée du droit de l'internet par l'IETF pourraient être proposées.

Bien qu'évoluant très à l'écart des mécaniques institutionnelles « officielles » de normalisation, l'IETF est le « législateur de fait de l'internet »<sup>2</sup> 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 les 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 »<sup>3</sup> —. Ce sont les groupes de travail de l'IETF qui sont à l'origine des standards de routage, de gestion de réseaux, de sécurité et de qualité de service<sup>4</sup>. Un auteur voit dans cet organisme ni plus ni moins que la « clé du succès de l'internet »<sup>5</sup>. 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 sa globalité. Et, avec l'IETF comme avec l'ISOC, l'idée de « droit souple » prend tout son sens. Où se laisse percevoir combien le droit du contenant des communications par internet est particulier et conduit logiquement à une part très substantielle de droit d'origine privée.

Enfin, après l'ISOC et l'IETF, il reste à présenter le World Wide Web Consortium (W3C).

#### γ. 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 n'est pas erroné de dire que le W3C est au web ce que l'IETF est à l'internet. Pour ne prendre qu'un exemple, c'est cet organisme qui a mis en place les normes PICS (*Platform for Internet Content Selection*) servant au filtrage automatique des contenus des services internetiques.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation « nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> [en ligne] <ietf.org>.

<sup>5</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 113.

Défini comme un consortium<sup>1</sup> transnational — mais de droit américain — à but non lucratif qui fédère des acteurs privés et des acteurs 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 »<sup>2</sup> et affiche le slogan « le web pour tous et partout »<sup>3</sup>. Que des organismes publics soient représentés au sein d'une organisation privée est remarquable : 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 invite des acteurs publics à s'inscrire en son sein, en tant que simples membres, afin de pouvoir jouer un rôle, de manière plus ou moins efficace, dans le processus normatif. La mise sous tutelle des institutions publiques, obligées d'accepter des choix opérés dans un total cadre privé, se révèle de manière patente. Le W3C est un « club » ouvert à toute personne qui peut et qui veut s'acquitter des droits d'adhésion (25 000 dollars par an en moyenne<sup>4</sup>). Les États apparaissent alors tels des personnes ordinaires ou, du moins, aussi ordinaires que les entreprises commerciales qui font partie du Consortium et qui y possèdent le même statut et les mêmes pouvoirs, la même capacité d'influence. Et on souligne que 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<sup>5</sup>. Ce sont pour l'essentiel ces acteurs là qui participent activement à la définition des standards qui constituent l'infrastructure technologique du web.

L'intervention du W3C et du cadre juridique d'origine privée par lui établi 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<sup>6</sup>. Cette « balkanisation » était clairement contraire à l'« esprit d'internet » et à ses principes

---

<sup>1</sup> Un consortium est une association. En France, le consortium n'a aucune existence en droit.

<sup>2</sup> [en ligne] <w3c.fr>.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 175.

<sup>5</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 191.

<sup>6</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 173. L'auteur décrit la situation suivante, totalement antinomique par rapport aux intentions des « pères fondateurs » de l'internet : pour que leurs sites soient accessibles, les développeurs web pouvaient soit n'utiliser qu'une syntaxe commune aux deux navigateurs et ainsi se retrouver avec un service très sommaire et pauvre, insusceptible de se démarquer des autres services ; soit ne s'adresser qu'à l'un des deux camps et alors sacrifier une bonne partie de l'audience et donc de la clientèle potentielles ; soit élaborer deux versions du même site, au prix d'un travail deux fois plus coûteux.

fondateurs. Or, depuis 1994, année de sa fondation par Tim Berners-Lee<sup>1</sup> — qui le préside — en réaction au désengagement du Centre européen de recherches nucléaires (CERN), le W3C impose des normes aux acteurs du web, au premier rang desquels figurent les fabricants de navigateurs, qui 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 —, ce qui permet aux services du web 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.

Suivant les procédures propres au W3C, si une société propose de conduire une réflexion afin de créer ou de faire évoluer une norme, est lancé un appel 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 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 acteurs de la communication par internet et sont largement effectifs, quand bien même ils n'ont, aux yeux de la plupart des juristes, qu'une valeur recommandatoire. C'est le propre de ce « droit souple » que d'être incitatif en droit mais obligatoire en faits. Seulement, au sein des présentes recherches, de tels phénomènes factuels sont-ils ramenés dans le champ du droit.

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 regroupés en activités elles-mêmes réunies dans des 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 à la production privée du droit de l'internet. 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<sup>2</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> Doit être rappelé que Tim Berners-Lee est le principal artisan de la création du World Wide Web au tournant des années 1990.

<sup>2</sup> Et, du fait toujours de l'existence de ces droits d'inscription, le budget du W3C est nettement supérieur à celui de l'ISOC (É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 30).

Ce qui est significatif, encore, réside dans le fait que le W3C est 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 censées être l'apanage des organisations publiques. Tant le W3C que les autres organismes privés œuvrant à la normalisation de l'internet et des communications par 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 abordées. 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 instances privées, étant entendu que, si les États et les organisations internationales s'engageaient dans la voie d'une publicisation du droit de la communication par internet, il y a fort à parier que la concurrence entre droit d'origine publique et droit d'origine privée conduirait au triomphe de ce dernier. 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. Reste ensuite à savoir s'il faut regretter ou se féliciter du caractère privé de ce droit, ce qui est une question plutôt d'ordre politique qui sera néanmoins abordée plus loin en cette thèse.

Un auteur dénombre plus de quarante structures privées participant de la « gouvernance de l'internet » telles que l'ISOC, l'IETF et le W3C<sup>1</sup>. Mais elles jouent des rôles d'importances inégales et il n'est pas lieu de les décrire plus avant ici. Simplement faut-il encore dire mot, à titre de dernière illustration, 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 non négligeable. Notamment, cet institut a été l'endroit où ont été élaborés les 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<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

Par ailleurs, le droit d'origine privée de la communication par internet se retrouve pour une bonne partie 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.

---

<sup>1</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 191.

<sup>2</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 90.

<sup>3</sup> Est à noter 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.

#### 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<sup>1</sup>, cela même si de tels modèles de contrats existent en matière de relations immatérielles, spécialement concernant les transactions commerciales<sup>2</sup>. Le « contrat d'édition à l'ère du numérique », établi en 2013<sup>3</sup>, est peut-être un bon exemple de pareil 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'agit là d'une « réforme audacieuse, d'une ampleur inédite depuis 1957 »<sup>4</sup> — 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 transparait-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.

Les contrats-types, dont les contrats « *creative commons* » sont un premier exemple remarquable ( $\alpha$ ) et qui sont *de facto* situés à cheval entre le contrat et le règlement ( $\beta$ ), correspondent principalement aux conditions d'utilisation des services de communication par internet. Celles-ci, peut-être symptomatiques du droit transnational ou même de l'« américanisation » du droit ( $\delta$ ), constituent possiblement un défi de taille *pour le droit et pour les droits* ( $\gamma$ ).

##### $\alpha$ . Les contrats-types « *creative commons* », un droit parallèle au grand succès

Les contrats-types dits « *creative commons* » — expression qui se rapporte à l'idée de « biens communs »<sup>5</sup>, qui n'est guère une nouveauté dans l'histoire politique des sociétés — sont une illustration incroyablement révélatrice de la mise en concurrence du droit d'origine étatique

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 88 ; J. LEAUTÉ, « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953, p. 429 s.

<sup>2</sup> K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 377.

<sup>3</sup> 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<sup>e</sup> s. mais désormais indisponibles en version papier). Ce nouveau contrat d'édition, unique, comprend obligatoirement une partie spécifique pour le numérique (P. SAMARA, « Éditeurs et écrivains signent le contrat d'édition à l'ère numérique », [en ligne] <01net.com>, 21 mars 2013).

<sup>4</sup> Cité par P. SAMARA, « Éditeurs et écrivains signent le contrat d'édition à l'ère numérique », [en ligne] <01net.com>, 21 mars 2013.

<sup>5</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2901.

par le 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 original ; 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 par ailleurs. « Initiative de la société civile des internautes »<sup>1</sup> 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 l'ère numérique »<sup>2</sup>, propose des contrats flexibles de « droit d'auteur », allant jusqu'à la « licence libre »<sup>3</sup>, pour diffuser les créations, spécialement en ligne<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Ceux 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. Et des auteurs de considérer, de manière fort éloquente, que dans pareille situation c'est au droit étatique, par trop « crispé sur ses principes »<sup>6</sup> et par trop incapable, du fait de sa complexité, de suivre le rythme

<sup>1</sup> D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 10.

<sup>2</sup> [en ligne] <creativecommons.fr>.

<sup>3</sup> 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* 2011, 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2907-2908.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 2908.



des évolutions technologiques<sup>1</sup>, de s'adapter à l'évolution privée du droit et non l'inverse<sup>2</sup>, les *creative commons* étant « un cas typique d'autorégulation du monde de l'internet et un observatoire privilégié des pratiques de gouvernance »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> ?

En témoignent également les conditions d'utilisation des services du web, lesquelles touchent un nombre gigantesque d'individus et lesquelles s'analysent en tant que règlements au moins autant qu'en tant que contrats.

### β. Les conditions d'utilisation des services du web, des règlements autant que des contrats

Avec les contrats-types des services du web 2.0 — qui sont ceux ici principalement visés —, qui peuvent être appelés aussi « contrats d'adhésion », il n'est aucune individualisation de la convention envisageable. Partant, 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<sup>5</sup>, 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<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>, la réalité est bien qu'elles sont imposées unilatéralement. Les rédacteurs de contrats-types exercent un pouvoir réglementaire de fait<sup>8</sup>. Un parallèle peut être établi avec les contrats collectifs de travail dont 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 »<sup>9</sup>. 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

<sup>1</sup> 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, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 2).

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2908.

<sup>3</sup> D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 2.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 122.

<sup>5</sup> Cf. G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, p. 1233 s.

<sup>6</sup> CA Paris, 23 mars 2012, *Ryanair c/ Opodo* ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> 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.

<sup>7</sup> Cf. J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 24-25.

<sup>8</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil – t. II : Les obligations, le contrat*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994, n° 62 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 88).

<sup>9</sup> L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 129 (cité par S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 93).

lois qu'il est impossible de refuser puisqu'il est impossible de vivre en se passant de ces services. Or il est tout à fait significatif que 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. Sous un angle philosophique, Proudhon soutenait la supériorité du contrat sur la loi étatique<sup>1</sup>. 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 réglementaires. Toutefois, cela se vérifie davantage concernant les services de réseautage social que concernant les services de e-commerce, sur lesquels la pression du droit de l'État pèse de manière nettement plus forte.

Reste que les conditions d'utilisation ici en cause interrogent le droit et interrogent les droits des internautes plus que ne le font toutes les autres sources privées du droit de la communication par internet.

#### y. Les conditions d'utilisation des services du web, un défi lancé au droit et aux droits

Aujourd'hui, d'aucuns n'hésitent plus à parler de véritables « *lex Facebook* » et « *lex Twitter* »<sup>2</sup>. 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 qu'elles portent. 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 »<sup>3</sup>. 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. L'audace juridique des services de communication par internet s'avère ainsi 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.

Et les « Conditions générales d'utilisation de twitter.com » d'ajouter : « 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

<sup>1</sup> Cf. 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.

<sup>2</sup> 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. 60.

<sup>3</sup> « Conditions générales d'utilisation de twitter.com », art. 11-C (majuscules dans le texte original).

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 »<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Seulement, au sens de Twitter, 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. Sans autre forme de procès, le droit étatique est rendu inapplicable et les juridictions des États sont rendues incompétentes par une simple stipulation contractuelle<sup>3</sup>. De mêmes commentaires peuvent être étendus aux « Conditions générales d'utilisation de facebook.com », lesquelles « stipulent » — faudrait-il dire « disposent » ? — par exemple que, « en cas de plainte suite à vos actions, à votre contenu ou à vos informations sur Facebook, vous indemnisez Facebook pour toute perte, responsabilité, réclamation, demande, dépenses et frais, y compris les honoraires raisonnables d'avocat, afférents à cette plainte »<sup>4</sup>.

Il faut rappeler que la très grande majorité 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 est vicié puisqu'a été accepté un corpus de règles sans en connaître le contenu<sup>5</sup>. Et les « Conditions générales d'utilisation de twitter.com »

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, art. 12-B.

<sup>2</sup> Par exemple, CA Pau, 1<sup>ère</sup> 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.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 16-2.

<sup>5</sup> Par exemple, CA Pau, 1<sup>ère</sup> 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

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 »<sup>1</sup>. 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.

Est encore édicté un droit privé de la propriété intellectuelle différent du droit étatique de la propriété intellectuelle comme du droit des *creative commons*. 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 »<sup>2</sup>. Les tribunaux déclarent logiquement pareille stipulation non écrite car illégale<sup>3</sup>. Mais, encore une fois, 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.

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 prévu que, « quand vous utilisez un de nos services, vous consentez à ce que nous collections, transférons, 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

---

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 ».

<sup>1</sup> « Conditions générales d'utilisation de twitter.com », disposition préliminaire.

<sup>2</sup> *Ibid.*, art. 5. Quant aux « Conditions générales d'utilisation de facebook.com », elles comportent une stipulation 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).

<sup>3</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 29 mai 2012, *TFI et autres c/ YouTube*. Le TGI de Paris condamne 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 ».

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. Tous ces éléments posent la question de la légitimité d'un droit abandonné à des sources privées, question à laquelle il conviendra de répondre plus tard en ces pages. Le « Contrat de service Microsoft », pour sa part, « stipule » 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) lorsque Microsoft estime en toute bonne foi que cela est nécessaire »<sup>1</sup>. Autant de termes et d'expression imprécis utilisés 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 évidemment impossible à céder dans le cadre du droit étatique. Mais il faut croire que le droit applicable à Microsoft, à Twitter ou à Facebook est moins celui qu'a établi l'État 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 (un « droit au droit ») équivalente à celle dont jouissent les États.

Il en résulte que les contrats-types semblent se situer au centre du droit transnational, au centre du droit d'origine privée para-étatique.

## δ. 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<sup>2</sup>. Et l'auteur d'évoquer jusqu'à l'« hégémonie des contrats-types » dans le « droit global »<sup>3</sup>. Ce droit d'origine privée n'est pas neutre ; il est lourd de conséquences et il tend à confirmer l'« américanisation du droit » que d'aucuns observent — par exemple à travers le succès des contrats *creative commons*<sup>4</sup> —, soit le triomphe des grands principes du libéralisme juridique et du *common law* sur le *civil law* européen<sup>5</sup>. À nouveau, le défi lancé aux États tels

<sup>1</sup> « Contrat de service Microsoft », art. 5.3.

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2168.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Par exemple, D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 10.

<sup>5</sup> Notamment, *Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit » ; É. ZOLLER, « États-Unis (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 653 (qui observe l'« influence de la culture 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.

que l'État de France apparaît de façon patente, ceux-ci subissant le mouvement bien plus qu'ils ne le guident. Il faudrait trouver les moyens de limiter ou contrer l' « unilatéralisme outrancier des droits anglo-américains »<sup>1</sup> qui se résument, pour une bonne part, à un droit d'origine privée, un « droit sans les États »<sup>2</sup>.

Que les derniers manuels de « droit de la communication par internet » comportent, en guise d'annexes, outre la Netiquette<sup>3</sup> — à laquelle nombre de contrats d'adhésion à des services renvoient, lui conférant force obligatoire<sup>4</sup> —, non quelques textes de lois mais les conditions générales d'utilisation de Firefox, Yahoo!, Gmail, Facebook et Canalblog<sup>5</sup> est tout à fait porteur de sens. Cela signifie que ce sont bien celles-ci qui, plus que les lois applicables aux communications par internet, sont au centre des régimes juridiques spécifiques à ces communications. 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 — ce qui est la différence entre autorégulation et corégulation telle que comprise en ces pages où l'idée d' « autorégulation provoquée »<sup>6</sup> apparaît telle une *contradictio in adjecto* —. L'ICANN, qui est peut-être l'institution 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 transnational, n'est-elle la conséquence du choix que d'un seul et unique État : les États-Unis d'Amérique.

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

L'objet des prochaines pages résidera 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'édition privée de normes avalisée par l'État — en l'occurrence, il ne s'agit que des États-Unis, les autres États subissant largement les décisions prises par l'ICANN sans grande possibilité d'exercer sur elle quelque influence véritable —. Mais, avant d'ainsi l'illustrer concrètement, il convient de présenter plus généralement cette corégulation historiquement liée au droit de la communication par internet (*a*).

---

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2168.

<sup>2</sup> En ce sens, cf. L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 285 s.

<sup>3</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 335 s.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 339 s.

<sup>6</sup> A. FLUCKIGER, « L'autorégulation provoquée ou la loi "Damoclès" : une forme de corégulation en droit suisse », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 321 s.

## 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 ( $\beta$ ), son bilan est néanmoins contrasté ( $\gamma$ ). Mais encore faut-il, avant d'interroger de la sorte la réalité de la corégulation, poser la question de sa signification ( $\alpha$ ).

### $\alpha$ . Le cyberspace, terre d'élection d'une corégulation au sens incertain

Lorsque les sources privées édictent le 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 instances 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. « 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* »<sup>1</sup>. 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.

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 »<sup>2</sup>. Le recours à l'échelle de juridicité montrerait peut-être que les règles privées validées par l'État sont plus juridiques — les individus étant alors de véritables « organes de l'État »<sup>3</sup> — que les règles privées indépendantes de l'État. Il n'est donc guère surprenant de voir strictement séparés les codes de bonne conduite privés accueillis par l'ordre juridique étatique et les codes de bonne conduite privés élaborés

---

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Springer Verlag (Berlin), 1925, p. 236 (non souligné dans le texte original ; cité par 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. 73-74).

<sup>2</sup> 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. 74.

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Springer Verlag (Berlin), 1925, p. 263 (cité par 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. 74).

sans aucun égard pour l'État et sans aucun regard de l'État<sup>1</sup>. Reste que le droit produit dans l'espace de la corégulation est autant que le droit produit dans l'espace 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 1134 du Code civil aux conventions « légalement formées », les témoignages de droit d'origine privée accueilli par et dans l'ordre juridique étatique, l'État se faisant alors « État réflexif ou incitateur »<sup>2</sup>, ne manquent pas. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, lequel est à l'origine du fait que les opérateurs du commerce international sont leurs « propres législateurs »<sup>5</sup>. Quant à la convention collective de travail, elle se présente tel l'« exemple le plus achevé de *législation privée* »<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>.

Il arrive que la loi consacre l'obligation pour une organisation privée de réglementer un domaine donné<sup>8</sup>. À l'inverse, des organismes privés, parfois, entendent bénéficier de l'aval des autorités publiques et leur soumettent, pour ce faire, leurs futurs codes de conduite. Ainsi les

<sup>1</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 20.

<sup>2</sup> A. FLUCKIGER, « L'autorégulation provoquée ou la loi "Damoclès" : une forme de corégulation en droit suisse », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 323.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 343.

<sup>4</sup> Ce principe permet de placer un contrat sous l'empire d'un droit étatique qui ne s'y rattache par aucun lien objectif.

<sup>5</sup> É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, p. 96 ; également, É. LOQUIN, L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », in C. KESSEDIAN, É. LOQUIN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 45 s.

<sup>6</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 39 (non souligné dans le texte original).

<sup>7</sup> Peuvent être citées, à titre d'exemple, 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, 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.

<sup>8</sup> Cf. A. FLUCKIGER, « L'autorégulation provoquée ou la loi "Damoclès" : une forme de corégulation en droit suisse », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 321-322 ; L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.



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 »<sup>1</sup>. Peut-être faut-il considérer que, dans pareille situation, il s'agit aussi de corégulation, quand bien même ce sont des personnes privées qui en sont à l'origine. Mais ladite situation demeure rare. 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<sup>2</sup> — incitent ou encouragent simplement des institutions privées à établir des règles générales afin de gouverner leurs activités ; étant entendu que la seule abstention de toute intervention, le seul silence des jurislatoeurs 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.

---

<sup>1</sup> A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, 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 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 ».

<sup>2</sup> 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 – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, 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 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 réglementation étatique.

Il est remarquable que la corégulation se déploie tout spécialement en matière de droit de la communication par internet.

## β. Le cyberspace, terreau fertile pour l'essor de la corégulation

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<sup>1</sup>.

En 2008, un commentateur pouvait 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 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 »<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>. Ainsi, face aux difficultés qu'il éprouve à saisir juridiquement — et de manière efficace — les activités internetiques, l'État est-il tenté d'user de 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 plus utile en vue de la protection des droits et libertés qu'un droit d'origine publique inopérant.

<sup>1</sup> Cf. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4680.

<sup>2</sup> A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

<sup>3</sup> Cf. C. THIÉRACHE, « Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer », *RLDI* 2011, n° 67.

<sup>4</sup> Cf. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4684.

Enfin, la corégulation peut prendre d'autres formes que la rédaction de codes ou de chartes privés. 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<sup>1</sup>. 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.

#### γ. Le cyberspace, 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 — et 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<sup>2</sup> —. 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. 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<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Et le projet de « Charte pour la confiance en ligne » que les autorités ont souhaité élaborer en 2008 n'a pas abouti ; 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 »<sup>5</sup>. La « Charte du droit à l'oubli » de 2010, pour sa part, pâtit du fait que ni Facebook ni Google ne l'ont signée,

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 239.

<sup>2</sup> 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. 537.

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

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> M. REEVES, « Exclusif : le gouvernement veut un filtrage en masse des réseaux », [en ligne] <pcimpact.com>, 6 juin 2008.

tandis que la « Charte de lutte contre la contrefaçon sur internet » de 2009 n'a, elle, pas été signée par des acteurs dominants tels que Amazon ou eBay<sup>1</sup>.

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 réglementaires 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 se présente 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 »<sup>2</sup>.

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 de la voie législative. Et il arrive que cela s'avère fructueux — 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 —. En particulier concernant des domaines techniques, la voie des chartes cosignées par les autorités publiques et par les « autorités privées » est bel-et-bien très utile. 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 et le Conseil national du numérique. 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 ».

Il s'agira, au sein d'un tout prochain paragraphe, de s'intéresser à ces organisations de droit privé spécifiques qui ont été mises en place par les autorités étatiques françaises. Pour l'heure, doit déjà être présentée l'ICANN.

## **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 étatsuniennes profitent-elles depuis toujours de pouvoirs

---

<sup>1</sup> Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4684-4685.

<sup>2</sup> A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

éminents et primordiaux en matière de régulation de l'internet. Or elles goûtent tout particulièrement au « droit de tutelle »<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. 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.

L'ICANN, qui maîtrise une large part de la création du droit du contenant de la communication par internet ( $\delta$ ), est une source privée tout spécialement remarquable également en raison des grandes particularités de son statut, de ses missions et de ses moyens ( $\alpha$ ), ainsi que du fait des spécificités de ses organes internes ( $\gamma$ ) et des principes qui régissent son fonctionnement ( $\beta$ ). En outre, il faut évoquer, aux côtés de l'ICANN, l'AFNIC, association en charge de la gestion des noms de domaine en <.fr> ( $\epsilon$ ).

Par ailleurs, doit être d'ores et déjà noté que l'ICANN est appelée à évoluer substantiellement au cours des prochains temps. En effet, 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 233.

<sup>2</sup> E. LAGRANGE, « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers », *RGDI publ.* 2004, p. 324 s.

<sup>3</sup> « Les États-Unis s'apprêtent à lâcher leur contrôle des adresses Internet », [en ligne] <lefigaro.fr>, 11 mars 2016.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

## α. 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 » tant ils « échappent à la culture juridique habituelle »<sup>1</sup> — au point qu'on a pu la qualifier d' « organisation internationale »<sup>2</sup> — et tant ils reposent sur « des règles qu'il faut bien désigner comme un “maquis” »<sup>3</sup>, est, selon ses statuts, une société privée à but non lucratif destinée au bien public<sup>4</sup> et régie par le droit californien. Elle a été mise en place en 1998, lorsque l'administration étatsunienne 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<sup>5</sup>, à une nouvelle structure du secteur privé mieux capable de saisir les grandes évolutions du web (augmentation exponentielle des demandes de noms de domaine (entraînant un risque de pénurie), développement des services commerciaux en même temps que des activités illicites, 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'accroître 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. Et le Gouvernement des États-Unis de déclarer de façon très significative : « Nous nous engageons à

<sup>1</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 192.

<sup>2</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 14.

<sup>3</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2106.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Après avoir été directement assumée par des autorités étatiques américaines, sous différentes formes successives, jusqu'au 1<sup>er</sup> 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* 2011, 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, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 7).

mettre en œuvre une transition qui permettra au secteur privé de conduire la gestion du DNS »<sup>1</sup>. 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 étatsunien (accord appelé « Memorandum of Understanding » (« MoU »)) le 25 novembre suivant, aux termes duquel est notamment accordé au Gouvernement des États-Unis un droit de veto sur les décisions prises par l'organisation. Le fait que l'ICANN est un excellent exemple de corégulation apparaît ainsi de manière patente tant elle est principalement le résultat d'une initiative des autorités publiques. Ses pouvoirs ne sont issus que de contrats passés avec l'administration des États-Unis, que d'un « jeu de renvois contractuels dynamiques »<sup>2</sup>.

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 (sur lequel il n'est pas utile de s'étendre)<sup>3</sup>. 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*) sur l'internet qui, eux, contiennent les noms de domaine de premier niveau tels que <.com> ou <.fr>. Mais l'ICANN n'est pas propriétaire de la base de données des noms de domaine (base DNS) qui demeure la propriété du Gouvernement étatsunien qui lui en a seulement délégué la gestion. 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<sup>4</sup>, ils sont à la base de tout l'adressage des pages web, ce qui témoigne du fait que le réseau internetique est un réalité relativement hiérarchisé<sup>5</sup>. 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. 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 fonctionnement du système qui permet de « naviguer » ou « surfer » grâce à l'association de

<sup>1</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 238.

<sup>2</sup> É. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 357.

<sup>3</sup> 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, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 131).

<sup>4</sup> Outre les États-Unis, l'Angleterre, les Pays-Bas, la Suède et la Japon accueillent des *root servers*.

<sup>5</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 6.

noms de domaine aisément compréhensibles à des adresses IP<sup>1</sup> ; et, 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 »<sup>2</sup>. 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)<sup>3</sup>. Elle contrôle le système des extensions de noms de domaine génériques et celui des extensions de noms de domaine géographiques — qui sont au nombre de trois cents — de manière plus ou moins directe : 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><sup>4</sup> et, quant aux extensions géographiques, elle fédère les organismes chargés de cette mission dans les pays et exerce sur 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.

Si le statut, les missions et les moyens de l'ICANN sont particuliers, l'est tout autant son mode de « gouvernance ».

## β. L'originalité de la « gouvernance » de l'ICANN

Cet organisme privé a été institué à titre expérimental, malgré la réticence de l'Union européenne revendiquant davantage d'internationalisation dans la régulation de l'internet ; mais l'expérience se prolonge depuis 1998 et il semble qu'il ne puisse plus disparaître ou même être remplacé. Les principes de sa « gouvernance » s'articulent autour d'un modèle multi-intervenants — l'ICANN se définit tel un « environnement unique à intervenants multiples »<sup>5</sup> — censé permettre à toutes les parties intéressées de participer à l'élaboration des normes (de manière décisive 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 transparence, l'impartialité et la responsabilité<sup>6</sup>. La « rapidité d'action » fait également partie des objectifs que l'ICANN assigne à son action. Et lesdits statuts de prévoir que l'organisation doit suivre une « politique documentée » impliquant de

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet – L'ICANN entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>3</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 60.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> [en ligne] <icann.org/fr>.

<sup>6</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 139.



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 propre à l'ICANN qui se voient dénoncés, si bien qu'il n'est pas assuré qu'il s'agisse là véritablement d'un « cercle vertueux garantissant à l'organisme sa place sur le plan international »<sup>1</sup>.

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 est tenu à jour un agenda précis des travaux de l'ICANN, signalant en particulier les consultations (des forums en ligne et des « salles de chat ») actuelles et à venir auxquelles chacun peut participer<sup>2</sup>. 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 Internet, quels que soient ses intérêts personnels et ceux de l'entité à laquelle [il] doit sa nomination »<sup>3</sup>.

Également, sont peu ordinaires les organes de réflexion et de décision propres à l'ICANN.

#### γ. 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 puisqu'elle est dirigée par un « Bureau des directeurs » composé de seize membres qui doivent « représenter l'intérêt public général », ainsi que le prévoient les statuts<sup>4</sup>. Huit directeurs sont élus au sein des organisations de soutien (deux par organisation). 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

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>2</sup> [en ligne] <[icann.org/fr](http://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 ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 60.

communications dématérialisées et respecter, globalement, une certaine diversité géographique. En outre, le Bureau 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, notamment le comité consultatif gouvernemental, mais aussi les points de vue de l'UIT, du W3C et de l'IETF. C'est donc à ce directoire qu'appartient de voter les décisions majeures prises par l'ICANN. Quant au Président, élu parmi les seize membres du Bureau, il est chargé de la mise en œuvre des décisions, mais aussi d'un rôle important en termes de communication vis-à-vis du reste du monde de l'internet ou vis-à-vis des États et des organisations internationales. Le Bureau se réunit trois fois par an ainsi que lors de séances exceptionnelles qui se déroulent sous forme de visioconférences.

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 : l'« At Large Advisory Committee » (qui conseille le Bureau sur les questions relatives aux activités et aux intérêts des internautes)<sup>1</sup>, le « 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 le « 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. Parmi les différents comités de l'ICANN, 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 : l'« Address Supporting Organisation » (« ASO »), chargée des adresses IP, la « Protocol Supporting Organization » (« PSO »), chargée des protocoles de communication, la « Generic Name Supporting Organization » (« GNSO »), chargée des extensions génériques de noms de domaine, et la « Country Code Name Supporting Organization » (« CCNSO »), chargée des extensions géographiques de noms de domaine. 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. La GNSO, par exemple, qualifiée d'« organisme le plus important de l'ICANN après le Board »<sup>2</sup>, est constituée de représentants des « registrars », de professionnels de la propriété intellectuelle et tout spécialement des

<sup>1</sup> Un observateur juge que les avis émis par ce comité ne sont jamais pris en compte par le Bureau, si bien qu'il serait devenu un comité fantôme (V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 138).

<sup>2</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 134.

marques, de fournisseurs d'accès et d'hébergement, des registres génériques, des registres géographiques ou encore de diverses sociétés commerciales. Bien que non dotées d'un pouvoir de décision, les organisations de soutien semblent, dès qu'elles parviennent à un consensus autour d'une question, capables d'influencer très largement les orientations de l'ICANN<sup>1</sup>.

Enfin, cette dernière 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 — 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 —, ainsi que d'observateurs d'organisations internationales. Que les prérogatives de ce comité soient uniquement d'ordre consultatif et en aucun instant d'ordre décisoire est évidemment à souligner. Les États sont ramenés au rang de personnes quelconques qu'il serait possible de satisfaire simplement en exigeant d'elles des avis. Les juristes habitués à observer des organismes publics dans lesquels des représentants du secteur privé exercent un simple rôle consultatif peuvent être désorientés par pareille architecture inversée. De plus, ainsi que des auteurs l'observent, « 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 »<sup>2</sup>. Et doit être observé, ceci n'étant guère anodin, que l'ICANN exige des États une participation financière substantielle afin qu'ils puissent intégrer le comité consultatif à eux dédié. 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 d'être à l'écoute des recommandations émanant du Comité consultatif des gouvernements, à l'images des autorités publiques qui, souvent, s'efforcent d'être à l'écoute des demandes provenant de certains acteurs économiques ou associatifs influents.

Il ne paraît pas opportun, parmi les présentes pages, de décrire plus avant les différents comités et différents sous-groupes qui participent de 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. L'essentiel reste que cette instance est une instance privée produisant un droit de source privée et qui est au cœur du droit du contenant de la communication par internet et même au cœur du droit de la communication par internet en général. Le schéma suivant, qui « résume » la structure organisationnelle de l'ICANN, permet de comprendre combien cet organisme est complexe<sup>3</sup> :

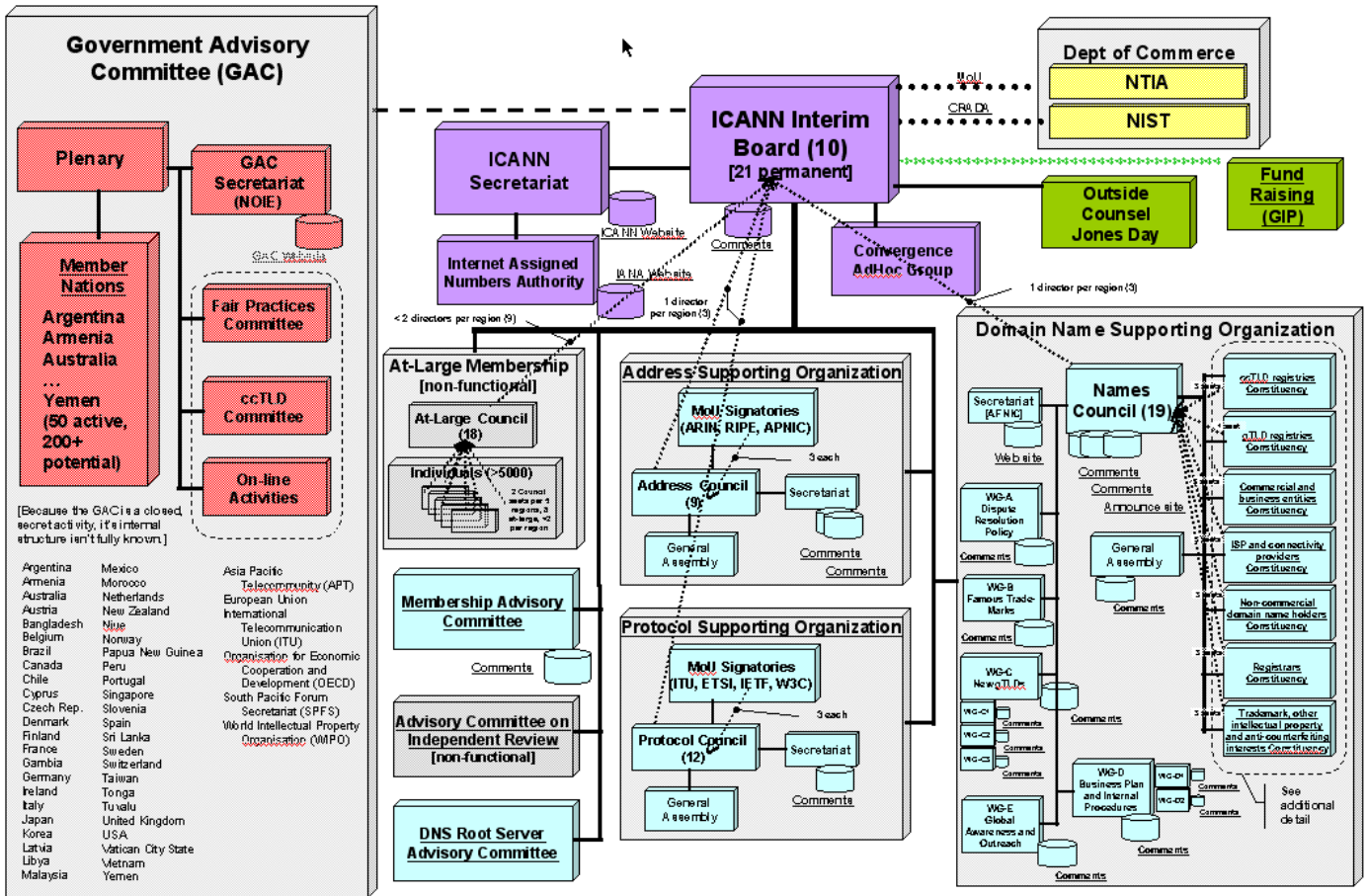
---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>2</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 15.

<sup>3</sup> Source : [en ligne] <[icannwatch.org](http://icannwatch.org)>. Le schéma est incomplet puisque manquent la CCNSO et la GNSO. En 2003, la « Domain Name Supporting Organization » ici présentée a été scindée en deux, donnant naissance à la CCNSO et à la GNSO.

# The ICANN-GAC Organization



Mais il faut surtout insister sur le fait que l'ICANN est la source d'un nombre élevé de normes centrales dans le fonctionnement de la communication par internet.

## δ. L'importance de la production normative de l'ICANN

Doit être relevé 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 moyen d'un « Centre d'arbitrage et de médiation » installé auprès de l'OMPI. Cette procédure est l'exemple-type de mode alternatif de résolution des litiges concurrençant la justice d'État. Elle sera décrite plus loin en cette thèse au sein d'un paragraphe relatif aux normes individuelles produites dans le cadre de ces procédures parallèles aux procédures judiciaires « officielles ».

Malgré son statut d'organisation privée et même si un auteur la qualifie d' « autorité souveraine, responsable devant personne »<sup>1</sup>, l'ICANN est l'objet d'une tutelle plus ou moins effective de la part de l'administration américaine. Des observateurs vont jusqu'à la qualifier de « régulateur mi-privé mi-public »<sup>2</sup>. Quel que soit le rôle plus que central qu'elle joue en matière de régulation de l'internet et des communications par internet, elle est la cible de fréquentes critiques particulièrement induites par les rapports plus ou moins étroits entretenus avec le département du commerce du Gouvernement étatsunien. Est significatif que son ancien directeur, Rod Beckstrom, était auparavant responsable de la cybersécurité dans cette administration. 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<sup>3</sup>. Est, en outre, souvent mis en cause le fait qu'une problématique aussi décisive et sensible que la gestion des noms de domaine soit confiée à une organisation de droit privé<sup>4</sup>. 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 ». Et, ainsi que le notent des auteurs, « l'ICANN contrôle l'accès à tout le domaine virtuel »<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. C'est pourquoi nombreux sont ceux (commentateurs comme décideurs politiques de différents pays) qui demandent un transfert des prérogatives de l'ICANN à une institution *ad hoc* rattachée à l'ONU<sup>7</sup>. Reste que, 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 la plus affirmée en matière de droit de la communication par internet ou, du moins, en matière de droit du contenant de la communication par internet.

Après avoir interrogé l'ICANN, et avant d'envisager le Forum des droits sur l'internet, spécificité française qui a constitué une forme très remarquable de corégulation en matière de communication par internet, il convient de s'intéresser à l'AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération), laquelle a pour fonction de gérer l'extension de noms de domaine <.fr>.

---

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 166. Cet auteur souligne que l'ICANN, notamment, « lève l'impôt (une “taxe” sur chaque nom de domaine enregistré) » (*ibid.*).

<sup>2</sup> É. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 333 ; également, J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 191.

<sup>3</sup> N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet – L'ICANN entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>4</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 61.

<sup>5</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 14.

<sup>6</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2109.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 16.

## ε. L'importance de la gestion de l'extension de noms de domaine <.fr> par l'AFNIC

En France, c'est l'AFNIC qui est l'organisme local bénéficiant de la concession lui 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 français<sup>1</sup>. L'AFNIC est une association à but non lucratif régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 créée en décembre 1997 par la volonté conjointe de l'INRIA et de l'État, représenté par les ministères chargés des télécommunications, de l'industrie et de la recherche. À la suite d'un appel à candidatures lancé par le ministère de l'économie, l'AFNIC a été désignée par arrêté du 19 février 2010 comme office d'enregistrement de l'extension <.fr>, pour une durée de 7 ans. 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-même de la corégulation des activités internet 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<sup>2</sup> et dans un décret de la même année<sup>3</sup>. Mais le droit des noms de domaine en <.fr> est surtout constitué par les normes portées par la « Charte de l'AFNIC ». 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.

L'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques a été invalidé par le Conseil constitutionnel, dans une décision rendue le 6 octobre 2010<sup>4</sup>. 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. Avant de poser la question de la légitimité ou illégitimité des organisations privées à édicter ce droit, il faut encore s'arrêter sur l'exemple du Forum des droits sur l'internet, ainsi que sur celui de son lointain successeur qu'est le Conseil national du

<sup>1</sup> Ces extensions sont <.re> (La Réunion), <.tf> (Terres australes et antarctiques françaises), <.yt> (Mayotte), <.pm> (Saint-Pierre-et-Miquelon) et <.wf> (Wallis-et-Futuna). En revanche, les extensions <.nc> (Nouvelle-Calédonie), <.mq> (Martinique), <.gp> (Guadeloupe), <.gf> (Guyane française) et <.pf> (Polynésie française) sont gérées par des institutions propres. Cette séparation en deux groupes d'extensions géographiques, les unes prises en charge par l'AFNIC, les autres non prises en charge par l'AFNIC, est cependant appelée à évoluer du fait de la mise en œuvre du nouveau cadre juridique pour la gouvernance des onze noms de domaine français initiée le 20 mars 2012 par la publication dans le journal officiel d'un appel à candidatures.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> D. n° 2011-926, 1<sup>er</sup> août 2011, *Relatif à la gestion des domaines de premier niveau de l'internet correspondant aux codes pays du territoire national*.

<sup>4</sup> Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-45 QPC, *Article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques*.

numérique, ces organismes témoignant de la manière la plus explicite — quoique le premier mieux que le second — de ce qu'est la corégulation dans le domaine de l'encadrement normatif des communications par internet.

### **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 »<sup>1</sup>, le Forum des droits sur l'internet (FDI), qui n'a connu aucun équivalent véritable en Europe et à travers le monde<sup>2</sup>, a aujourd'hui disparu et donc n'édicte plus de règles. Cet organisme doit cependant être envisagé car, d'une part, beaucoup de règles parmi le « nombre impressionnant de normes »<sup>3</sup> 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 d'instance de corégulation selon les autorités nationales, ce « mariage de l'autorégulation et de la présence de l'État »<sup>4</sup> ou « autorégulation teintée de public »<sup>5</sup>. Le FDI devait ainsi être « en dehors des structures gouvernementales [et] au service des acteurs publics et privés »<sup>6</sup>.

Le Forum est le résultat de la volonté originale des pouvoirs publics français, au début des années 2000, de recourir à la corégulation ( $\alpha$ ). Association composée d'acteurs privés représentant des intérêts variés ( $\beta$ ), 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 »<sup>7</sup> ( $\gamma$ ). Désormais dissout et « remplacé » par un Conseil national du numérique ne produisant lui guère de normes ( $\epsilon$ ), il participait au Forum mondial sur la gouvernance de l'internet, lequel constitue une autre organisation au fort particularisme ( $\delta$ ).

#### **$\alpha$ . 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 et des communications par internet, à la fin des années 1990 et au début des années 2000. S'opposaient les « libéraux », selon lesquels les meilleures règles pour encadrer internet et communications par internet seraient celles forgées pour eux-mêmes par les constructeurs et les utilisateurs du réseau, et les « étatistes », selon lesquels l'État devrait

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 76.

<sup>2</sup> Peut-être l'Observatoire des droits de l'internet belge, créé en 2001, fait-il exception.

<sup>3</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 124.

<sup>4</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2334.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 147.

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 1997, intitulée « Internet et les réseaux numériques »<sup>1</sup>, et le rapport du député Christian Paul de 2000, relatif au droit et aux libertés sur l'internet<sup>2</sup>. 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 qu'encourage 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 »<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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 — qui a été le premier à employer le terme « forum » —, 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 »<sup>5</sup>.

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 questions posées par les réseaux »<sup>6</sup>.

Il faut tout d'abord s'intéresser à la composition tout à fait originale du FDI.

## β. La composition du Forum des droits sur l'internet

« Conçu pour fonctionner entièrement en ligne »<sup>7</sup>, le FDI réunissait les acteurs économiques du réseau (représentants des sites de commerce électronique, des FAI, des

---

<sup>1</sup> EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques*.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 13 (site consulté en 2010).

<sup>4</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 293.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>6</sup> 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* 2011, n° 2334).

<sup>7</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.



hébergeurs etc.), des experts, des représentants des utilisateurs et des associations de protection des cyberconsommateurs, ainsi que des représentants des pouvoirs publics. 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). 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, comme 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<sup>1</sup>. 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 administratifs en 2008 »<sup>2</sup>. Présenté tel un « objet juridique hybride, ni étatique ni civil, ni moderne ni postmoderne, en fait une gabegie structurelle »<sup>3</sup>, 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 pu créer des normes.

---

<sup>1</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 3 (site consulté en 2010).

<sup>2</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 1 (site consulté en 2010). 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 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 » (cité par Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 1-2 (site consulté en 2010)).

<sup>3</sup> 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.

## y. La création de normes par le Forum des droits sur l'internet

Institué en 2001, le FDI, simple association relevant de la loi du 1<sup>er</sup> 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 »<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>. Son domaine de compétence couvrait l'ensemble des aspects de politique publique liés au développement de la société numérique sur le plan des contenus et des usages. 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. 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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup> ou de bonne conduite et autres textes ont, *de facto* — ce qui veut dire aussi « *de jure* » en cette thèse, bien qu'il ne soit guère étonnant de voir des auteurs classer l'œuvre du FDI du côté de la déontologie et non du côté du droit<sup>5</sup> —, 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 cyberspace, soit « quasiment tous les sujets liés à l'internet »<sup>6</sup>, de telle sorte que cet organisme se définissait par la nature de ses actions et non par ses domaines d'intervention<sup>7</sup>. Les labels mis en place par le FDI, tout spécialement, ont été de véritables systèmes normatifs, « à mi-chemin entre le droit et

<sup>1</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000, p. 75.

<sup>2</sup> [en ligne] <foruminternet.org> (site consulté en 2010).

<sup>3</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 76.

<sup>4</sup> 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)).

<sup>5</sup> Par exemple, S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.

<sup>6</sup> 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). 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.*).

<sup>7</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 76.

la *soft law* »<sup>1</sup>. Le FDI s'était, en effet, octroyé la compétence d' « élaborer et, le cas échéant, gérer les chartes et labels dans le secteur des communications électroniques »<sup>2</sup>. Mais jusqu'aux guides et autres fiches pratiques ont contribué à poser les devoir-être internetiques. Et le FDI de souligner sa « faculté de mobiliser tous les leviers de la régulation, des formes traditionnelles que sont la loi et le décret jusqu'à la *soft law* (chartes, codes de conduite...) en passant par l'information et la sensibilisation du public »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, le FDI, qui s'était assigné l'objectif de « construire la civilité sur l'internet »<sup>5</sup>, a aussi largement joué un rôle de source formelle. 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. De plus, du côté des normes à portée individuelle et non générale, 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<sup>6</sup>.

Outre ces 13 000 litiges qu'il a résolu grâce à son organe de médiation, le FDI a fourni, en une décennie, un travail colossal — mais qui relève majoritairement du consultatif et de l'informatif et seulement minoritairement du normatif — : 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. 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

---

<sup>1</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 3.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010 (site consulté en 2010).

<sup>6</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 299.

différentes administrations étaient régulièrement invités à participer aux groupes de travail thématiques organisés par lui. En outre, le personnel de l'association comprenait des agents de droit public (dont des fonctionnaires) et ses ressources financières provenaient en très grande partie de l'État (dans le cadre d'une convention triennale). 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 »<sup>1</sup>, lequel était dans tous les cas évident sur le plan financier. 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>. Néanmoins, la plupart des commentateurs ont souligné les « avantages d'un tel organisme »<sup>4</sup>, « remarquable en ce qu'il pren[ait] institutionnellement compte de l'originalité de l'internet »<sup>5</sup> et qui « a largement fonctionné, à la satisfaction de tous »<sup>6</sup>, y voyant jusqu'au « pivot organique de la régulation de l'internet en France »<sup>7</sup>.

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.

#### δ. La participation du Forum des droits sur l'internet au Forum mondial sur la gouvernance de l'internet

Le FDI développait le volet international 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). Ainsi la méthode de travail du Forum français a-t-elle fait des émules à l'étranger et un tel réseau des corégulateurs de l'internet a-t-il été institué en décembre 2003, avec le soutien du Gouvernement français et de la Commission européenne, sa première réunion s'étant tenue à Paris en mars 2004. Il avait pour mission de constituer au niveau européen un lieu d'échange des ressources et des expertises sur les questions juridiques posées par l'internet et de fournir aux institutions européennes des

<sup>1</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> P. FORTIN, « La corégulation en question », [en ligne] <homo-numericus.net>, 27 juin 2002.

<sup>4</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.

<sup>5</sup> 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. 784.

<sup>6</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2334.

<sup>7</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 76.

propositions sur des sujets d'intérêt commun, tout en associant à ses travaux les différents acteurs concernés (qu'ils soient publics ou privés). Mais deux groupes de travail seulement ont été mis en place — qui n'ont jamais achevé leurs travaux — et le réseau a, de fait, cessé toute activité, le contenu de son service de communication par internet ayant notamment été intégré dans celui du FDI.

Et ce dernier de proposer, par ailleurs, l'idée de créer un forum européen sur le modèle du Forum mondial sur la gouvernance de l'internet (IGF) lors de la réunion européenne sur l'éthique et les droits de l'homme dans la société de l'information organisée par l'UNESCO et le Conseil de l'Europe en septembre 2007. Le FDI a toujours été très actif dans le cadre de l'IGF, qui doit être distingué du « Forum mondial de la démocratie et de l'administration électronique » (ou « World e-Gov Forum »)<sup>1</sup> et qui est sous la responsabilité de l'ONU — c'était notamment au Secrétaire général des Nations Unies qu'il revenait d'étudier l'opportunité de prolonger son mandat au-delà de sa cinquième année d'existence —, ses activités étant financées par un fond administré par le Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies (même si les contributions peuvent provenir de n'importe quelle personne publique ou privée).

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 »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>.

L'IGF a pour tâche d' « entretenir le dialogue entre les multiples parties prenantes ; [de] recenser les nouvelles questions et de les porter à l'attention des organes compétents et du public en général et, s'il y a lieu, de faire des recommandations ; [de] préparer les décisions qui

---

<sup>1</sup> Sans rapport avec la problématique de la corégulation, le World e-Gov Forum s'est déroulé à Issy-les-Moulineaux du 18 au 20 octobre 2006. Il s'agissait d'un forum regroupant les déjà existants Forum mondial de la démocratie électronique et Forum européen de l'administration électronique afin de réfléchir à l'impact des NTIC dans la sphère publique, les e-services publics et l'expression citoyenne au travers de la démocratie participative prenant la forme de l' « e-démocratie ».

<sup>2</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 278.

<sup>3</sup> Cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 145.

devront être prises en assurant une activité régulière de veille, de réflexion et surtout de négociation largement ouverte à tous les acteurs concernés, qu'ils soient publics ou privés, nationaux ou internationaux »<sup>1</sup>. Il ne produit guère de normes, sa fonction étant uniquement celle d'une source matérielle cherchant à orienter les choix politiques opérés ailleurs<sup>2</sup>. Il doit en cela être strictement distingué du FDI, bien qu'un auteur souligne les similitudes en termes d'attributions, d'organisation et de fonctionnement entre FDI et IGF<sup>3</sup>. Le FDI également a principalement pour objet de préparer les décisions prises par d'autres institutions, mais il s'est, de surcroît, arrogé une véritable capacité normative. Au contraire de l'IGF, il était chargé d'assurer un service de médiation pour les différends nés des activités immatérielles et d'élaborer et le cas échéant gérer des chartes et labels. L'institution de l'IGF, même s'il n'est qu'une plateforme de discussion ne produisant nul texte officiel — si bien qu'on dénonce le fait qu'il ne serait qu'un « organe d'apparat »<sup>4</sup> —, doit cependant être elle-aussi mise en exergue 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 »<sup>5</sup>. 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, est la voie à privilégier afin d'établir de façon ouverte et innovante le droit de la communication par internet, ce qui implique d'opérer un « décloisonnement normatif »<sup>6</sup> et d'accepter la présence d'une part substantielle de normes d'origine privée au sein de l'ensemble droit.

Dans le cadre de la préparation de la session s'étant déroulée à Rio de Janeiro du 12 au 15 novembre 2007, par exemple, le secrétariat de l'IGF lança, fin 2006, une consultation sur le site web du Forum afin de permettre aux acteurs intéressés d'évaluer la préparation, le déroulement et le compte-rendu de la session précédente. Ledit site web abrite, en outre, un forum permanent permettant à tous les internautes de débattre au sujet de l'organisation des sessions. Et la plupart des discussions se déroulent au sein de « coalitions dynamiques » établies de manière *ad hoc* afin de traiter un sujet spécifique et dans lesquelles s'engagent tous les protagonistes, spécialement ceux du secteur privé ; tandis que, pour chaque session, un groupe consultatif est réuni qui permet à tout groupe concerné de communiquer des informations ou des propositions. L'IGF tient session annuellement. Sont à chaque fois envisagés quelques points particulièrement problématiques de la « gouvernance de l'internet », non toute

<sup>1</sup> Agenda de Tunis pour la société de l'information, 18 nov. 2005, § 72 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 146).

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4711.

<sup>3</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 146.

<sup>4</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 281.

<sup>5</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4711.

<sup>6</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 193.

problématique ou la « gouvernance de l'internet » en général. La première session du Forum a pris place à Athènes du 30 octobre au 2 novembre 2006. La huitième session s'est tenue à Bali du 22 au 25 octobre 2013 et la neuvième a eu lieu à Istanbul du 2 au 5 septembre 2014.

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 »<sup>1</sup>. L'IGF et les SMSI seront traités plus avant, spécialement du point de vue de leur efficacité, au sein de paragraphes prochains relatifs à la production supra-étatique du droit de la communication par internet.

Pour en revenir au FDI, celui-ci a été 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.

#### ε. 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 —, le ministère de l'économie ayant 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). D'aucuns ont pu regretter la « disparition d'un lieu important de rencontre et de réflexion »<sup>2</sup> ou « déplorer le retrait d'une structure utile de médiation »<sup>3</sup> et d'une instance normative située « entre la régulation publique et l'autorégulation »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. Si le FDI a disparu,

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 287.

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2334.

<sup>3</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 303.

<sup>4</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000, p. 65.

<sup>5</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 303.

son expérience a, semble-t-il, témoigné de la pertinence du recours à la 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 »<sup>1</sup> et du dépassement des « frontières figées entre régulation publique et régulation privée »<sup>2</sup> qu'elle permet. Un juriste ancien chargé de mission auprès du FDI peut souligner combien, « dans un contexte où la réglementation ne peut s'élaborer dans l'ignorance des intérêts et de l'expérience des acteurs, la corégulation prend tout son sens »<sup>3</sup>. Aussi le Conseil national du numérique (CNNum) a-t-il rapidement comblé, plus ou moins heureusement, le vide laissé par la dissolution du Forum, ce qui est une autre preuve de l'appétence des autorités publiques pour la corégulation dans le domaine des communications par internet.

Le CNNum ne doit pas être confondu avec le « Conseil consultatif de l'internet », lequel avait été mis en place par le pouvoir exécutif en 2003<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. 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.

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<sup>8</sup>, après la remise du « Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique », le 25 février 2011, par Pierre Kosciusko-Morizet (président de Priceminister) au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique. Suivant les préconisations formulées dans ce rapport, le CNNum n'élabore pas de chartes de bonne conduite et de labels ni ne procède à la médiation quant aux litiges nés relativement aux activités immatérielles. « 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

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 317.

<sup>2</sup> 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, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 193).

<sup>3</sup> L. THOUMYRE, « Le rôle du Forum des droits sur l'internet dans la régulation du commerce électronique », *LPA* 6 févr. 2004, p. 5.

<sup>4</sup> D. n° 2003-1167, 8 déc. 2003, *Portant création du Conseil consultatif de l'internet*.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> D. n° 2011-476, 29 avr. 2011, *Portant création du Conseil national du numérique*. Le Conseil a été réorganisé par un décret du 13 décembre 2012 (D. n° 2012-1400, 13 déc. 2012, *Relatif au Conseil national du numérique*).



un rôle prospectif, en adressant des propositions au Gouvernement sur la politique numérique à mener, et un rôle consultatif »<sup>1</sup>. Ainsi le CNNum a-t-il « 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 »<sup>2</sup> ; il peut aussi s'autosaisir. À la différence de ce qu'était le FDI, le CNNum n'est donc qu'une (éventuelle) source matérielle du droit et en aucune occasion une source formelle. Par exemple, au moyen de son avis n° 2013-1 du 1<sup>er</sup> 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. En outre, est remarquable que le CNNum est un organe consultatif au service des sources publiques du droit que sont le Gouvernement et le Parlement, mais également au service des sources privées du droit telles que les fédérations professionnelles qui agissent souvent dans un cadre d'autorégulation.

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 »<sup>3</sup>, 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup> 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 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 »<sup>6</sup>. 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

---

<sup>1</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4698.

<sup>2</sup> D. n° 2012-1400, 13 déc. 2012, *Relatif au Conseil national du numérique*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>3</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 5.

« commission consultative indépendante »<sup>1</sup>, soit un objet juridique non identifié dans le paysage du droit public français.

L'ensemble de ce statut juridique diffère sensiblement de celui 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, si ce n'est inexistante. D'ailleurs, le CNNum n'a pas réellement remplacé le FDI puisque sa création a été envisagée avant le retrait du Forum. Peut-être CNNum et FDI auraient-ils parfaitement pu cohabiter afin de proposer une structure de corégulation remarquablement efficace 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'enquerrait 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. Reste que le CNNum est l'objet de vives critiques, spécialement sous l'angle de sa composition<sup>2</sup>, mais aussi sous l'angle de ses attributions et de son mode de fonctionnement<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. En tout cas, en tant que simple source matérielle du droit, 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 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.

Le « rapport Kosciusko-Morizet » de 2011 soulignait que « DADVIS, 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

---

<sup>1</sup> [en ligne] <cnnumerique.fr>.

<sup>2</sup> Initialement, n'étaient représentés au CNNum ni les éditeurs de contenus, ni les associations de consommateurs, ni les ayants droits.

<sup>3</sup> A. ASTAIX, « Internet : le Conseil national du numérique (re)devient une réalité », [en ligne] <dalloz-actualite.fr>, 4 mai 2011. Cet auteur regrette que, contrairement aux préconisations émises dans le « rapport Kosciusko-Morizet », le CNNum, en vertu du décret l'instituant, « peut [et non pas doit] être consulté par le Gouvernement sur tout projet ». En outre, il regrette que le Conseil soit appelé « Conseil national du numérique » et non pas « Conseil national de l'internet », par exemple, alors qu'il a vocation à traiter des questions posées par l'internet et par la communication par internet, non des questions posées par le numérique qui comprend la photographie numérique etc.

<sup>4</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 300.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 302.

consultative sembl[ait] nécessaire »<sup>1</sup>. La corégulation, sous ses différentes formes, et la « concertation opérationnelle »<sup>2</sup>, pour reprendre une expression du FDI, apparaissent ainsi indispensables à l'élaboration du droit de la communication par internet, ce qui implique de repenser en profondeur la légistique, les façons publiques de penser la production du droit. Plus que dans tout autre domaine, il paraît 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<sup>3</sup>, car la remise en cause de la puissance de l'État dans le cyberspace 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. 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 »<sup>4</sup>.

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 et non plus à portée générale et impersonnelle. Peut-être celles-ci témoignent-elles également du « déploiement anarchique des nouveaux phénomènes normatifs qu'appellent la technicisation et la scientification de la société et du système juridique »<sup>5</sup>. Le développement du recours à 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 »<sup>6</sup>. Suivant la formule de Guy Carcassonne, se déroulerait le passage « d'un État de droit à une société de droit »<sup>7</sup>. 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 »<sup>8</sup> dont la corégulation — qui peut donner lieu à l'édiction de normes générales comme individuelles — serait le prototype institutionnel.

---

<sup>1</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4698.

<sup>2</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 1 (site consulté en 2010).

<sup>3</sup> Réf. à 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.

<sup>4</sup> M. VIVANT, « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1503.

<sup>5</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

<sup>6</sup> 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. 122.

<sup>7</sup> G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 40.

<sup>8</sup> Réf. à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008.

## Chapitre 2

# LES PARTICULARITÉS DES SOURCES PRIVÉES DE NORMES INDIVIDUELLES APPLICABLES AUX COMMUNICATIONS PAR INTERNET

*Précédemment en ce premier titre, ont été présentées les spécificités des sources privées de normes à portée générale applicables aux communications par internet (usages privés et règlements privés). Il s'agit à présent d'envisager les particularités des sources privées de normes à portée individuelle applicables aux communications par internet (contrats privés et jugements privés). Il faut gager que quelques enseignements peuvent éventuellement être tirés de cette étude sous l'angle des continuités, des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. En effet, c'est spécialement en raison de ses sources privées que le droit de la communication par internet serait symptomatique du droit transnational aujourd'hui encore en retrait par rapport au droit moderne étato-national mais peut-être appelé à occuper de plus en plus de place dans le paysage juridique. Ensuite, il conviendra, afin de justifier le passage de l'examen des sources privées à l'examen des sources publiques au sein de la seconde partie de cette thèse, d'expliquer pourquoi est estimé que la publicisation de la production du droit de la communication par internet serait dans l'ensemble préférable à sa privatisation. Tel sera l'objet du prochain titre.*

Suivant la méthode préconisée afin de mener l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques, *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 norme*, peu important que la multiplicité des destinataires individuels emporte une multiplicité des normes personnalisées<sup>1</sup>. En somme, *des normes individuelles* ne peuvent 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 peut-elle être évitée. Il n'en demeure pas

---

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

moins que 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. 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<sup>1</sup>.

La distinction des actes normatifs porteurs de règles générales et des actes normatifs porteurs de règles individuelles peut sembler quelque peu artificielle dès lors que, suivant les termes du Code civil, un contrat ne serait pas autre chose qu'une « loi ». Est cependant proposé ici de précisément séparer le contrat, acte juridique comportant des normes à portée particulière (*section 1*), des lois, règlements, chartes, codes de bonne conduite et autres actes supportant des normes à portée générale. 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 »<sup>2</sup> d'où jaillissent de nombreuses normes à portée individuelle à travers une « justice informelle »<sup>3</sup> ou, du moins, « inofficielle » (*section 2*)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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*, Professional Books (Abingdon-on-Thames), 1984, p. 380 s.

<sup>3</sup> Réf. à R. MATHEWS, dir., *Informal Justice?*, Sage Publications (Londres), 1988.

<sup>4</sup> Cela même s'il est peut-être douteux 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

*Cette section est comprise au sein d'un titre dont l'objet est de présenter et d'expliquer les particularités des sources privées du droit de la communication par internet. Il faut gager qu'un tel travail est peut-être utile dès lors que ces sources privées permettraient possiblement mieux que toutes autres de déterminer quels sont les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit à l'heure où, semble-t-il, le droit transnational serait de plus en plus proche de prendre la place du droit étato-national au centre et au premier plan de la scène juridique. Après avoir observé les usages privés et les règlements privés, il est à présent temps de se consacrer aux contrats privés, lesquels sont peut-être les moins originaux de tous les objets normatifs privés étudiés en ces pages. Restera ensuite à se consacrer aux plus surprenants jugements privés qui, à l'échelle du droit de la communication par internet, connaissent un succès remarquable.*

Le contrat, qui préoccupe les juristes (les privatistes peut-être plus que les publicistes<sup>1</sup>) depuis une époque relativement récente comparativement à la loi ou à la décision de justice<sup>2</sup>, est au cœur de nombreuses activités et, s'il se définit tel un *acte juridique* formalisé ou tacite<sup>3</sup>, il

<sup>1</sup> Des questions telles que celle de la validité du contrat intéressent fondamentalement les juristes privatistes, spécialement à travers le prisme du Code civil. Par exemple, parmi une littérature plus qu'abondante, J. GHESTIN., *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1993 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; M. ARMAND-PREVOST, D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP* 1979, I, 2952 ; Ch. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137 s.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Il semble difficile de définir le contrat telle une norme. Le contrat serait du droit, mais il ne serait pas une règle de droit. Il faudrait donc éventuellement contredire qui recherche si le contrat est une norme juridique ou bien une norme non juridique (L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th., Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, *passim* ; D. DE BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit positif public », *RFDA* 1992, p. 15 s.), qui affirme que « le contrat correspond indéniablement à la définition de la norme ; [...] le contrat est une norme, la chose est acquise » (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. 43-44) et qui invite à « admettre la figure du contrat au rang de norme » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 25). Le contrat est peut-être un acte (juridique) qui supporte une ou plusieurs norme(s) (juridique(s)). Il ne serait pas en

peut être également étudié par les sociologues ou par les économistes<sup>1</sup>. Comme le résume le Professeur Pascale Deumier, « le contrat est d'usage quotidien et la réglementation, bien qu'en expansion, laisse encore une large part à l'imagination des contractants »<sup>2</sup>. 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 phénomène de *contractualisation du droit*<sup>3</sup> — mais il est peut-être davantage présent en droit privé qu'en droit public<sup>4</sup>, quoiqu'il soit de plus en plus présent en droit public en tant que mode privilégié, bien que non naturel, d'action publique<sup>5</sup> ; 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 »<sup>6</sup> —. 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. Des commentateurs remarquaient, en 2001, que le contrat était « omniprésent sur l'internet »<sup>7</sup>. Peut-être le demeure-t-il, ce qui est décisif quelle que soit son originalité intrinsèque dans l'espace des actes normatifs (B). Aussi importe-t-il d'accueillir au préalable le contrat parmi les 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 »<sup>8</sup> et bien qu'on y voit parfois un « acte d'exécution et non de production du droit »<sup>9</sup>, il se trouve un nombre croissant — ce qui ne veut peut-être pas

---

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.

<sup>1</sup> Cf. J.-G. BELLEY, dir., *Le contrat entre droit, économie et société*, Éditions Yvon Blais (Cowansville), 1998.

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 335.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Cela n'empêche pas que de belles discussions soient possibles relativement au contrat dans des matières relevant du droit public (par exemple, L. CLERC, *La validité des contrats administratifs*, th., Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse, 2007).

<sup>5</sup> 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. En outre, le contrat de droit public présente de grandes spécificités par rapport au contrat de droit privé (par exemple, F. BRENET, « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 923 s.) ; mais ce n'est pas cela qui, en ces lignes, peut justifier de ne pas l'étudier avec les contrats privés.

<sup>6</sup> J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, p. 69.

<sup>7</sup> 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. 541.

<sup>8</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 87.

<sup>9</sup> 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. 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

dire un nombre majoritaire — de juristes qui classent le contrat parmi les sources du droit<sup>1</sup>, étant entendu que doivent être distingués les contrats publics et les contrats privés et que, en ce paragraphe, seuls ces derniers sont concernés. D'aucuns soulignent la « crise contemporaine du contrat »<sup>2</sup>, « crise » devant se comprendre comme une « crise théorique »<sup>3</sup>, c'est-à-dire comme une « crise » induite par l'absence de certitudes quant à la notion de « contrat »<sup>4</sup>, celle-ci n'étant, selon un auteur, qu'une « question de convictions et d'opinions »<sup>5</sup>. On va jusqu'à considérer que la théorie du contrat serait aussi confuse et incertaine que la théorie du droit<sup>6</sup>, si bien qu'il paraîtrait justifié de parler de « contrats » au pluriel<sup>7</sup>. Il n'est cependant pas temps, ici, de chercher à accueillir une autre appréhension de cette « entreprise 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 »<sup>8</sup>, qu'est le contrat — ou la convention, les deux termes pouvant être compris comme synonymes<sup>9</sup> — que celle qui est ordinairement retenue parmi les

---

nouveau : elles lui donnent seulement l'occasion de recevoir application exécutive et juridictionnelle. Pour expliquer que les 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, *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. 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).

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Cf. C. JAMIN, D. MAZEAUD, dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.

<sup>3</sup> En ce sens, H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. droit* 1968, p. 13 s.

<sup>4</sup> 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'ordonnement juridique ? », in C. JAMIN, D. MAZEAUD, dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 225 s. ; G. MARTY, « De la place des conventions dans l'ordonnement 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.

<sup>5</sup> 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. 4.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 25.

<sup>7</sup> Réf. à *Arch. phil. droit* 1968, « Sur les notions du contrat ».

<sup>8</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, Larose, 1910, p. 206 (cité par P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mélanges Pierre Kayser*, t. II, PUAM (Aix-en-Provence), 1979, p. 1 ; par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 142 ; et par Ph. STOFFEL-MUNCK, « La qualité de la norme contractuelle : approche civiliste et commercialiste », 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. 199).

<sup>9</sup> En ce sens, J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1993. Pour une analyse contraire, cf. L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste*



lexiques juridiques à destination des étudiants des facultés de droit : il s'agit du « 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. »<sup>1</sup>. Et l'article 1101 du Code civil de disposer que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». 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) propres à ses parties, à un « contenu obligationnel »<sup>2</sup>, et que le droit objectif sanctionne comme s'il s'agissait d'une loi — 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 —<sup>3</sup>. La convention se démarque donc par la grande place qu'elle laisse au subjectivisme à travers la volonté des parties.

Ce dernier élément — dit autrement : la portée individuelle et non générale — a longtemps constitué un frein empêchant l'acceptation du caractère juridique de la convention<sup>4</sup>, accompagné du fait que cette dernière ne cadre pas avec la définition du droit comme production sociale de la collectivité à destination de la collectivité<sup>5</sup>. Aujourd'hui encore, certains remarquent que « le contrat n'est guère envisagé par les juristes comme une source de droit »<sup>6</sup> ; 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 »<sup>7</sup> ; tandis que d'autres voient dans les conventions individuelles non des sources du droit mais des « sources de droits »<sup>8</sup>. Et des auteurs féroce-ment 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

---

*du contrat*, th., Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, p. 5 (selon qui la convention serait un genre d'actes juridiques dont les contrats seraient une espèce, avant d'ajouter que, « alors que la convention est susceptible de transférer, d'éteindre ou de créer une obligation, le contrat n'a que le dernier de ces effets »). Néanmoins, l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme un type particulier de convention.

<sup>1</sup> V° « Convention », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige, 2007.

<sup>2</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

<sup>3</sup> « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (C. civ., art. 1134 ; cet article est qualifié de « très généreux » (P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 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.

<sup>4</sup> 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, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 92.

<sup>5</sup> 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. 40.

<sup>6</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.* 2004, p. 594.

<sup>7</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 33. Mais l'auteur d'ajouter : « C'est la traduction de cette évidence en termes théoriques qui ne s'est pas bien faite » (*ibid.*).

<sup>8</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 59.

les citoyens pour s'exprimer en son nom »<sup>1</sup> ; 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 »<sup>2</sup>.

Étonnamment aux yeux du juriste praticien, la juridicité des normes contractuelles est loin d'être une évidence aux yeux du juriste théoricien. Carré de Malberg<sup>3</sup> et d'autres<sup>4</sup> ont ainsi nié toute juridicité aux normes conventionnelles privées, quand ce n'est pas aux normes d'origine privée dans leur ensemble<sup>5</sup>. Il est significatif que, parmi les nombreuses listes de sources du droit consultées, l'auteur de ces lignes n'a que rarement trouvé le contrat cité<sup>6</sup>, que ce soit sous

<sup>1</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Dalloz, 1973, p. 12 (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. 29).

<sup>2</sup> 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. 76.

<sup>3</sup> 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. 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.).

<sup>4</sup> Par exemple, J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 92 ; L. IZAC, *L'autorité du contrat – Essai sur l'ordre juridique subjectif*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 2006.

<sup>5</sup> Par exemple, 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. 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 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 »).

<sup>6</sup> Par exemple, R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 93 ; P. COURBE, *Introduction générale au droit*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2009, p. 42 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>e</sup> éd., Litec, coll. Manuels, 2008, p. 49 ; J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, 2<sup>e</sup> 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*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 81 s.

ce nom ou derrière une autre formulation telle que « droit privé conventionnel », « source venue de la base »<sup>1</sup> ou encore « norme voulue »<sup>2</sup>. Paradoxalement, la qualité de source du droit est plus souvent accordée aux commentaires de doctrine qu'aux conventions privées. 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 »<sup>3</sup>, tandis que Santi Romano ne refusait pas la juridicité aux normes contractuelles mais les intégrait parmi le droit d'origine étatique<sup>4</sup>. Le contrat a servi d'instrument de régulation sociale bien avant que n'apparaisse l'État et ce n'est qu'une conception étatiste du droit — laquelle n'a peut-être pas à être dénoncée comme inconséquente<sup>5</sup> — qui peut conduire à ne pas y voir du droit ou à y voir une sous-forme de droit étatique. Ainsi que le lecteur l'a désormais compris, le présent ouvrage n'est pas le lieu où chercher à participer de pareil débat théorique. Il est suffisant de retenir que, si l'« inévitable imperfection du contrat »<sup>6</sup> est déjà une imperfection en termes de force juridique, les règles conventionnelles doivent être considérées, à l'instar de toutes les règles applicables aux communications par internet, comme juridiques, leur niveau de juridicité plus ou moins élevé n'étant pas une donnée à intégrer en cette étude attachée au droit concret, lequel invite à mêler normativité et juridicité en même temps que factualité et normativité. Avec Kelsen<sup>7</sup> et les théoriciens du droit<sup>8</sup> qui l'ont suivi — mais aussi avec Carbonnier<sup>9</sup> ou avec le Conseil d'État<sup>10</sup> —, il faut affirmer que le contrat est un acte (privé si ses parties sont privées)

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 79.

<sup>2</sup> X. LABBÉE, *Introduction générale au droit – Pour une approche éthique*, Presses universitaires du Septentrion (Lille), 2006, p. 101.

<sup>3</sup> 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. 40 ; également, 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. 189.

<sup>4</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 51 (cité par 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. 40).

<sup>5</sup> Cf. ce qui est dit à ce sujet dans B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, partie I.

<sup>6</sup> E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Thémis, 2008, n° 1347 (cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, « La qualité de la norme contractuelle : approche civiliste et commercialiste », 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. 204).

<sup>7</sup> Spéc., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 346 s ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit* 1940, p. 33 s.

<sup>8</sup> Par exemple, D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 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)).

<sup>9</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 1994, p. 362 (« que la majorité des contractants, dans un lieu, recoure à un type contractuel inusité ailleurs, un droit différent se dessine »).

<sup>10</sup> 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.

qui donne vie à des règles de droit et qui, partant, est une source du droit. Mais, contre Kelsen cette fois, il faut convenir que le contrat accède à la juridicité sans en passer par quelque nécessaire médiation étatique.

Ensuite, le propre des stipulations contractuelles réside dans leur caractère conventionnel, donc volontaire. Au-delà, elles 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.

## B. Le particularisme vital du contrat privé parmi les sources du droit

Il faut tout d'abord insister sur la portée par définition individuelle des stipulations contractuelles — et rappeler que les contrats-types, qui peuvent s'analyser tels des règlements privés, méritaient d'être étudiés à part — (1). Ensuite, si le contrat est essentiel pour nombre de branches du droit et notamment pour le droit de la communication par internet (2), une problématique importante qu'il pose est celle de sa validation étatique, car peut-être est-il *la forme la plus ancienne et classique de corégulation* (3).

### 1. La portée individuelle des stipulations contractuelles

Les contrats-types ou contrats d'adhésion — qu'il faut distinguer des contrats élaborés à l'aide d'un clausier dans lequel sont choisies les stipulations pertinentes<sup>1</sup> —, dont les termes standardisés, qu'il est seulement possible d'accepter ou de ne pas accepter sans les négocier, peuvent s'appliquer à un nombre indéfini d'individus, sont considérés davantage tels des règlements privés, soit tels des ensembles de normes générales, que tels des contrats privés, soit tels des ensembles de normes individuelles<sup>2</sup>. 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 que soit nécessaire d'obtenir quelque accord de son destinataire<sup>3</sup> ; 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 »<sup>4</sup> et que ces derniers témoignent de l'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat

---

<sup>1</sup> Par exemple, W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2011.

<sup>2</sup> Cf., en particulier, G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, 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*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 335).

<sup>3</sup> G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973.

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 25.

qui n'a alors peut-être plus de contrat que le nom<sup>1</sup>. D'aucuns voient ainsi dans les contrats-types des « conventions-lois »<sup>2</sup> ou des « législations prêtes à l'emploi »<sup>3</sup>. Et un auteur prend soin de préciser qu'il s'intéresse uniquement aux « contrats individuels »<sup>4</sup> par opposition aux « contrats généraux » — mais il faut faire de la portée individuelle un élément décisif de définition du contrat —. 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 » revient à commettre une *contradictio in adjecto*. Et un commentateur de noter que beaucoup de contrats sont destinés à s'appliquer à un nombre de personnes bien plus étendu que nombre de lois<sup>5</sup>. Les dispositions des conventions collectives de travail, en particulier, sont générales et impersonnelles, les conventions nationales interprofessionnelles ou même de branche revêtant un champ d'application fort large. En tout cas le contrat n'apparaît-il plus, alors, en tant que « mode privilégié de la coopération sociale librement consentie »<sup>6</sup>. 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. Ne sont donc, au sein du présent paragraphe, 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.

Or ces contrats privés *stricto sensu* jouent un véritable rôle de moteur pour le droit de la communication par internet.

## 2. 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<sup>7</sup>. À l'heure de la « société contractuelle »<sup>8</sup>, il est la « forme normale d'organisation des rapports juridiques »<sup>9</sup> ; il est réellement la turbine du droit, le faisant évoluer au quotidien, là où la loi et

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Th. VERBIEST, É. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européens, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 541.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 123.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11.

<sup>6</sup> F. TERRÉ, A. WEILL, *Droit civil – Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 1979, p. 25 (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. 79).

<sup>7</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « La redécouverte des “piliers du droit” : le contrat et la responsabilité », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 279 s.

<sup>8</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, 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).

<sup>9</sup> B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudouin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 82.

la décision judiciaire n'interviennent que ponctuellement dans la vie juridique<sup>1</sup>. Si le droit de la communication par internet ne se singularise guère par rapport aux branches du droit plus classiques sous l'angle de l'importance occupée par les conventions privées, il n'échappe pas à ce constat et celles-ci sont bien, comme dans la plupart des matières juridiques, l'essence qui lui permet d'avancer<sup>2</sup>. Des auteurs de doctrine et des personnalités politiques évoquent le « déclin »<sup>3</sup> et le « malaise »<sup>4</sup> du contrat ; mais cela ne peut que viser son approche théorique car, en pratique, il n'est que possible de parler de « succès du contrat ». En 1928, un auteur observait le « splendide isolement » des conventions dans le droit<sup>5</sup>. Désormais, celles-ci se situent au centre du phénomène juridique et c'est sur elles que s'appuient nombres d'institutions du droit. « Le droit, enseigne-t-on, étant devenu par essence un droit "privé", c'est le contrat qui mène le jeu »<sup>6</sup>. Certes, Max Weber soulignait très justement combien, avant que l'État ne prenne le relai, le contrat était l'outil de base au moyen duquel travaillaient les juristes<sup>7</sup> ; 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<sup>8</sup>, serait ainsi un signe de « postmodernisation », notamment à mesure que le droit souple — qui a souvent besoin de

<sup>1</sup> Cf. F. TERRÉ, « Le contrat à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », *Revue des sciences morales et politiques* 1995, n° 3, p. 209 s.

<sup>2</sup> Peut ainsi être décrite la situation suivante : « Une visite chez le médecin, un mariage, un coup de téléphone, un voyage en train, une lumière qui s'allume, un travail que l'on trouve, l'acquisition d'une paire de chaussures ou d'une baguette de pain... Tout cela est contractuel. Dans chacune de ces situations, ce sont des conventions, écrites ou non, formalisées ou non, qui déterminent les obligations respectives des agents en présence. [...] L'achat, la fourniture, le service, la prestation, l'embauche, la location, l'utilisation, qui sont juridiquement considérés comme des contrats, encadrent et conditionnent l'immense majorité des situations pratiques auxquelles nous sommes confrontés quotidiennement dès lors que nous achetons, louons, utilisons... Même et surtout lorsque nous ne nous rendons pas compte de la portée — juridique — de ce que nous faisons » (D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 24).

<sup>3</sup> J.-P. CHAZAL, « Georges Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004, p. 244 s.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th., Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, p. 1).

<sup>6</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 158.

<sup>7</sup> 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, c'est-à-dire dans le droit public ou processuel et dans le droit familial et successoral ».

<sup>8</sup> En particulier, S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008 ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir. *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2007 ; S. CHASSAGNARD, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM (Aix-en-Provence), 2007.

l'appui de l'adhésion volontaire et donc du contrat<sup>1</sup> — gagne du terrain ; et l'« État postmoderne »<sup>2</sup> serait en premier lieu un État recourant de façon plus naturelle aux instruments contractuels. Proudhon et les théoriciens de l'anarchisme soutenaient la supériorité des normes contractuelles sur les normes étatiques<sup>3</sup> ; 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 — il sera temps, en la seconde partie à venir, d'aborder plus amplement ce point —. Reste que, pour l'instant, le contrat demeure l'« instrument juridique par excellence du droit autorégulé »<sup>4</sup>, non celui du droit étatique ou celui du droit produit dans un cadre de corégulation, cela même s'il n'est donc pas satisfaisant de voir dans le recours au contrat un nécessaire signe de la « démission de l'État »<sup>5</sup>.

Le contrat s'épanouit en droit privé plus qu'en droit public<sup>6</sup> ; or les sources privées du droit ont tendance à fournir des normes quasi-exclusivement au droit privé, le droit public ayant essentiellement une origine publique. La très grande majorité des contrats conclus, spécialement en droit de la communication par internet, ne sont ni le fruit d'une volonté ou d'un soutien public ni appliqués par des juges.

Déjà en 1976 était interrogée la « fin des règles générales »<sup>7</sup> et, quelques années plus tard, était observé le « règne généralisé du contrat privé, dans la grande vacance étatique »<sup>8</sup>. Le droit de la communication par internet étant peut-être un parangon de droit « postmoderne », il n'est guère surprenant de le voir largement ouvert aux normes d'essence conventionnelle et que des observateurs le désignent en tant que « premier moyen de régulation des activités sur les réseaux numériques »<sup>9</sup>. C'est à travers leur inclusion dans des contrats, notamment, que des textes tels que la Netiquette acquièrent leur force obligatoire puisque leur violation peut entraîner la rupture unilatérale du lien contractuel — quoique soient là concernés davantage des « contrats-règlements » tels que les conditions d'utilisation des services d'accès à l'internet que de véritables contrats à portée individuelle —<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 109 ; également, P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 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 »).

<sup>2</sup> Réf. à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008.

<sup>3</sup> P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, 1863 ; A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme – Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses universitaires de Rennes, 2004.

<sup>4</sup> 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. 118.

<sup>5</sup> 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. 541.

<sup>6</sup> Par exemple, 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 261.

<sup>7</sup> A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'IIAP* 1976, p. 419 s.

<sup>8</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 13.

<sup>9</sup> M. SARR, « Droit souple et commerce électronique », *Jurisdoctoria* 2012, n° 8, p. 70.

<sup>10</sup> A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40.

Les conventions privées se présentent souvent comme le seul moyen apte à circonscrire juridiquement les relations internetiques, *a fortiori* dès lors que ces relations sont commerciales<sup>1</sup>. 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 étatique, 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 immatérielles tend à s'uniformiser à l'échelle mondiale grâce à l'« interconnexion permanente »<sup>2</sup>. Ensuite, il est souple et évolutif, il est du « droit en formation continue »<sup>3</sup>, ce qui lui permet mieux que tout autre acte juridique de suivre la rapide évolution d'activités et de besoins électroniques excessivement mouvants<sup>4</sup>. Il est également le garant de la « confiance sur l'internet en faisant disparaître la peur de l'inconnu »<sup>5</sup>. Et, négativement, ces auteurs trouvent dans l'« échec du paradigme de la réglementation étatique » une source de la prolifération des conventions pour régir les relations par l'internet<sup>6</sup>, alors que le contrat est, pour ainsi dire, par définition efficace — en théorie tout du moins<sup>7</sup> — puisqu'il « a sur la loi cette supériorité d'exprimer concrètement le droit en action »<sup>8</sup>. Les contrats permettent 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. Ils correspondent à une « extrême diversité des sources »<sup>9</sup> et à une « pluralité des espaces normatifs »<sup>10</sup> qu'il est inenvisageable de ramener à une unité autre que très sommaire, soit celle d'une définition générale. 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 un service de

<sup>1</sup> Cf., en particulier, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruylant (Bruxelles), 2002.

<sup>2</sup> 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. 541 ; également, D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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. 541.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 541.

<sup>7</sup> Cf. M. MEKKI, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 349 s.

<sup>8</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 89.

<sup>9</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le renouvellement des sources du droit en droit des contrats : le rôle des acteurs privés », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 276.

<sup>10</sup> 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 (cité par S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement – Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, th., Université Paris X - Nanterre-La Défense, 2000, p. 440).



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 car, liberté contractuelle obligeant, tout ou presque est possible<sup>1</sup>, surtout en matière de droit de la communication par internet. Aussi n'est-il pas temps, en ces pages, de chercher à dresser quelque « taxinomie » des contrats, ni même des principaux contrats, qui se retrouvent à l'intérieur du droit de la communication par internet. Cette tâche est tout bonnement utopique et irréalisable.

Il convient de conclure ces pages consacrées aux contrats privés en interrogeant le problème de leur acceptation étatique et de leur utilité du point de vue de la corégulation.

### 3. Le problème de la validation étatique des normes contractuelles privées

Un contrat donné peut être aussi bien indépendant de l'État, et ainsi appartenir au volet autorégulationnel du droit de la communication par internet, qu'autorisé par lui, et ainsi appartenir au volet corégulationnel dudit droit. Lorsqu'une norme portée par un contrat précis est appliquée par un tribunal, il n'est guère de difficulté : cette norme est accueillie et « validée » par une autorité publique. Plus délicate est la problématique que pose l'article 1134 du Code civil français, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». 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<sup>2</sup>. L'article 1134 semble donc être un « collier qui ramène à l'unité du droit étatique : [...] le contrat permet la création d'un univers qui paraît autonome et qui est comme en suspension dans l'air juridique alors qu'il n'existe, comme une création continuée, que par la vie que lui insufflent en permanence les permissions juridiques du Code civil »<sup>3</sup>.

Même si la reconnaissance étatique peut intervenir *a priori* comme *a posteriori*, il faut gager que l'article 1134 du Code civil ne suffit pas, à lui seul, à intégrer les normes

---

<sup>1</sup> Sur ce point, spéc., G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges François Gény*, t. II, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 351 s.

<sup>2</sup> « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Des auteurs commentent : « Une lecture *a contrario* de l'article 6 du Code civil conduit à voir d'abord dans cette disposition la permission pour le contrat de déroger aux lois n'intéressant pas l'ordre public et les bonnes mœurs, ce qui semble placer l'acte particulier dans une position de proximité normative avec la loi : même quand elle n'intéresse pas l'ordre public, une loi est une loi, si bien que la possibilité de l'écarter par convention particulière paraît revenir à reconnaître aux particuliers un pouvoir dont la nature serait identique à celle du législateur. [...] Mais dans le système juridique établi à partir du Code civil, la quintessence de la loi, c'est la loi d'ordre public ; c'est donc à cette seule aune qu'il faut envisager les rapports entre loi et contrat. Ici, l'autorité du contrat découle de la loi : l'acte particulier n'existe comme norme que si l'ordre public l'admet comme tel. L'ordre public est premier et, dès lors, il est la garantie et la source de la liberté contractuelle » (P. DEUMIER, Th. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1120).

<sup>3</sup> M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *Arch. phil. droit* 2005, p. 235 et 240.

contractuelles dans le champ des normes privées acceptées étatique ou, en tout cas, dans le champ des normes privées qui participent de la corégulation plutôt que de l'autorégulation. Cette disposition, associée, notamment, à l'article 1123 du Code civil selon lequel « toute personne peut contracter »<sup>1</sup>, apparaît par trop inclusive pour cela. En un mot, ne peuvent pas contribuer à un processus de corégulation, donc d'association de la puissance publique à la « puissance privée », les règles habilitatrices trop générales. Il n'y a « validation » publique, telle que comprise en ces lignes, 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 conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ne peut être analysée 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 réglementaires auxquels il s'attache.

Il n'est, pour autant, pas justifié de déclarer que les contrats ne sont pas valides dans l'ordre *jus-étatique*<sup>2</sup>, l'article 1134 du Code civil assurant bel-et-bien semblable validation sous l'angle théorique normativiste, permettant à l'ordre juridique contractuel d'être une partie de l'ordre juridique général<sup>3</sup>. Tout en bas de la « pyramide », il se trouve bien « l'injonction qu'un agent des forces de l'ordre adresse à un individu et le contrat fixant des obligations entre plusieurs personnes »<sup>4</sup>. Mais, d'un point de vue pragmatique, ledit article, en tant que « citadelle de l'autonomie de la volonté »<sup>5</sup>, 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 bénéficiaire 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. En revanche, peut-être un phénomène de corégulation est-il en cause lorsque l'État est partie au contrat, par exemple dans le cas du contrat conclu entre Youtube et la Sacem, en avril 2013, relatif au partage des revenus publicitaires avec les auteurs,

<sup>1</sup> Cet article du Code civil précise que font exception les personnes que la loi a déclarées incapables.

<sup>2</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations – t. I : Contrat et engagement unilatéral*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2010, p. 61 (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. 70).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 780.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 27<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit privé, 2002, p. 326.

compositeurs et éditeurs de musique français en cas de visionnage de vidéos intégrant leurs morceaux.

Le droit de la communication par internet et le droit des nouvelles technologies plus généralement interrogent également le contrat sous un angle plus pratique : celui des modalités de conclusion et d'exécution (par exemple concernant la signature électronique), de la validité, de la preuve et de l'authenticité des conventions dans un univers immatériel, ainsi que celui des évolutions substantielles du droit positif auxquelles cela oblige, spécialement quant aux exigences formelles à assouplir<sup>1</sup>. Mais ces questionnements sont extérieurs à l'objet de ces développements et n'ont pas à être développés.

Il est très incertain que la loi conserve la « position dominante »<sup>2</sup> par rapport au contrat en habilitant expressément les particuliers à édicter des normes conventionnellement dès lors que ceux-ci, tout particulièrement en matière de communications 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 »<sup>3</sup> —, 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 autorisés formellement et dès lors que, en cas de litige, ils s'en remettront non aux tribunaux d'État 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 étatiques de droit, et stipulent que, en cas de litige, celui-ci sera porté devant un arbitre privé, non devant un juge public<sup>4</sup>. Dans ces conditions, la tutelle étatique est inexistante.

Après les contrats, les autres actes normatifs d'origine privée dont découle une part des règles individuelles propres au droit de la communication par internet sont les décisions prises dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges.

---

<sup>1</sup> Cf. J. HUET, « Informatique et multimédia (droit de) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 827.

<sup>2</sup> F. TERRÉ, A. WEIL, *Droit civil – Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 1979, p. 57 (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. 91).

<sup>3</sup> P. DEUMIER, Th. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1120.

<sup>4</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 261.

## Section 2

### La singularité des jugements privés

*La section qui débute conclut le premier titre de cette thèse, lequel est relatif aux particularités des sources privées du droit de la communication par internet. Leur objet fait que les observations que ce titre porte doivent permettre de percevoir les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit qui pourraient affecter le droit généralement compris dès lors que les caractères du droit transnational seraient devenus les caractères dominants du droit. Logiquement, en effet, les sources typiques du droit transnational sont des sources privées. Après avoir déjà étudié les usages privés, les règlements privés et les contrats privés, la dernière catégorie d'actes normatifs d'essence privée à envisager est celle des jugements privés. Il semble qu'elle ne soit pas la moins originale de toutes dès lors que rendre la justice est généralement considéré comme étant une prérogative réservée au souverain.*

Si les modes alternatifs de résolution des conflits, qui engendrent des « jugements privés », connaissent un grand succès en matière de litiges immatériels (A), 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, au-delà du problème théorique de leur juridicité<sup>1</sup>. La seconde partie de cette section servira ainsi de transition vers le prochain titre de

<sup>1</sup> « 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, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité – Généralité du phénomène et spécificités des ajustements », Séminaire international « Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la tradutorologia giuridica », Rome, 12 et 13 mars 2008 (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 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 sont plus proches de la lisière que du centre de la juridicité. En ce sens, par exemple, J. S. AUERBACH, *Justice Without Law?*, Oxford University 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

cette thèse, consacré à la « légitimité contestée des sources privées du droit de la communication par internet ».

## A. Le développement des modes privés de résolution des conflits nés d'activités internetiques

La grande majorité des normes à portée individuelle d'origine privée constitutives du droit de la communication par internet provient des contrats. Toutefois, ces normes conventionnelles ne jouent pas un rôle plus important dans cette branche du droit spécifique que dans la plupart des branches du droit privé. À l'inverse, si les normes à portée particulière édictées au travers des modes alternatifs de résolution des litiges, au travers de la « justice de l'ombre »<sup>1</sup>, se présentent en moins grand nombre que les normes portées par des contrats privés, elles sont peut-être davantage l'apanage du droit de la communication par internet<sup>2</sup>, celui-ci étant l'une des rares branches du droit dans lesquelles il s'avère que des formes privées de justice concurrencent effectivement la justice publique et, de ce fait, 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 »<sup>3</sup>. Peut-être d'autres matières juridiques connaissent-elles une « déjudiciarisation »<sup>4</sup> et un développement des « nouveaux lieux et nouvelles formes de régulation des conflits »<sup>5</sup> — en premier lieu le droit du commerce transnational avec sa *lex mercatoria*<sup>6</sup>, l'arbitrage étant devenu le « procédé normal de règlement des différends

---

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*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 56). Et un spécialiste de la médiation de considérer que son objet d'étude n'est aucunement juridique, expliquant, notamment, que son développement va de pair avec « la remise en cause du dogme, particulièrement vivace dans la 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., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1011) ; tandis qu'un juriste note que le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges est la conséquence d'une « défiance à l'égard du droit » (D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 132) et qu'un sociologue du droit dit de l'arbitrage par le juge étatique qu'il coïncide avec une « régulation qui n'est plus juridique qu'en apparence » (A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 49).

<sup>1</sup> Réf. à Ch. B. HARRINGTON, *Shadow Justice – The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press (Westport), 1985.

<sup>2</sup> Cf., notamment, Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 281.

<sup>4</sup> D. MAZEAUD, « Les grandes mutations du droit des obligations », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 17 juin 2012.

<sup>5</sup> Cf. M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 209 s.

<sup>6</sup> 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.

commerciaux internationaux »<sup>1</sup> —. 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<sup>2</sup>. 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 de l'internet »<sup>3</sup> ou « structures adjudicationnelles du cyberspace »<sup>4</sup> les mécanismes 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. Il faut donc peut-être relativiser les observations selon lesquelles les modes alternatifs de résolution des conflits feraient « aujourd'hui partie de la culture juridique »<sup>5</sup>, selon lesquelles ils seraient « devenus une mode incontournable au niveau national »<sup>6</sup> et selon lesquelles « le recours à d'autres types de règlement que ceux qui sont la conséquence d'une procédure judiciaire devient un comportement largement majoritaire »<sup>7</sup>. La « justice alternative ou informelle dont sociologues et anthropologues jettent des exemples multiples sous nos yeux »<sup>8</sup> 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, 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<sup>9</sup> et ainsi qu'en attestent différents commentateurs<sup>10</sup>. Reste, comme l'indique un praticien de

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 125. Le professeur observe que « l'institutionnalisation [de l'arbitrage], par la mise en place de structures permanentes — institutions arbitrales à vocation générale, telle la Cour permanente d'arbitrage, ou spécialisées, comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé sous l'égide de la Banque mondiale par la convention de Washington du 18 mars 1965 —, tend à en faire la juridiction de droit commun des affaires internationales » (*ibid.*).

<sup>2</sup> A. VAUCHEZ, L. WILLEMEZ, « Justices en réforme – Présentation », *Dr. et société* 2006, p. 365.

<sup>3</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 115.

<sup>4</sup> P. TRUDEL, « Le *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 221.

<sup>5</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 254.

<sup>6</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 38.

<sup>7</sup> J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *Les justices du quotidien : les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, th., Université de Lyon II - Lumière, 1986, p. 184 (cité par A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 49). 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.

<sup>8</sup> A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert – Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 48.

<sup>9</sup> PE et Cons. CE, dir. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008, *Sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*.

<sup>10</sup> 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., *La force normative – Naissance d'un*

l'arbitrage (membre de la Commission d'arbitrage de la chambre de commerce internationale), que celui-ci « demeure aujourd'hui un petit milieu dans lequel tout le monde se connaît »<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, mais, plus globalement, c'est tout le droit de la communication par internet qui s'avère favorable à ceux-ci.

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 (1). Alors que leur succès en matière de litiges nés dans le cyberspace s'explique logiquement (2), ils constituent un véritable défi lancé à l'État et à sa souveraineté (3) et sont peut-être le signe de l'évolution vers une *culture judiciaire « postmoderne »* (4). 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 (5).

## 1. Les visages des modes alternatifs de résolution des conflits

Les modes alternatifs de résolution des conflits, synonymes de « justice communautaire »<sup>4</sup> et de « justice par les pairs »<sup>5</sup> et très en vogue dans le cyberspace donc<sup>6</sup>, sont spécifiques au droit privé<sup>7</sup> puisque la loi les limite dès lors que l'une des parties au contentieux au moins 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 »<sup>8</sup>. Les procédés alternatifs de règlement des litiges peuvent se caractériser

---

concept, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 707 s. ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, 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.

<sup>1</sup> M. AUDIT, « L'arbitrage privé peut-il régler les contentieux de l'État », *Le bien commun*, 20 juin 2013.

<sup>2</sup> P. TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur Internet », *Cahiers du barreau de Montréal* 1995, n° 3, p. 521.

<sup>3</sup> En ce sens, É. A. CAPRIOLI, « Arbitrage international et commerce électronique », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>4</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 315.

<sup>5</sup> P. TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur Internet », *Cahiers du barreau de Montréal* 1995, n° 3, p. 521.

<sup>6</sup> Cf., par exemple, Th. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31.

<sup>7</sup> Cf., notamment, N. KASIRER, P. NOREAU, dir., *Sources et instruments de justice en droit privé*, Thémis (Montréal), 2002.

<sup>8</sup> Cf. A. GARAPON, « L'arbitrage privé peut-il régler les contentieux de 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,

comme une « justice douce »<sup>1</sup>, 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 heureux qu'elle le soit — unilatérale et forte. 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<sup>2</sup> —, 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<sup>3</sup>. Il s'agit de subroger une solution consensuelle, appelée « transaction », à une situation conflictuelle. Quant à l'arbitrage, dont on souligne qu'il n'est guère une innovation moderne puisque ses origines se retrouvent dans le droit romain<sup>4</sup>, 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, afin que soient lésés le moins d'intérêts possible et que, de la sorte, la solution, qui doit être la « solution la plus juste »<sup>5</sup>, convienne à toutes les parties<sup>6</sup>. L'arbitre, qui « dit le droit » tel un juge — on parle d'ailleurs de « juge privé »<sup>7</sup> —, peut 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 souvent dénoncé des lois et règlements en matière d'internet, l'intérêt revêtu par un tel procédé alternatif est patent. Et l'arbitre peut être un avocat, un universitaire ou, plus

---

p. 3 s. Les ouvertures économiques de la globalisation font germer dans le droit administratif, pourtant traditionnellement réticent, une acceptation de l'arbitrage international. Ainsi le Code de procédure civile, dans son article 1492, autorise-t-il les personnes publiques à recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges mettant en cause les « intérêts du commerce international ». La loi du 15 juillet 1982 sur la recherche accorde la même autorisation dans le cadre des contrats de recherche avec des organismes étrangers (L. n° 82-610, 15 juill. 1982, *D'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France*). Et la loi du 19 août 1986 opère la même concession : « Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats » (L. n° 86-972, 19 août 1986, *Portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales*, art. 9). Cf. G. TEBOUL, « Arbitrage international et personnes morales de droit public », *AJDA* 1997, p. 25 s. ;

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 209 ; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992.

<sup>2</sup> Par exemple, P. CORNIU, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> 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*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 172), alors la plupart des modes alternatifs de résolution des conflits appartiennent à l'univers du droit.

<sup>3</sup> Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1009. Cf., en particulier, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1995 ; *Dr. et société* 1995, n° 29, « La médiation ».

<sup>4</sup> L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 867.

<sup>5</sup> R. DAVID, *Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 95.

<sup>6</sup> 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 ».

<sup>7</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 71.



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<sup>1</sup> ; médiation et arbitrage peuvent être privés comme publiques et diffèrent par leurs modalités de mise en œuvre.

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<sup>2</sup>) comprend quatre temps successifs qu'il est permis de résumer ainsi<sup>3</sup> :

\* La négociation : les parties entament une discussion dans laquelle elles défendent chacune des intérêts opposés et tentent de les concilier ;

\* La médiation : les parties soumettent leur contentieux à un tiers, dont la présence et la neutralité permettent de dégager les points d'accord, et les zones de désaccord, qui font ensuite l'objet de discussions bilatérales et/ou multilatérales, au cours desquelles le médiateur tente de stimuler une solution négociée. Le médiateur ne peut en aucun cas imposer, ni même proposer, une solution ;

\* La conciliation : 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 ;

\* L'arbitrage : un tiers neutre tranche le conflit à la demande conjointe des parties auxquelles il impose sa décision.

Parfois, le mode alternatif de résolution du conflit, en tant que « justice contractuelle »<sup>4</sup> ou « justice conciliationnelle »<sup>5</sup>, 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 »<sup>6</sup> 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 »<sup>7</sup>. En outre, peut-être les modérateurs ou cybermédiateurs<sup>8</sup> 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. Enfin, ne doivent pas être assimilées l'une à l'autre la médiation judiciaire, que le législateur organise autour ou à

<sup>1</sup> J.-C. MAGENDIE, « La médiation : une autre voie de résolution des litiges », *Gaz. Pal.* 29 avr. 2009, p. 32.

<sup>2</sup> Par exemple, V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Dispute Resolution », *Ubiquité* 1999, n° 2, p. 47 s.

<sup>3</sup> 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. 567.

<sup>4</sup> J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

<sup>5</sup> Th. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31.

<sup>6</sup> Notamment, B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, dir., *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006.

<sup>7</sup> P. LASCOUMES, « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits », *Le courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 72.

<sup>8</sup> Ces personnages 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.

l'orée de la procédure judiciaire afin de chercher à l'éviter ou, du moins, à la limiter<sup>1</sup>, 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.

Cette justice alternative, source privée de normes individuelles, est incomparable à la justice étatique qui, « froide » diront certains, autoritaire nécessairement, se laisse subir quand, avec les modes alternatifs de résolution des conflits, les parties sont aussi les acteurs de la justice<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. Le droit des technologies les plus avancées serait ainsi, très paradoxalement, le foyer d'un retour vers les formes juridiques les plus primaires. Néanmoins, l'analogie doit s'arrêter là tant les modes alternatifs de résolution des conflits nés dans le cyberspace ne partagent que peu avec la « justice aborigène » décrite par Carbonnier<sup>4</sup>. Ils sont, plutôt que des reliquats de sociétés archaïques, des innovations de la vie juridique et judiciaire du début du XXI<sup>e</sup> 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 n'a pu être trouvée<sup>5</sup>, ils sont bien davantage développés dans la culture juridique anglo-saxonne<sup>6</sup> que

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 ».

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 319.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> 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., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004 ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2002. Dans les sociétés d'Extrême-Orient, le recours au juge (comme le recours au législateur) dévalorise ceux qui l'opèrent : le droit étatique existe, mais l'homme civilisé se doit de ne pas l'utiliser. Il lui revient de plutôt se conformer aux rites, inculqués par l'éducation, et, face à un conflit, de chercher avant tout à le régler par la conciliation, la transaction ou l'arbitrage. Il s'agit non de chercher qui a tort ou raison, mais simplement de rétablir l'harmonie sociale (N. ROULAND, « Anthropologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 66).

<sup>6</sup> 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 – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-*

dans la culture juridique française et de droit romano-germanique<sup>1</sup>. Or l'influence du *common law*, de son esprit et de ses méthodes, sur le droit de la communication par internet — comme sur, plus généralement, tout ce qui participe du 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.

D'autres éléments permettent de comprendre la réussite des modes alternatifs de résolution des conflits dans le domaine de la régulation des communications internetiques.

## 2. Les succès des modes alternatifs de résolution des conflits

Les succès des modes alternatifs de résolution des litiges nés en raison d'activités internetiques s'expliquent aisément. Tout d'abord, la communication par internet est en soi une source de ce succès puisque la possibilité de proposer des services à distance entièrement dématérialisés (la « *cyberjustice* »<sup>2</sup>) favorise le déploiement des procédures parallèles loin du formalisme public<sup>3</sup> ; en témoigne le site web consacré à la médiation en ligne lancé en 2001 par le centre de médiation et d'arbitrage de Paris<sup>4</sup> — qui 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 soumis audit centre —. Une étude dévoile que les parties se comportent de manière pragmatique et conciliante dans la sphère immatérielle, que les communications y sont plus constructives et l'affrontement moins frontal<sup>5</sup>. Le match avec les tribunaux serait ainsi gagné d'avance. 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. « Il n'échappe à personne, soulignent des commentateurs, que le cloisonnement étatique des cours et tribunaux s'accommode mal du caractère international du réseau »<sup>6</sup>. La souplesse de la justice privée, qui autorise le *forum*

---

*mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 245 (non souligné dans le texte original)). Selon les statistiques fédérales américaines, 90 % des dossiers judiciaires dans lesquels une médiation est proposée aboutissent à un accord (Th. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31). Cf., également, J.-P. BONAFÉ-SCMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, LGDJ, 1998 ; J.-P. BONAFÉ-SCMITT, « 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.

<sup>1</sup> « Rien de plus étranger à la tradition juridique et judiciaire française que pareille expérience », souligne un auteur (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 247).

<sup>2</sup> Cf. K. BENYKHELF et alii, *Le règlement en ligne des conflits : enjeux de la cyberjustice*, Romillat, 2003.

<sup>3</sup> E. L. OWENGA ODINGA, « Vers l'émergence d'une justice *on-line* », *Lex Electronica* 2002, n° 7.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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] <cmmap.fr>).

<sup>6</sup> 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. 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

*shopping* et le *law shopping*, est aussi un atout tant la rigidité des procédures judiciaires publiques peut sembler excessive<sup>1</sup> — d’aucuns n’acceptent plus que « *dura lex, sed lex* » et dénoncent le fait que « *summum jus, summa injuria* »<sup>2</sup> —. Un analyste traduit cela de la façon suivante : la justice publique s’appuie sur une « logique du “gagne/perd” »<sup>3</sup> ou, en d’autres termes, sur une « logique du tout ou rien » quand la justice privée privilégie la « logique du plus ou moins »<sup>4</sup>. Un autre explique que « la décision judiciaire, trop unilatérale, emporte souvent des effets qui donnent l’impression aux plaideurs d’être dépossédés de leur propre cause »<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. Ainsi l’adage « mauvais arrangement vaut mieux que bon procès » rencontre-t-il un accueil favorable croissant parmi les justiciables<sup>7</sup> qui, si une bonne justice est une justice équilibrée<sup>8</sup>, comprennent, à raison ou à tort, que la justice privée est préférable à la justice publique.

Surtout, la justice privée est perçue comme préférable à la justice publique en raison du fait que cette dernière est à la fois trop lente<sup>9</sup> et trop coûteuse<sup>10</sup> — le coût étant aussi un coût

---

kilomètres de chez 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.*).

<sup>1</sup> Déjà au début du XX<sup>e</sup> 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, « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits », *Le courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 71).

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 72.

<sup>4</sup> G. PAQUET, « Le droit à l’épreuve de la gouvernance », [en ligne] <gouvernance.uottawa.ca>, 2000.

<sup>5</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 315.

<sup>6</sup> Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1009.

<sup>7</sup> N. DION, « Les forces de la médiation, variations libres », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d’un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 707.

<sup>8</sup> L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », 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. 254.

<sup>9</sup> Sur ce point, on observe que « la justice est souvent le parent pauvre des États contemporains : le manque 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, *Le droit de l’internet et de la société de l’information – Droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 565).

<sup>10</sup> « 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*, Fondation Roi Baudouin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, 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, *Le droit de l’internet et de la société de l’information – Droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 566).

pour la collectivité<sup>1</sup> —, parfois aussi trop aléatoire<sup>2</sup>, si bien que, souvent, aucune des deux parties n'est satisfaite par une décision rendue par une cour étatique ; et « la bonne volonté du juge des référés, qui tend à devenir le juge naturel des réseaux, n'y peut rien »<sup>3</sup>. Le Professeur Denis Mazeaud, notamment, explique ainsi le mouvement de « déjudiciarisation » par la longueur excessive des procédures judiciaires<sup>4</sup>. Avec les procédures parapubliques, sont écartés les risques de conflits de lois<sup>5</sup> et de renvois préjudiciels synonymes de durées inappropriées aux litiges immatériels. Quant à l'analyse économique du droit, elle 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<sup>6</sup>. 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 sont parties aux conflits. En outre, si le droit transnational du commerce a les panels de l'OMC, si les droits fondamentaux ont les Cours des droits de l'homme et la Cour pénale internationale et si le droit de l'environnement a le Tribunal international du droit de la mer<sup>7</sup>, le droit de la communication par internet, par nature transnational, ne s'est vu attribuer aucune juridiction internationale *ad hoc*, ce qui ne peut que renforcer la tentation de s'en remettre à la justice privée.

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 »<sup>8</sup>, et y verront un élément supplémentaire motivant la réappropriation par les individus de la régulation de leur vie en société<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> P. GUIBENTIF, « Reconnaissance et complexité sociale – Deux approches de la réalité juridique », *Dr. et société* 2011, p. 321.

<sup>2</sup> Ch. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, n° 9, p. 110.

<sup>3</sup> 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. 565.

<sup>4</sup> D. MAZEAUD, « Les grandes mutations du droit des obligations », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 17 juin 2012.

<sup>5</sup> Un arbitre n'a pas de for et n'est donc gardien d'aucun ordre juridique et, par conséquent, les règles de conflit classiques, nationales, internationales et européennes, ne sauraient s'imposer à lui.

<sup>6</sup> B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, 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.*).

<sup>7</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 114.

<sup>8</sup> C'est ici l'occasion de rappeler que les jurés des cours d'assises ne doivent rien à la démocratie et tout au hasard (cf. B. BARRAUD, « La justice au hasard – De quelques motifs juridiques de supprimer les jurys populaires », *Rev. pénit.* 2013, p. 287 s.). À Rome déjà, sous la République, les magistrats étaient élus par le peuple (A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 282).

<sup>9</sup> Par exemple, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 315 (qui évoque une « justice réappropriée »).

La légitimité des juges semble décroître à mesure que différentes « affaires » y portent atteinte<sup>1</sup> et que sa qualité se dégrade du fait de son manque de moyens<sup>2</sup> ; concernant les activités internetiques, elle ne peut qu'être encore plus en péril. Or 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 »<sup>3</sup>. Et peut-être l'accroissement du recours à la justice négociée est-il effectivement « symptomatique des mutations sociales en cours »<sup>4</sup>, si bien qu'il ne s'expliquerait ni plus ni moins que par le mouvement historique du droit qui, parti du pays du privé, s'est rendu dans le pays du public et, aujourd'hui, est en passe de retourner dans le pays du privé. 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 »<sup>5</sup>. Jouant avec la sémantique, les auteurs concluent à une « déjuridictionnalisation » associée à une « déjudiciarisation » à mettre en relation avec une « justicialistion »<sup>6</sup>. Se produirait donc une « diversification des modes de solution des conflits »<sup>7</sup> à laquelle participeraient plus qu'activement les procédés parallèles de règlement des contentieux.

Le développement des modes alternatifs de résolution des conflits est ainsi une cause mais aussi un signe de certaines difficultés rencontrées par les institutions judiciaires étatiques.

### 3. La « justice spontanée », un défi pour l'État ?

Les auteurs qui adoptent une représentation moniste-étatiste du système juridique partent du constat (ou du présupposé) selon lequel l'État exerce une emprise centralisatrice sur les diverses activités traditionnellement associées à la fonction juridique, à savoir les activités législative et judiciaire<sup>8</sup>. Au sein des paragraphes précédents, rédigés à l'aune de l'étude

---

<sup>1</sup> D. SALAS, « Le juge aujourd'hui », *Droits* 2002, n° 34, p. 69 (qui note que « la légitimité n'est pas seulement contenue dans la référence à un acte de souveraineté dont ils sont délégataires [...] mais aussi à une vigilance que le public leur demande de s'imposer à eux-mêmes »).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », 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. 253. Selon l'auteur, « la qualité de la justice est comparable à un triangle dont les côtés seraient l'efficacité, l'éthique et la légitimité ou, plus exactement, elle résulte de son efficacité et de son équité » (*ibid.*).

<sup>4</sup> Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1010.

<sup>5</sup> 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. 105.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1159.

statistique menée relativement au pluralisme juridique en droit de la communication par internet, a déjà été amplement souligné combien l'activité « législative » est souvent le fait d'acteurs privés autant qu'étatiques. L'activité « judiciaire », qui consiste également à créer des normes, mais uniquement des normes individuelles — et qui sont censées être les applications de normes générales antérieures —, est elle-aussi largement abandonnée à des institutions privées, soit celles qui sont ici désignées par l'expression « modes alternatifs de résolution des conflits ».

Quant aux différends apparus dans le monde de l'internet, les tribunaux étatiques ne tranchent pas non parce qu'ils ont mis en place des procédures alternatives de conciliation évitant qu'il soit utile de les saisir mais parce que les parties s'en remettent spontanément à des institutions paraétatiques<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>, la pratique ne suivait alors guère la théorie. Quant à des temps plus récents, Gurvitch décrivait une « démocratie polyédrique » dans laquelle chaque groupement, concurrent de la nation, aspire à la reconnaissance et cherche à développer son droit et à se donner ses instances judiciaires autonomes de celles de l'État<sup>4</sup>. La « justice spontanée »<sup>5</sup>, autant que les règles de droit spontanées, est un défi lancé à l'État, au rôle qu'il a à jouer et à sa capacité à le jouer. La préférence de nombre d'acteurs de la vie internetique pour les modes alternatifs de résolution des conflits signale une dégradation du pouvoir et de la puissance des autorités publiques.

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 »<sup>6</sup>. Certes, il est possible de voir dans la souveraineté un « droit au droit » et, par conséquent, d'affirmer que la souveraineté demeure nécessairement entière puisque toute justice non étatique n'appartient pas au droit et donc n'a pas à être prise en compte afin d'évaluer la pérennité de la souveraineté<sup>7</sup>. Quel que soit le contexte et l'environnement factuels, il demeure toujours permis

<sup>1</sup> Il ne semble donc pas juste, quant au droit de la communication par internet tout du moins, d'écrire que « les différentes formes de justice ne se concurrencent pas et jouent souvent de façon cumulée » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 71).

<sup>2</sup> L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 868.

<sup>3</sup> THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1273, IIa-IIae, q. 60, art. 6 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 164).

<sup>4</sup> Cité par É. SERVERIN, « La sociologie du droit », in M. GRAWITZ, dir., *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, coll. Précis, 1996, p. 156.

<sup>5</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 247.

<sup>6</sup> D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 498.

<sup>7</sup> Cf. B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 281 s.

à l'État d'affirmer que « la justice est un droit régalien et un élément constitutif de la souveraineté ; elle procède, en France, d'un monopole de l'État, depuis l'abolition des juridictions seigneuriales par la Révolution ». Reste que, aux yeux d'un observateur pragmatique autant qu'aux yeux de qui décrit des « usagers souverains »<sup>1</sup>, le développement de la justice privée ne peut que s'analyser telle une conséquence ou telle une cause de la dégradation de la souveraineté (qui est alors assimilée à la puissance factuelle). L'État est dans tous les cas relayé ou même « supplanté dans sa prérogative de diseur de droit »<sup>2</sup> par des institutions privées. Le Professeur Jean-Louis Bergel note que rendre la justice suppose deux pouvoirs (la *jurisdictio*, pouvoir de dire le droit et de mettre fin à la contestation, et l'*imperium*, pouvoir de commandement consistant en des injonctions destinées à l'exécution des décisions) issus de l'autorité de l'État<sup>3</sup>. Seulement n'est-il pas avéré que, *de facto*, il est des personnes privées dotées d'une autorité concurrente à celle de la personne étatique, si ce n'est d'une autorité supérieure à cette dernière ? À propos de l'*imperium* (permettant d'obtenir l'exécution forcée de la sentence), qui, selon une affirmation traditionnelle, n'est jamais détenu par l'arbitre privé qui ne saurait disposer que de la *jurisdictio*, ce qui oblige à faire revêtir la décision du sceau de l'autorité publique par une procédure d'*exequatur*<sup>4</sup>, des commentateurs observent désormais qu'il est des arbitres qui disposent de cet *imperium* dans un environnement où la puissance de l'État est de plus en plus fragilisée<sup>5</sup>. Peut-être cela vaut-il à plus forte raison dans un domaine tel que celui des communications par internet, symptomatique de la mondialisation et de la privatisation des activités ainsi que de la relativisation de la place et du pouvoir des États<sup>6</sup>. Il ne paraît pas possible de retenir qu'en droit de la communication par internet seuls les tribunaux et cours institués par l'État auraient le pouvoir de rendre des décisions ayant autorité de la chose jugée et force exécutoire.

Ensuite, les modes alternatifs de résolution des conflits semblent témoigner de l'avènement d'une nouvelle culture judiciaire, au moins à l'échelle du droit de la communication par internet.

---

<sup>1</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>2</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 255.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 347.

<sup>4</sup> Par exemple, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 115 ; Ch. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits* 1989, n° 9, p. 107.

<sup>5</sup> D. CHEKROUN, « L'*imperium* de l'arbitre », *Arch. phil. droit* 2009, p. 135 s. Notamment, la convention de Washington du 18 mars 1965, à son article 54, fait obligation aux États de reconnaître les arbitrages provenant du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et d'en assurer l'exécution « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif » rendu par un tribunal national.

<sup>6</sup> En ce sens, 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. 569-570.



#### 4. La « justice spontanée », une nouvelle culture judiciaire ?

Un historien du droit observe que ce n'est 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 est parfois coutumièrement ou légalement reconnu aux particuliers ou auto-attribué par eux<sup>1</sup>. Or « 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 »<sup>2</sup>. Mais il faut pousser l'analyse plus avant et distinguer deux cas de figure : soit le mode alternatif de résolution des conflits se développe loin de l'État et alors la souveraineté de celui-ci est effectivement mise à mal par lui ; 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 grandement relativisée. Or c'est un fait que, 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, incitent les personnes privées à recourir à des formes de justice douce et à ne saisir les tribunaux qu'en tant que dernier recours<sup>3</sup>. L'État, après avoir consacré pendant des siècles ses efforts au triomphe (notamment symbolique) de sa justice contre les justices privées<sup>4</sup>, est désormais contraint — car cela ne paraît pas être un choix libre mais être la conséquence de l'« explosion des contentieux »<sup>5</sup> et de

<sup>1</sup> A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 282.

<sup>2</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>3</sup> Cf. P. LASCOUMES, « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits », *Le courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 72 ; Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1010 ; P. ANCEL, M.-C. RIVIER, dir., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001. Ainsi commente-t-on : « 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*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 70-71).

<sup>4</sup> Cf. L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 867 s. En particulier, l'auteur décrit : « Suite à l'effondrement de l'Empire romain d'Occident, en 476, la tradition germanique prévaut : la population libre participe à la justice franque ; les Carolingiens essaient de donner une allure institutionnelle à la justice mais la vengeance privée demeure un droit et le tribunal de droit commun, le *Mallus*, a bien des rivaux. Les temps féodaux vont poursuivre cet émiettement des fonctions de justice. [...] Grâce à différentes techniques, au premier rang desquelles l'appel (des juridictions seigneuriales et municipales vers les cours royales), les juges royaux feront lentement triompher le principe mis au point par les juristes du monarque : "Toute justice émane du roi" » (*ibid.*, p. 868).

<sup>5</sup> L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, 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 ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 105)).

l' « encombrement des prétoires »<sup>1</sup> — d'encourager les voies extra-judiciaires de résolution des différends<sup>2</sup>, en plus de perfectionner les procédures d'urgence (comme le nouveau référé administratif introduit en France par la loi du 30 juin 2000<sup>3</sup>) et d'instituer une justice de proximité confiée à des juges non professionnels pour statuer sur les litiges les moins importants<sup>4</sup>, ensemble de mesures qui, au contraire de l'abandon à des formes privées de règlement des litiges, ne sont pas « l'indice d'un mouvement de "déjudiciarisation" ; il s'agit au contraire de permettre à l'appareil judiciaire de fonctionner, d'être efficace<sup>5</sup>, en favorisant le règlement amiable des litiges et en assouplissant les formes du procès »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 114. Le professeur cite le chiffre selon lequel le nombre des requêtes adressées au juge administratif est passé de 22 000 en 1973 à 138 000 trente ans plus tard et explique que cela « impose la création de soupapes de sûreté, voire de voies de dérivation » (*ibid.*). Pourtant, dans le même temps, on observe que les justiciables sont de moins en moins enclins à ester en justice : « Le conseil l'emporte désormais sur la chicane ; la négociation sur le conflit ; la conciliation sur la dispute. [...] Une attention toute particulière est portée aux tâches qui incombent désormais aux juristes : non plus seulement l'assistance, la représentation en justice, la défense ; mais, de plus en plus, le conseil voire la prise en mains des négociations, des tractations, des médiations de plus en plus nombreuses, et des conciliations. Plus que jamais, on prépare des contrats ; on tente de prévoir et de régler par avance les responsabilités. Décentrement du Palais, déjà déserté par une multitude de jeunes avocats qui passent leurs journées dans des bureaux, devant des ordinateurs, et qui ne sera bientôt plus qu'un moment parmi d'autres, le plus succinct possible, dans la vie des professions judiciaires. [...] Bref, le Conseil reprend le dessus chez l'avocat, afin de répondre à des attentes nouvelles : minimiser les risques ; éviter des procès longs et coûteux lorsque l'issue paraît hypothétique ; trouver des arrangements satisfaisants en termes de rapport coûts/bénéfices (y compris de temps) » (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 71).

<sup>2</sup> La médiation a été mise à l'honneur par le législateur pendant la Révolution où elle était conçue comme un préalable obligatoire à la saisine du juge. Progressivement, le droit français a supprimé la plupart des médiations obligatoires (Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1010).

<sup>3</sup> L. n° 2000-597, 30 juin 2000, *Relative au référé devant les juridictions administratives*.

<sup>4</sup> L. n° 2002-1138, 9 sept. 2002, *D'orientation et de programmation pour la justice*. Cf. G. CANIVET, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in *Mélanges Pierre Draï*, Dalloz, 2000, p. 23 s.

<sup>5</sup> Au sein du Conseil de l'Europe, a été constituée la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et la Cour de Strasbourg elle-même n'hésite pas à faire référence aux travaux de celle-ci pour condamner les États dont elle juge le système judiciaire trop peu performant au regard de certaines exigences du procès équitable, notamment le respect du délai raisonnable de jugement, ce qui fait écrire à un auteur que « deux objectifs sont à concilier pour qu'une décision de justice présente les garanties de qualité au sens du Conseil de l'Europe. En premier lieu, le respect des valeurs fondamentales, les standards de qualité de la Convention européenne des droits de l'homme [...]. En second lieu, l'efficacité du fonctionnement du système judiciaire (ses moyens, ses résultats, ses performances) dans le cadre d'un processus de modernisation » (J.-P. JEAN, *Le système pénal*, La découverte, 2008, p. 31 (cité par L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », 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. 254)). La mission de la CEPEJ est clairement définie par la Résolution l'instituant et est très significative : « Améliorer l'efficacité et le fonctionnement du système judiciaire des États membres, afin d'assurer que toute partie relevant de leur juridiction puisse faire valoir ses droits de manière effective, renforçant ainsi la confiance des citoyens dans la justice » (cité par L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », 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. 254).

<sup>6</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 114.

Comme le relèvent des auteurs, l'institution judiciaire est « gagnée par la culture du marché »<sup>1</sup>, par « la contractualisation et la marchandisation de la justice »<sup>2</sup> ; 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. Mais ce phénomène, très étonnamment, alors qu'il est palpable en particulier en droit civil (spécialement en droit des successions et en droit des conflits de voisinage<sup>3</sup>), ne l'est pas en droit de la communication par internet plus qu'ailleurs, si ce n'est peut-être au niveau européen où, 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<sup>4</sup>. C'est pourtant là que, plus qu'ailleurs, l'État n'incarne qu'imparfaitement la figure du tiers régulateur, en tant qu'instance ontologiquement préposée au maintien de l'ordre et de la cohésion sociale. 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. Aucune disposition similaire ne se retrouve dans le droit de la communication par internet, bien que des auteurs plaident pour une « certification par l'État des services de médiation [afin de] protéger les valeurs de la République »<sup>5</sup>. Diverses autorités publiques ont plaidé en faveur de l'encouragement des modes alternatifs de résolution des conflits, mais de manière générale, non concernant spécifiquement les litiges immatériels<sup>6</sup>. En la matière, une large majorité des normes portées par les décisions produites dans le cadre de modes alternatifs de résolution des conflits doivent être considérées en tant que droit indépendant de l'État et non en tant que droit « validé » par l'État. La justice douce internetique participe généralement de l'autorégulation et rarement de la corégulation,

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 869.

<sup>3</sup> Ch. JARROSSON, « Médiation », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1010. L'auteur précise qu'à ces deux domaines classiques s'ajoutent désormais le droit des affaires, le droit de la consommation et même le droit administratif (*ibid.*).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> J. HUET, Th. TONNELIER, « 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.

<sup>6</sup> 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, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31).

alors pourtant que, en 2011, des députés relevaient combien, « le monde numérique étant un domaine mal encadré par les normes de droit, la médiation apparaît essentielle »<sup>1</sup>.

Constituent néanmoins des exceptions remarquables les modes alternatifs de résolution des conflits, entièrement dématérialisés, qui avaient été institués dans le cadre du Forum des droits sur l'internet. Et d'autres illustrations peuvent être brièvement proposées.

## **5. Quelques exemples de modes alternatifs de résolution des conflits**

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<sup>2</sup>. Dans cette perspective, 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<sup>3</sup>. 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 octroie une compétence très large<sup>4</sup> —, 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. L'essai de médiation paraissait donc, aux yeux des justiciables, non facultatif mais bien impératif, le tribunal public 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 »<sup>5</sup> —. L'organe de médiation du Forum a amplement servi à mettre fin aux litiges internetiques puisqu'il a permis de régler près de 13 000 différends, 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.)<sup>6</sup>. 95 % des dossiers ont été résolus selon l'association, laquelle parlait de « grand succès de l'opération »<sup>7</sup>. Mais ce qui se présentait

---

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 302.

<sup>2</sup> J.-C. MAGENDIE, « La médiation : une autre voie de résolution des litiges », *Gaz. Pal.* 29 avr. 2009, p. 32.

<sup>3</sup> 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 ».

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> J. HUET, Th. TONNELIER, « 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.

<sup>6</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 299.

<sup>7</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 7 (site consulté en 2010).

comme le meilleur exemple de corégulation en matière de justice — que les tenants de l'étatisme juridique dénonçaient avec force<sup>1</sup> — a disparu en même temps que le Forum des droits sur l'internet, malgré son efficacité.

En outre, le Forum des droits sur l'internet 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 l'usage de l'internet »<sup>2</sup>. Le Forum se targuait d'un « taux de résolution moyen de 87,5 % » sur un total de 22 000 dossiers<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. L'Association nationale des médiateurs a 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.

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, à l'identique des contrats quoique de manière un peu moins forte, par leur multiplicité, leur hétérogénéité et leur diversité<sup>5</sup>, 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*<sup>6</sup>. Il serait fastidieux et peu pertinent épistémiquement de chercher à décrire ces différentes formes de justice parallèle à la justice publique<sup>7</sup>, telles que

---

<sup>1</sup> J. HUET, Th. TONNELIER, « 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. Selon ces auteurs, seuls l'État serait en mesure d'assurer les « garanties fondamentales d'une bonne justice ». 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 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 ? ». L'ensemble de ces critiques paraît ignorer le grand particularisme des activités en ligne qui interroge tant les modes classiques de création du droit que les modes classiques d'application du droit. Mais peut-être ces propos sont-ils fondés, ce à quoi il conviendra de réfléchir au sein du prochain chapitre.

<sup>2</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 7 (site consulté en 2010).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> En ce sens, de manière générale, J.-B. RACINE, dir., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002.

<sup>6</sup> Cf., notamment, Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

<sup>7</sup> 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>; <icourthouse.com>; <vmag.org>; <settleonline.com>; <clicknsettle.com>; <cybersettle.com>; <cybertribunal.org>.

le service de résolution des litiges (dit « d'intermédiation ») et le « Médiateur du e-commerce » de la FEVAD<sup>1</sup>. Peu simplement, à titre d'exemple et en raison à la fois de sa grande originalité et de son haut niveau de développement institutionnel, être évoqué le « Comité d'arbitrage » dont s'est doté Wikipedia. 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 ». Il existe bien d'autres « juridictions de degré zéro »<sup>2</sup> présentant de tout autres formes. Logiquement, celles-ci recourent massivement aux dernières technologies — il est possible de parler d'« e-médiation »<sup>3</sup> — : 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.

La procédure de règlement des litiges « par voie amiable ou extrajudiciaire »<sup>4</sup> interne à l'AFNIC est elle aussi un remarquable exemple. 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 »<sup>5</sup>. 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 —.

En dernier lieu, doit être souligné combien la mise en concurrence des procédures judiciaires étatiques par les procédés privés de solution des litiges, par la justice communautaire, interroge la pertinence et la possibilité de publiciser les sources du droit de la communication par internet par le truchement de la « jurisprudentialisation » de ce droit. En effet, outre les difficultés que cela pose en termes de « dogmatique juridique » étant donné le contenu de l'article 5 du Code civil, les juges sont dépendants des contentieux qui leur sont soumis et ne peuvent pas faire œuvre créatrice, faire œuvre de jurislature concernant une problématique précise, tant qu'un litige posant cette problématique ne leur est pas soumis.

---

<sup>1</sup> 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.*).

<sup>2</sup> B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>3</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 7 (site consulté en 2010).

<sup>4</sup> [en ligne] <afnic.fr>.

<sup>5</sup> *Ibid.*

Mais, pour l'heure, la question de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet n'a pas à être débattue davantage. Il convient, avant d'aborder le second titre de cette thèse, de dire quelques mots des sanctions privées, celles-ci étant peut-être plus encore que les « décisions de justice » privées significatives d'un profond revirement de la culture juridique, revirement qui, bien entendu, n'est en ces pages constaté qu'à l'intérieur du domaine juridique précis qu'est le droit de la communication par internet. Par exemple, la « Charte 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 complet, comprenant *exequatur* et sanction. La jurisprudence<sup>1</sup> puis un décret<sup>2</sup> sont venus valider le pouvoir de sanction et d'exécution de l'AFNIC, confortant le caractère corégulationnel de son travail. Les historiens du droit constatent que, « dans aucune société évoluée, [les modes alternatifs de résolution des conflits] ne sont jamais parvenus à jouer un rôle de premier plan »<sup>3</sup>. La révolution de la culture juridique et le basculement vers un « nouveau droit » que le droit de la communication par internet annonce<sup>4</sup> apparaissent ainsi de façon patente. Ils coïncident avec le pluralisme juridique, mais aussi avec le « pluralisme judiciaire »<sup>5</sup>, lesquels sont symptomatiques du « remplacement progressif de la suprématie de l'autorité publique par celle de la négociation privée »<sup>6</sup>.

## B. La fragilité des sanctions privées d'activités internetiques illicites

Pour que le droit d'origine privée applicable aux communications par internet ait un sens, pour qu'il mérite véritablement le titre de « droit » — au-delà des spéculations théoriques qu'il n'est pas lieu ici de discuter —, peut-être faut-il encore qu'existent des sanctions susceptibles

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, 4<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Droit fondamental, 2010, n° 177 (cité par A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 283).

<sup>4</sup> En ce sens, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 114.

<sup>5</sup> Réf. à 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. ; également, J.-B. RACINE, dir., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002. Carbonnier ne voyait de pluralisme juridique que dans le pluralisme judiciaire. Mais il s'agissait d'une toute autre forme de pluralisme judiciaire, à savoir un pluralisme induit par les variations dans les interprétations des règles de droit par les différents juges (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995).

<sup>6</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 72.

d'être prononcées et exécutées à l'encontre de quiconque ne le respecterait 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. Un mode alternatif de résolution des conflits doit pouvoir mener à une solution amiable en cas de litige ; il doit également, semble-t-il, être en mesure de conduire à l'application d'une sanction dès lors que l'une des parties n'a pas respecté le droit en vigueur, même si celui-ci n'a qu'une origine privée. Or, s'il faut considérer ici que toute sanction privée est juridique comme toute norme privée est juridique<sup>1</sup>, les sanctions privées sont néanmoins d'une tout autre espèce par rapport aux sanctions publiques. Notamment, elles peuvent difficilement consister en une contrainte physique ou en une privation de droits. Les sanctions privées peuvent potentiellement être tout à fait coercitives ainsi que dissuasives — ce qui est aussi le rôle d'une sanction —<sup>2</sup> ; 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, même si des commentateurs en viennent à les identifier à une « authentique croute institutionnelle et technique »<sup>3</sup>.

Les sanctions privées interrogent tant du point de vue de leur efficacité (1) que du point de vue de leur légitimité (2), ce dernier point permettant de passer au second titre de cette première partie, lequel sera consacré à la légitimité discutable du droit d'origine privée.

## 1. L'efficacité incertaine des sanctions privées appliquées dans le cyberspace

La communauté virtuelle a très tôt mis sur pied son propre règlement judiciaire, par exemple pour les cas où la netiquette est enfreinte. 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

---

<sup>1</sup> N'a pas à être débattue en ces lignes 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). Reste qu'il n'est peut-être pas lieu de suivre qui fait de la sanction et de la contrainte étatiques les critères de la règle de droit (parmi beaucoup, L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Introduction au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, coll. Manuel de droit, 2000, p. 36 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Sirey université, 2012, p. 23). Déjà Bodin expliquait que « le commandement permet de distinguer les 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, *Les six livres de la République*, 1576, L. III, chap. 3 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 157)). Est ici estimé qu'un pouvoir de contrainte privé à caractère juridique est, en théorie tout du moins, possible. Ne pourrait donc pas être reprise l'idée de normes « efficaces socialement mais inefficaces juridiquement, [...] contraignantes socialement mais non contraignantes juridiquement » (C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 610).

<sup>2</sup> En ce sens, C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 609.

<sup>3</sup> 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. 256.



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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Le retrait subséquent de ces services ou contenus peut peut-être s'analyser en tant que sanction de leurs auteurs.

En outre, les sanctions privées susceptibles d'être appliquées en cas d'« infraction » immatérielle correspondent parfois à ce que Gurvitch, à la suite de Duguit, appelait la « réaction sociale à la violation de la règle, c'est-à-dire la garantie sociale de l'efficacité réelle d'une règle, qui ne peut s'exprimer dans aucune mesure prédéterminée d'avance contre le délinquant »<sup>3</sup>. Le groupe auquel appartient celui qui a enfreint une norme le régissant se retrouve mis à l'écart, ostracisé, banni de fait, ce qui est une sanction. Il est, sur ce point, opportun de citer 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 »<sup>4</sup>. Peut-être, concernant les infractions au droit d'origine privée régissant les activités internetiques, faut-il relativiser pareille affirmation, d'autant plus que 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<sup>5</sup>. Reste que les sanctions privées peuvent correspondre à cette description et que, dans le même temps, les sanctions prononcées par les instances étatiques à l'encontre d'un acteur évoluant dans le cyberspace, trop souvent, demeurent lettre morte, notamment en raison de l'« impasse des échelles » temporelle et, surtout, spatiale<sup>6</sup>. Il ne serait toutefois pas réaliste de juger que les sanctions privées sont en mesure de rivaliser avec les sanctions étatiques, d'autant plus lorsqu'il s'agit de sanctions des

---

<sup>1</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 101.

<sup>4</sup> E. EHRLICH, *Fondement de la sociologie du droit*, 1913 (cité par G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 129).

<sup>5</sup> « 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 loupard 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, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 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.

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s. ; B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

internautes par les internautes. Symptomatiques de la tendance à l'« informalisme »<sup>1</sup> 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 sont en général que peu affectés par ce genre de sanctions qui deviennent par conséquent transparentes. 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<sup>2</sup>. Nul doute que la société internetique ne saurait être comparée à semblable société traditionnelle.

Le problème de la sanction est peut-être le point noir du droit d'origine privée de la communication par internet, la source principale de sa fragilité et des réserves qu'il est permis d'émettre à son endroit. Celui-ci 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 de se voir sanctionné. Sur ce point, il convient de distinguer précisément 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 du fait que leur réputation est leur bien le plus précieux<sup>3</sup>. C'est ici la publication de la sanction qui est la véritable sanction. 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<sup>4</sup>. Or les acteurs professionnels sont bien davantage que les particuliers tentés — souvent forcés — de s'inscrire parmi de tels systèmes 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 dans la sphère immatérielle, n'ont guère le choix de se montrer ou non

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 259.

<sup>2</sup> A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 27.

<sup>3</sup> En ce sens, É. A. CAPRIOLI, « Arbitrage international et commerce électronique », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>4</sup> W. GORE, « Les instances d'autorégulation – Assurer le respect des codes de déontologie », in A. HULIN, J. SMITH, dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, OSCE (Vienne), 2008, 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.*).

respectueuses des diverses normes déontologiques qui s'appliquent à elles, qu'elles soient formelles ou informelles<sup>1</sup>. De la sorte, les sanctions privées s'avèrent donc fort dissuasives.

La réputation et son « pouvoir attractif »<sup>2</sup> 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. En tant que synonyme de sécurité, de crédibilité, de transparence et de notoriété, elle se montre irrémédiablement 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 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. Si la notion de confiance « a longtemps semblé appartenir à un registre désuet, non moderne »<sup>5</sup>, 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<sup>6</sup> et, surtout, l'intitulé et le contenu de la « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » de 2004<sup>7</sup>. 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> C. CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2007, p. 463.

<sup>3</sup> *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, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2007, p. 461)).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> C. CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2007, p. 460.

<sup>6</sup> Cependant, ce sont surtout des philosophes, des sociologues et des économistes qui s'intéressent à la confiance dans les relations et dans la régulation, ce que souligne un commentateur au sujet de la LCEN, ajoutant que « le concept de confiance, en réalité, reste un domaine encore peu exploré par les juristes » (É. CAPRIOLI, « La confiance dans les communications électroniques », [en ligne] <caprioli-avocats.com>, 2005).

<sup>7</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

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<sup>1</sup>. 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.

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 privées des individus. En ces lignes, n'est pas considéré que seul le recours à la force publique est admis et que « la vengeance privée, source d'arbitraire et d'anarchie, est interdite »<sup>2</sup>. Est estimé au contraire que le recours à la force privée par une institution privée peut être parfaitement conforme au droit. Le problème est qu'il est difficile de trouver cette force privée en matière d'encadrement de la vie internetique des individus. Certes, de multiples groupements d'internautes et même l'ensemble des internautes quelques fois ont édifié un droit sanctionnateur plus dense que beaucoup ne l'imaginent et très original puisque s'appuyant essentiellement sur la publicité de la mesure<sup>3</sup> (déconnexion, dénonciation, établissement de listes de proscrits, envoi de courriers électroniques d'avertissement, boycottage ou encore *flaming*<sup>4</sup>). 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. Seulement le problème est-il que, mis à part quelques services qui peuvent sembler indispensables aux relations sociales contemporaines, la plupart des sites web 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

---

<sup>1</sup> T. R. FENOULET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 10. 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 ».

<sup>2</sup> P. CORNIOU, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2005, p. 5.

<sup>3</sup> 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. 288.

<sup>4</sup> Le *flaming* consiste à faire déconnecter du réseau les sites qui ne respectent pas les codes en vigueur.

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 sanction privées, même si des auteurs n'hésitent pas à les élever au niveau des sanctions étatiques<sup>1</sup>.

On souligne que « la religion ou la morale bénéficient, elles aussi, de sanctions extrêmement contraignantes, et parfois beaucoup plus efficaces que tout ce que le Droit a jamais pu imaginer pour discipliner les âmes »<sup>2</sup>. Quant aux sanctions privées propres au droit de la communication par internet — qui, d'ailleurs, présentent souvent un aspect moral très prononcé —, il n'est que possible de demeurer méfiant vis-à-vis de leur efficience. 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 d'une norme de sanction, *i.e.* d'une sanction potentielle, ou bien sont seulement assorties de normes conduisant à des sanctions d'ordre symbolique peu éprouvantes pour leurs destinataires<sup>3</sup>. Le droit de la communication par internet est donc, pour une part non négligeable, un « droit mou », c'est-à-dire un « droit sans sanction »<sup>4</sup>. Mais l'ambition des modes alternatifs de résolution des conflits, ainsi que leur nom l'indique, 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<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>, n'est 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 il est d'ailleurs un certain nombre d'entre eux qui n'en prononcent jamais. Ceux qui se limitent à un travail de médiation et de conciliation, en premier lieu, n'ont pas pour objet de sanctionner quiconque. 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. Où se confirme combien les procédures parallèles de règlement des litiges se rapprochent du droit civil et demeurent éloignées du droit pénal.

Les sanctions privées posent donc question sous l'angle de leur efficacité. Elles posent également question sous l'angle de leur légitimité.

<sup>1</sup> Notamment, 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. 255.

<sup>2</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 68.

<sup>3</sup> En ce sens, C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, p. 846.

<sup>4</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 609.

<sup>5</sup> A. VAUCHEZ, L. WILLEMEZ, « Justices en réforme – Présentation », *Dr. et société* 2006, p. 366.

<sup>6</sup> 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.

## 2. La légitimité incertaine des sanctions privées appliquées dans le cyberspace

Si « l'arbitrage a connu un développement prodigieux »<sup>1</sup>, il n'en va pas de même des sanctions privées, l'arbitrage et les autres modes alternatifs de résolution des conflits s'accommodant mal de la mission de sanctionner les auteurs d'infractions et s'appuyant essentiellement sur leur « force pragmatique »<sup>2</sup>. Il n'en demeure pas moins que les sanctions privées, bien que relativement rares et fragiles, interrogent l'observateur du point de vue de leur légitimité. Outre la question de leur efficacité réelle<sup>3</sup>, on parle de « commerce de la médiation en ligne en plein essor »<sup>4</sup> ; 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 médiation est engagée aboutissent-ils à un accord aux États-Unis<sup>5</sup> ; le danger est que ces accords profitent aux 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<sup>6</sup>. On relève que le consentement, initial et/ou final, peut être « extorqué » par la partie en position de supériorité<sup>7</sup>. Peut-être la réalité de l'impartialité du « juge » peut-elle parfois être mise en doute ; 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<sup>8</sup>. Et d'aucuns, évoquant les « dangers de la privatisation de la justice »<sup>9</sup>, de souligner combien les modes alternatifs de résolution des conflits portent atteinte, pour certaines catégories de justiciables, au

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 125.

<sup>2</sup> N. DION, « Les forces de la médiation, variations libres », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 707.

<sup>3</sup> 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, « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits », *Le courrier du CNRS* 1990, n° 75, p. 72).

<sup>4</sup> Th. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 26 août 2002, p. 31.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> 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. 2774.

<sup>7</sup> J. HUET, Th. TONNELIER, « 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. 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 intransigent (nous le savons pour l'avoir vécu), 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 vieille 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 ».

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 39.

contradictoire et aux « précieuses garanties du procès judiciaire »<sup>1</sup>, principes essentiels en tout État de droit qu'il n'est pas assuré que cette justice alternative protège. « La valeur des volontés échangées blanchit tout »<sup>2</sup> ; or, pour différentes raisons, les volontés peuvent ne pas être libres ou ne pas l'être totalement. 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 »<sup>3</sup>, en particulier les droits procéduraux énoncés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, les procédures parallèles à la justice publique peinent à garantir la fiabilité des documents produits et la manipulation est une voie qu'il peut s'avérer tentant d'emprunter<sup>4</sup>. 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.

Cette dernière 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 »<sup>5</sup> 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 attrayant, même si le particularisme des relations immatérielles fait que, nécessairement, elle revêt davantage de légitimité en la matière que dans l'absolu. Sont donc posées à bon droit les questions suivantes : « 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'“amiabiles” compositeurs profanes ? [...] Ne prend-on pas de bien grands risques à laisser entendre que la sanction de l'illicite est négociable ? »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> 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. 2774.

<sup>2</sup> J. HUET, Th. TONNELIER, « 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.

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 209.

<sup>4</sup> C. CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 2007, p. 471.

<sup>5</sup> Réf. à D. SALAS, *Le tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Hachette, coll. Forum, 1998.

<sup>6</sup> D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », 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. 52.

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 ainsi que l'expérience statistique relative à la réalité du pluralisme juridique le révèle<sup>1</sup>, interrogent quant à leur bien fondé et quant au fait qu'il faille s'en réjouir ou au contraire s'en effrayer. La discussion de la légitimité plus ou moins grande du droit de source privée par rapport au droit de source publique conduit à empiéter dans le domaine politique, le droit n'étant qu'un outil en soi neutre — ni bon ni mauvais — au service de la mise en œuvre de choix politiques. Est décidé, en la présente thèse, de procéder à cette excursion sur le territoire *jus*-politique, mais en n'y réservant qu'un seul et unique titre : le prochain.

---

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.





## Conclusion du premier titre

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<sup>e</sup> s. et au XX<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> s., les sources privées concurrençant de plus en plus les sources étatiques<sup>1</sup>. En ce sens, il existerait depuis longtemps un « accord généralisé sur la vocation à l'autorégulation de l'internet »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>, 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 »<sup>4</sup>.

Actuellement, des chercheurs en droit se proposent de « comprendre les nouvelles sources du droit à l'origine d'une magistrale révolution juridique et normative »<sup>5</sup>. Les sources privées paraissent occuper une place centrale au sein de ces « nouvelles sources du droit », au sein de la « juridiversité »<sup>6</sup>. 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<sup>e</sup> s., et les usages et les contrats privés, bien mieux connus<sup>7</sup> — ; et un spécialiste du « droit de l'internet » de qualifier les chartes et autres codes privés d'« ovnis juridiques »<sup>8</sup>. En même temps, il semble utile de s'intéresser à ces sources privées, sous peine de faire peut-être montre d'un excessif conservatisme ; car, comme l'expliquent métaphoriquement des philosophes du droit de l'« École de Bruxelles » :

---

<sup>1</sup> Voir l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience* pour les résultats de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques.

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 348.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>5</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, 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<sup>e</sup> siècle » (*ibid.*, p. 9).

<sup>6</sup> Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 18.

<sup>7</sup> Le Professeur Pascale Deumier explique ainsi que « le droit spontané est éternel : *ubi societas ibi jus spontaneus* » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 2).

<sup>8</sup> O. ITÉANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015.

*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.<sup>1</sup>*

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 notamment ce qui justifie de s'intéresser aux sources de ce droit<sup>2</sup>. 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. L'un des intérêts premiers de cette thèse résiderait donc éventuellement dans l'observation de sources du droit rarement prises en compte 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<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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 la question de la capacité des juristes à savoir voir les mouvements du paysage juridique.

On s'intéresse souvent aux seules sources publiques du droit — auxquelles, éventuellement, on ajoute la coutume —<sup>5</sup>. Il s'agissait, en ce titre premier, de rendre justice à *l'importance de fait des sources privées* du droit de la communication par internet, là où placer sur un pied d'égalité les sources publiques et les sources privées du droit de la communication audiovisuelle ou du droit des réseaux de communications électroniques serait, semble-t-il, malvenu.

---

<sup>1</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 5.

<sup>2</sup> Par exemple, É. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 333 ; 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. 50 ; E. LAGRANGE, « 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.

<sup>3</sup> En ce sens, A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, 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.

<sup>4</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 203.

<sup>5</sup> Néanmoins, par exemple, N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015.

Ensuite, si ce sont essentiellement les sources privées de règles à portée générale qui ont été prises en compte au moment de réaliser l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques<sup>1</sup>, il est apparu peut-être opportun 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 si inhabituels dans le paysage juridique qu'il a semblé indispensable de s'y intéresser. Du côté des sources privées de normes à portée générale, les usages autant que les règlements privés 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*.

Le déploiement des sources privées du droit correspond mécaniquement à un retrait des sources publiques du droit. Avant d'envisager ces dernières, il convient de souligner combien ce mouvement peut être regretté. Mais cela conduit sur un terrain critique, politique et idéologique et oblige à quitter le milieu scientifique, car ce n'est que subjectivement qu'il est permis d'estimer que, *globalement, les normes d'origine publique sont préférables aux normes d'origine privée*. Aussi le titre suivant constituera-t-il une exception à l'intérieur de cette thèse qui se veut principalement *jus*-scientifique. Ensuite, les difficultés des sources publiques associées au besoin de ces mêmes sources publiques pourraient inviter à rechercher les causes et les conséquences de la réalité du pluralisme juridique, les causes et les conséquences de la prospérité des sources privées. Néanmoins, ces questionnements ne sauraient donner lieu qu'à des réflexions publiées par ailleurs tant, justement, ils amènent à abandonner l'espace *jus*-scientifique pour prendre place dans l'espace *jus*-politique, lequel n'est — semble-t-il — pas le cadre à privilégier au moment de rédiger une thèse de doctorat en droit. Un seul et unique titre au sein du présent travail doctoral relèvera donc d'une approche subjective et idéologique : le prochain.

---

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.



## Titre 2

# LA LÉGITIMITÉ CONTESTÉE DES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Précédemment en cette première partie consacrée aux sources privées du droit de la communication par internet, les particularités de ces sources ont été présentées et expliquées. Pareils développements apparaissent potentiellement porteurs dès lors que, d'une part, ces règlements privés, usages privés et autres jugements privés aujourd'hui fort atypiques seront peut-être les sources principales du droit de demain et que, d'autre part, ils demeurent pour l'heure relativement peu étudiés — à tel point qu'on leur refuse souvent la qualité juridique —. Cet exposé empirique des diverses sources privées du droit de la communication par internet achevé, il est temps de changer d'outils et d'intentions et d'interroger, sous un angle exceptionnellement subjectif, critique, polémique et prescriptif, la légitimité du droit de la communication par internet d'origine privée. Les sources privées confortent-elles ou menacent-elles l'intérêt général, la démocratie, la sécurité et les droits et libertés fondamentaux ? Sera tirée de ce second titre la conclusion selon laquelle le droit issu des sources publiques serait globalement — mais en aucune façon absolument — préférable au droit issu des sources privées. Pourra alors être opérée la transition entre les deux parties de cette thèse et débuté l'examen, à nouveau empirique, des moyens mis en œuvre par les institutions étatiques et interétatiques afin de prendre autant que possible en charge l'élaboration du droit de la communication par internet, aussi bien qualitativement que quantitativement — l'aspect quantitatif étant intimement dépendant de l'aspect qualitatif —.*

Le second titre qui débute consiste en *une réflexion d'ordre politique plus que scientifique*. 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 —. La tâche du chercheur en droit serait de *comprendre puis expliquer le droit positif*, objectivement et empiriquement ainsi que l'indique 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* »<sup>1</sup>. Il en constaterait l'existence sans chercher à le modifier. Lorsqu'un juriste invite le Parlement, le Gouvernement ou la jurisprudence à faire évoluer le droit positif dans un certain sens, il quitte peut-être le monde de la science juridique pour entrer dans celui de la « politique juridique »<sup>2</sup>, cherchant à « dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait »<sup>3</sup>. Le scientifique du droit aborderait donc 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<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>.

Or il semble qu'il faille ranger la thématique abordée au sein du présent titre parmi les réflexions politiques, si ce n'est idéologiques, davantage que parmi les réflexions juridiques ou, de manière moins radicale, parmi les réflexions *jus*-politiques davantage que parmi les réflexions *jus*-scientifiques. En 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 ? 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 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 justifié ou non d'œuvrer en ce sens*. Ce n'est ainsi qu'un seul titre sur les quatre que comprend cette thèse qui comporte un propos d'ordre axiologique<sup>6</sup>, donc un propos foncièrement subjectif, arbitraire, relatif et discutable<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9 (non souligné dans le texte original).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 245 s.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Il faut, en outre, rappeler que les causes du développement du droit d'origine privée que sont, notamment, l'épuisement du contrat social, l'affaiblissement du fondement national ou encore l'aviilissement du gouvernement représentatif, soit l'élargissement du fossé séparant représentants et représentés, ne sont pas traitées en raison justement de leur caractère très peu *jus*-scientifique. Ainsi, ne sont pas davantage interrogés l'obsolescence du lien entre peuple, territoire et État ; le discrédit des décisions des gouvernants ; l'« impuissance publique » symbolique ou le déclin de la force symbolique de l'État, de la loi et du tribunal ; l'« impuissance publique » pratique, se traduisant dans l'« impasse des échelles » et l'inefficacité des sanctions ; la déficience de la légitimation du droit étatique par le service public ; la défaillance de la justification du droit étatique par l'ordre public ; le triomphe de la liberté sur la propriété ; et la mise à mal de la souveraineté par les nombreuses externalisations juridiques.

Reste qu'il faut croire que, à l'heure où d'aucuns en viennent à considérer que « la qualité et la légitimité du droit sont menacées »<sup>2</sup>, l'opinion selon laquelle un droit d'origine publique serait dans l'ensemble préférable à un droit d'origine privée est partagée par beaucoup. Peut-être le Conseil d'État a-t-il consacré son rapport annuel de 2013 à la question du droit souple<sup>3</sup> car lui aussi « craint[rait] que la notion de droit souple ne fournisse un argumentaire simpliste mais efficace à la privatisation du droit »<sup>4</sup>. L'enjeu de ces pages est de *comprendre et, plus encore, de justifier le mouvement de publicisation des sources du droit de la communication par internet* qui se laisse observer<sup>5</sup> et d'inviter à passer de l'étude des sources privées à l'étude des sources publiques. En effet, le sentiment d'une légitimité généralement supérieure des normes d'origine publique par rapport aux normes d'origine privée — y compris lorsqu'établies dans un cadre de corégulation<sup>6</sup> — semble *partagé par les pouvoirs publics*, qui s'efforceraient de prendre davantage le contrôle de ce droit. *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 *transition logique entre l'étude des sources privées et l'étude des sources publiques* ; elle espère pouvoir lier l'une à l'autre et conférer un caractère unitaire à cette thèse.

Par ailleurs, si le titre qui débute sera donc consacré à la problématique de la légitimité des sources privées de normes à encadrer les communications par internet, il faut peut-être, en la matière comme souvent, se garder de toute approche manichéenne<sup>7</sup>. En effet, il apparaît que *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 par internet*. 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 par internet*. Ainsi importe-

<sup>1</sup> 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 – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, 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. Enfin, il ne faut pas méconnaître le risque que ces logiciels facilitent le “prêt à penser” et constituent une forme renouvelée de démission des parents à l'égard de l'éducation de leurs enfants » (*ibid.*).

<sup>2</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 6.

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2013.

<sup>4</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 350.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> C'est peut-être judicieusement qu'est recherché, plutôt que le triomphe des unes sur les autres, l'équilibre entre normes de sources publiques et normes de sources privées, lesquelles seraient plus complémentaires que concurrentes (G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 56).



t-il peut-être de ne pas se laisser tenter par les affirmations excessivement péremptoires et essentialisantes<sup>1</sup>. En 1995, à l'aube de la communication par internet, était posée la question : « l'internet, pour le meilleur ou pour le pire ? »<sup>2</sup>. 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 ambivalente et tempérée, non une réponse catégorique.

*Le droit du contenu de la communication par internet s'avère très différent du droit du contenant de la communication par internet. L'expérience menée afin d'évaluer la réalité du pluralisme juridique dans l'une et l'autre de ces deux sous-branches du droit de la communication par internet a permis d'obtenir les résultats suivants*<sup>3</sup> :

\* Droit du contenant de la 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 %

\* Droit du contenu de la 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 %

La part du droit d'origine privée est ainsi autrement plus importante en droit du contenant de la communication par internet (51 %) qu'en droit du contenu de la communication par internet (29 %)<sup>4</sup>, 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*. Cela

<sup>1</sup> Par exemple, on avance que la privatisation du droit serait « ce qu'il y a de plus dangereux » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 350). Peut-être un regard pragmatique devrait-il conduire à considérer, de manière tempérée, que la privatisation du droit serait plus souvent dangereuse que bénéfique, et plus dangereuse dans certains domaines que dans d'autres.

<sup>2</sup> H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?*, trad. L. Lumbruso, Addison-Wesley (Boston), coll. Mutations Technologiques, 1995.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> *Ibid.*

n'interdit pas de débattre de la légitimité des normes d'origine privée y compris concernant ce dernier puisque c'est leur manque de légitimité qui peut expliquer qu'elles y jouent un rôle moins important, bien que loin d'être marginal, qu'en droit du contenant de la communication par internet.

Beaucoup conviennent que l'État perdrait chaque jour un peu plus l'« autorité de personnage paternel »<sup>1</sup> qui l'autorisait à être « la source du droit »<sup>2</sup>. Alors que le propre du droit d'origine publique est de reposer sur des prérogatives de puissance publique<sup>3</sup>, 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*<sup>4</sup>. Le fait qu'une part considérable du droit de la communication par internet soit abandonnée à des sources privées ne paraît pas acceptable 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*).

---

<sup>1</sup> J. CLAVREUL, « Y'a d'la loi », *Droits* 1989, n° 10, p. 128.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Par exemple, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 165.

<sup>4</sup> P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125.



## Chapitre 1

# LES DÉFAUTS DES SOURCES PRIVÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Au sein de cette première partie consacrée aux sources privées du droit de la communication par internet, ont déjà été présentées les grandes spécificités qui sont celles des usages privés, des règlements privés, des jugements privés et, dans une moindre mesure, des contrats privés dans le paysage des sources du droit. En effet, les sources du droit de la communication par internet sont peut-être révélatrices de ce que pourrait être le futur des sources du droit, lorsque le phénomène de « globalisation » juridique se sera définitivement déployé et aura eu pour conséquence de reléguer au second plan le droit moderne étatique qui demeure pour l'heure dominant. Or cet enjeu propre à l'observation du droit de la communication par internet semble s'attacher à l'examen de ses sources privées davantage qu'à celui de ses sources publiques, les premières étant autrement atypiques que les secondes. C'est pourquoi le précédent titre était peut-être important du point de vue de qui entend interroger les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Mais cette problématique et, plus encore, les réponses qui ont pu lui être apportées à travers ledit précédent titre et à travers l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique posent également question, sous un angle non plus scientifique mais subjectif, prescriptif et polémique, en termes de préservation de l'intérêt général, de la démocratie, de la sécurité et des droits et libertés fondamentaux. Ce n'est qu'après avoir motivé la préférence donnée aux sources publiques par rapport aux sources privées qu'il sera permis, en passant de la première à la seconde partie de cette thèse, d'interroger la publicisation de la production du droit de la communication par internet par les sources étatiques et interétatiques.*

Alors que l'abandon du droit de la communication par internet à des instances privées atteint *jusqu'au pouvoir de police* — puisqu'il revient parfois aux fournisseurs d'accès ou aux hébergeurs de surveiller les contenus afin de détecter ceux qui sont illicites —<sup>1</sup>, différents

<sup>1</sup> L'organisation non gouvernementale European Digital Rights critique ce qu'elle qualifie de « privatisation de l'exécution de la loi », les restrictions à la liberté d'expression ne devant, selon elle, être prévues que par la loi et ordonnées par les seuls juges (European Digital Rights, « Human Rights and Privatized Law Enforcement »,

motifs pourraient inviter à plaider en faveur de davantage de privatisation des sources du droit de la communication par internet. Ainsi en vient-on à interroger : « Est-il 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 ? »<sup>1</sup>. Les sources privées du droit de la communication par internet revêtiraient dès lors une « légitimité remarquable »<sup>2</sup>.

Un volet des normes d'essence privée a pour ambition de protéger et de développer les droits et libertés fondamentaux<sup>3</sup>. Seulement, ce volet serait de peu de poids comparativement à ce qu'est ce même volet dans l'autre des normes d'essence publique ; *le droit « global » des droits et libertés 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 sur les justifications données à leur privatisation et conduisent à *soutenir les sources publiques contre les sources privées* de ce droit<sup>4</sup>. Ce sont ces raisons non pas de la supériorité naturelle ou ontologique du droit d'origine publique mais de sa supériorité ressentie et affirmée subjectivement qu'il conviendra de présenter en ce chapitre. Et il importe de garder à l'esprit qu'il s'agit là d'une tendance d'ensemble et non d'une prise de position catégorique ne tolérant aucune contestation. Ce qui est ici en cause est un avis et non une règle universelle ou absolue ne souffrant aucun contre-argument ni aucun contre-exemple<sup>5</sup>, loin s'en faut.

---

févr. 2014 (cité par Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 104)).

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. « Les groupes, écrivait-il, ayant un caractère particulariste, [...] éprouvent, dans leurs expériences juridiques épurées, la nécessité de leur intégration dans un tout plus vaste, ayant un caractère commun, c'est-à-dire représentant un des multiples aspects de l'intérêt général » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 78-79).

<sup>3</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 171.

<sup>4</sup> 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, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université d'Aix-Marseille III, 2009, p. 387). Également, D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>5</sup> Constitue un tel contre-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. De plus, le document renforce considérablement les pouvoirs des ayants droit : en cas de signalement, RapidShare part du principe que leurs plaintes sont fondées et que c'est à l'utilisateur d'apporter la preuve de sa bonne foi. 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).

Beaucoup d'organisations privées soutiennent, à tort ou à raison, qu'elles contribueraient à la construction d'une éthique, soit d'un « bon droit », dans un certain domaine<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Peut-être serait-il peu pertinent de placer toutes les sources privées du droit de la communication par internet sur le même plan ; ce texte de présentation de l'ISOC donne l'occasion de séparer, parmi les sources privées, celles qui représentent des intérêts commerciaux et économiques et celles qui représentent des intérêts autres que commerciaux et économiques, ces derniers intérêts se rapprochant peut-être plus souvent de l'intérêt général que les intérêts commerciaux et économiques. Une « gouvernance pratique et quotidienne de l'internet [qui] est dans une large mesure le fait des internautes et des usages qu'ils ont imposés, [...] indépendamment des États »<sup>3</sup>, serait donc bien différente d'une « gouvernance » pratique et quotidienne de l'internet étant le fait des multinationales du numérique dont l'ambition première est nécessairement de renforcer leurs dominations dans leurs marchés de prédilection respectifs. Les risques d'*instrumentalisation du droit* par un néolibéralisme débridé<sup>4</sup> et de favorisation d'un « discours auto-légitimant »<sup>5</sup> ne s'habillent pas de la même intensité selon les acteurs privés qui sont en cause. Où se voit confirmé combien les approches et affirmations globales et essentialisantes seraient intrinsèquement limitées et combien il est important d'établir des distinctions *tant à l'intérieur des sources privées qu'à l'intérieur du droit de la communication par internet* — le droit du contenu de la communication par internet doit être différencié du droit du contenant de la communication par internet —.

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<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>. Si l'usage peut être rapproché de la coutume, il en va différemment

<sup>1</sup> Cf., par exemple, P. DEUMIER, « 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.

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

<sup>3</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 17.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 610.

<sup>6</sup> En ce sens, M. MEKKI, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification (1<sup>ère</sup> partie) », *JCP G* 2009, n° 43, p. 48 s. ; M. MEKKI, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Encadrement (2<sup>e</sup> partie) », *JCP G* 2009, n° 44, p. 47 s.

<sup>7</sup> 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*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 55).

des codes de conduite et autres chartes, ceux-ci n'étant peut-être pas aussi « sauvages »<sup>1</sup> que la coutume. Enfin, il faudrait traiter différemment ces codes et chartes, généraux et impersonnels, et les contrats, dont la portée est individuelle<sup>2</sup>.

Un droit abandonné à des sources privées risquerait d'amener au « désordre dans l'application des normes et [à] l'arbitraire dans leur application »<sup>3</sup>. En cette assertion se retrouvent les deux grands ensembles de critiques qui pourraient être adressés au 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<sup>4</sup>, le droit de la communication par internet, parce qu'il est composé 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.<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Réf. à R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges Charles Rousseau*, Pedone, 1974, p. 75.

<sup>2</sup> Et ne faudrait-il pas distinguer selon que l'observateur est *jus-privatiste* ou bien *jus-publiciste* — les premiers seraient surtout portés à supporter les sources privées quand les seconds seraient principalement tentés de soutenir les sources publiques — ? Carbonnier, pour ne citer que lui, imaginait que le droit civil disposerait de tous les moyens pour se passer du droit d'origine étatique et donc de l'État (arbitrage, coutume...). Aussi écrivait-il : « Si finalement l'État vous inquiète, que ne le jetez-vous pas par-dessus bord ? Sans qu'il faille beaucoup gratter le vernis de civisme et de civilité des civilistes, on décèle bientôt chez eux un penchant inné à la privatisation, qui appelle la dérèglementation et peut mener aux confins d'une *an-archie*. Le droit civil a la vanité de croire qu'il pourrait, mieux que d'autres, se passer d'État parce qu'il possède dès maintenant, dans son outillage, les instruments de sa liberté. La coutume dispensera de la loi, et avec l'arbitrage il ne sera plus besoin de tribunaux. L'autonomie de la volonté est déjà tout un programme : aux relations entre individus le contrat à lui seul pourvoira — dût-il se ramener désormais à une simple réciprocité d'obligations naturelles, dont chacun s'acquittera spontanément en s'interdisant de jamais le regretter. Qu'enfin les maires disparaissent, qui faisaient les mariages, le mariage se retrouvera union libre — où est la difficulté ? Il n'y en a pas en Utopie » (J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 37).

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 209.

<sup>4</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, spéc. p. 171 ; D. MOCKLE, dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruylant (Bruxelles), 2002.

<sup>5</sup> Cf., spécialement, D. CARDON, *La démocratie Internet, promesses et limites*, Le Seuil, coll. La République des idées, 2010.

## Section 1

### **Un droit potentiellement détaché de la justice, de la démocratie et de l'intérêt général**

*Cette section est la première d'un titre visant à motiver l'opinion selon laquelle, dans l'ensemble, il serait préférable que le droit de la communication par internet soit élaboré par des sources publiques plutôt que par des sources privées. Aussi ledit titre doit-il mettre en exergue tant les menaces supposément attachées à la production privée du droit que les bénéfiques supposément propres à la production publique du droit. Il semble qu'il ne faille pas se réjouir des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit dont témoignerait le droit de la communication par internet dès lors que ceux-ci coïncideraient avec l'avancée des sources privées et avec le retrait des sources publiques. À travers la présente section, il s'agira de souligner combien les normes d'origine privée constitutives du droit de la communication par internet menaceraient trop souvent la justice, la démocratie et l'intérêt général. Ensuite, de prochaines sections pourront insister sur les dangers que feraient planer les sources privées du point de vue de la sécurité et de la sécurité juridique, ainsi que sur les garanties qu'assureraient les sources publiques sous ces mêmes angles, étant précisé que tout cela vaudrait, semble-t-il, bien plus sûrement en matière de droit du contenu qu'en matière de droit du contenant de la communication par internet.*

En ces lignes, est soutenu que la fabrication privée du droit 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**

On avance que « la norme technique est un instrument unilatéral de sujétion au service d'une oligarchie »<sup>1</sup>. Or les normes techniques ne sont-elles pas très souvent associées aux

---

<sup>1</sup> S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. droit* 1983, p. 289.



sources privées ? 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 », quand celui du droit étatique, en France tout du moins, est « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »<sup>1</sup>. Bien sûr, c'est la partie « gouvernement pour les organisations puissantes » de ce principe qui cristallise les critiques (1) tant les sources privées du droit seraient naturellement portées à préserver des intérêts particuliers plutôt que l'intérêt collectif (2). Le droit d'essence privée générerait ainsi des menaces sérieuses pour les droits et libertés des internautes (3). 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*.

### **1. Un droit issu du « gouvernement du peuple, par les organisations puissantes et pour les organisations puissantes »**

Les personnes privées, le plus souvent morales, qui possèdent suffisamment de pouvoir pour pouvoir influencer 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 peut pas le faire objectivement et impartialement ; et la façon dont il est financé indique « pour qui il travaille »<sup>2</sup>. Jürgen Habermas décrit ce phénomène en ces termes : « La société civile déteste 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 »<sup>3</sup>. La position des utilitaristes, de Bentham et Austin, paraît correspondre à un état de fait : le bien-être collectif est à la charge du législateur, seul habilité à contraindre les volontés individuelles en les détournant de leurs motivations initialement égoïstes pour les orienter vers ce bien commun<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Et Hegel déjà 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 »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Const. 4 oct. 1958, art. 2. Plus précisément, il s'agit là du « principe de la République française ».

<sup>2</sup> O. ZLATEV, « Le conseil de presse – L'archétype d'une instance d'autorégulation », in A. HULIN, J. SMITH, dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, OSCE (Vienne), 2008, p. 69.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1502.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 1820, § 187. Mais le philosophe faisait aussi de la société civile la « part non politique [économique et sociale] du vivre en commun des hommes » (*ibid.*, § 142).

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 »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Sortir de cet état de guerre n'est possible que « si les hommes vivent sous un pouvoir commun qui les tienne en respect »<sup>3</sup>. Il faut suivre ces auteurs, et suivre Adam Smith qui, avec eux, sépare la société civile et le corps politique, l'une étant au droit d'origine privée ce que l'autre est au droit d'origine publique<sup>4</sup>. Tout cela vaut *a fortiori* à l'heure actuelle et *a fortiori* dans le monde immatériel internetique à propos duquel d'aucuns dessinent le portrait d'une société civile « livrée aux égoïsmes individuels et à la loi du profit »<sup>5</sup>. Aussi un droit de la communication par internet entièrement d'origine privée ne serait-il pas autre chose qu'un « retour à un système féodal »<sup>6</sup>, où « tous les acteurs intéressés tentent de produire, d'adouber ou de faire appliquer les normes qui leur conviennent »<sup>7</sup>. Est craint que les « juristes du marché », aveuglés par la croyance dans les vertus libératrices des lois du marché et qualifiés de « fanatiques »<sup>8</sup>, 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 »<sup>9</sup>. 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 »<sup>10</sup> ; laisser le droit aux mains des « représentants autoproclamés du secteur privé »<sup>11</sup> n'est une perspective guère plus réjouissante, car rien n'indique qu'ils pourraient être des félins moins avides, bien au contraire. 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, loin de l'État de droit, le

<sup>1</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 14.

<sup>2</sup> *Ibid.*, chap. 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Strahan et Cadell (Londres), 1776.

<sup>5</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 277.

<sup>6</sup> V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution », *Revue Ubiquité* 1999, n° 2, p. 50.

<sup>7</sup> 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. 37 ; également, M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738-739.

<sup>8</sup> J. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, 2002 (cité par L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 13).

<sup>9</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 187 ; également, É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 27.

<sup>10</sup> F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980 (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).

<sup>11</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 13.

monde internetique se retrouve abandonné à l'anarchie ; chacun se donnant ses propres règles, il n'y aurait pas de règles. L'État et le droit d'origine publique sont ainsi indispensables à la défense de l'intérêt général dans le cyberspace ; ils sont également indispensables à l'existence d'un droit de la communication par internet car un corpus normatif établi uniquement par des sources privées ne serait guère viable.

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 »<sup>1</sup>. S'il n'est pas lieu d'abonder dans le sens du philosophe de Genève tant doit être adoptée une position plus équilibrée, reste que, sans aspirer à un droit de la communication par internet entièrement issu de sources publiques, il faut exiger 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 la collectivité globalement comprise. Quoique ces pages ne soient pas l'endroit où débattre de la juridicité des règles de sources privées, il convient d'accueillir favorablement le propos selon lequel seules sont juridiquement les normes qui se situent « au-dessus des luttes d'intérêts que se livrent les hommes »<sup>2</sup>. Hauriou écrivait que « c'est nécessairement de la séparation du pouvoir économique et du pouvoir politique que résulte l'équilibre »<sup>3</sup>. 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. La Commission sur la gouvernance globale allait jusqu'à parler d'« objectifs destructeurs » que poursuivent les multinationales lorsqu'elles sont laissées libres d'édicter elles-mêmes leurs cadres normatifs<sup>4</sup>. Les dirigeants de Google ne manquent pas une occasion de souligner que leur action vise l'amélioration du monde et non le profit<sup>5</sup>, mais la réalité est évidemment qu'une entreprise commerciale poursuit avant toute autre chose la rentabilité, éventuellement la rentabilité à travers l'amélioration du monde lorsque cela est possible.

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 — qui n'est toujours que l'intérêt général aux yeux de l'auteur de ces lignes, non une vérité donnée et incontestable —. En témoigne de façon patente la « Déclaration d'indépendance du cybermonde », 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

<sup>1</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 368.

<sup>4</sup> 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 – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 345).

<sup>5</sup> J.-P. CORNIU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 161.

« *Communications Decency Act* »). Si a déjà été souligné combien ces pages portent un accent politique fort, il faut, dans ce cadre qui est propre au présent titre mais non à l'ensemble de cette thèse, avancer que la protection des mineurs face à l'explosion des contenus choquants dans le cyberspace est une noble finalité qui doit prévaloir sur la liberté d'accéder à tout contenu quel qu'il soit. Or il apparaît que les sources publiques poursuivent cette finalité plus et mieux que les sources privées. Globalement comprise, il semble définitivement 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 »<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. La société civile, surtout si y sont inclus les acteurs commerciaux, se définit bien mieux en tant que « lieu de luttes sociales »<sup>3</sup> qu'en tant que lieu de défense de l'intérêt collectif.

Plutôt que l'intérêt général, ce sont donc des intérêts particuliers que vise le plus souvent à défendre le droit d'origine privée applicable aux activités internetiques.

## 2. 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 l'identité entre l'un et les autres. Ne peuvent dès lors que naître de nombreux conflits d'intérêts. Les spécialistes relèvent que le droit d'origine privée de l'internet pêche en ce que les législateurs, les juges et les parties sont trop souvent les mêmes personnes<sup>4</sup>. Néanmoins, peut être opposé que, si l'intérêt général est l'intérêt de l'ensemble des régulés, l'autorégulation protège effectivement ceux-ci<sup>5</sup>. 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 paraîtrait pas tout à fait juste d'écrire qu'« intérêt public et intérêt

---

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in Ch.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. XI.

<sup>2</sup> 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, *La « société de l'information » : glossaire critique*, La documentation française, 2005, p. 82).

<sup>3</sup> J. DE SANTA ANA, dir., *Société civile : lieu de luttes sociales*, L'Harmattan, coll. Alternatives sud, 1998.

<sup>4</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle 2011*, n° 4682 (qui commentent la pratique de la labélisation).

<sup>5</sup> F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation – Participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 25.

des régulés coïncident »<sup>1</sup>. L'intérêt général est à rechercher autant chez les tiers par rapport aux normes que chez les destinataires de celles-ci. Et le choix de l'autorégulation dans une branche d'activité est nécessairement intéressé dans le sens où les opérateurs qui l'effectuent ont en général pour objectif de prévenir l'édiction d'une réglementation étatique plus sévère<sup>2</sup>. 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 sont tentés de les détourner à leur profit<sup>3</sup>. Et si, dans le cadre de la « gouvernance », l'intérêt général ne se définit plus qu'en tant que « somme des intérêts individuels »<sup>4</sup>, mieux vaut 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.

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<sup>5</sup>, 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 —<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>. Il semble difficilement contestable que les normes édictées par cette multinationale du web et des nouvelles technologies de la communication sont dictées par une autre intention que celle de renforcer ou, du moins, de préserver sa position dominante. Un même constat peut être dressé à l'égard des autres sociétés commerciales qui jouent un rôle cardinal, au XXI<sup>e</sup> s., dans la vie internetique des individus à travers le monde. Or il est manifeste que les conditions d'utilisation des données personnelles, notamment, jouent un rôle déterminant dans le jeu concurrentiel, si bien qu'il est permis de s'inquiéter quant au sort réservé à ces données dans l'espace normatif privé<sup>8</sup>. Selon un chercheur en sociologie, les entreprises du numérique ne se contentent pas de refléter un changement des normes sociales mais agissent pour le faire advenir, car il correspond à leurs

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 85.

<sup>4</sup> Ph. MOREAU-DESFARGES, *La gouvernance*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 43.

<sup>5</sup> J.-M. SALAÜN, *Vu, lu, su, les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, La découverte, 2012.

<sup>6</sup> En 2011, le moteur de recherche Google enregistrerait 2,5 milliards de requêtes chaque jour et 30 000 requêtes par seconde (P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 129). Est également significatif le fait que Google soit capable de prédire les épidémies de grippe dix jours avant les autorités officielles (qui se basent sur les réseaux classiques de veille sanitaire et donc sur les informations remontant des médecins alors que Google se fonde sur les recherches en ligne des internautes (J. HENNO, *Tous fichés – L'incroyable projet américain pour déjouer les attentats terroristes*, Télémaque, 2005)).

<sup>7</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 159.

<sup>8</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 107.

intérêts financiers ; elles se comportent en « entrepreneurs de morale », concept forgé par le sociologue Howard Becker pour qualifier les acteurs se mobilisant dans le but de changer la définition de ce qu'est un comportement déviant<sup>1</sup>. 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. Une bonne part de l'économie du web repose sur la publicité ciblée (personnalisée<sup>2</sup> ou comportementale<sup>3</sup>), ce qui implique que le droit élaboré par les entreprises dont l'activité est de proposer des services sur le web ne peut qu'être très souple sur la question de la protection des informations personnelles et de la vie privée. 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 »<sup>4</sup>. Dans l'économie numérique

---

<sup>1</sup> A. CASILI, « Quelle vie privée à l'ère du numérique ? », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 423 ; A. CASILI, *Les liaisons numériques*, Le Seuil, 2010.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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

d'aujourd'hui, les données, qui sont peut-être le pétrole du XXI<sup>e</sup> s., ne demeurent pas chez ceux qui les ont collectées ; elles sont en permanence échangées et recombinaées. Certains acteurs, qualifiés de « courtiers en données », ont même pour raison sociale d'acquérir et de vendre des données personnelles. Il existe donc un marché des données personnelles en pleine expansion que le droit doit saisir ; il faut que ce soit le droit de sources publiques qui le saisisse.

Mais ce sont aussi, au-delà des entreprises commerciales, les diverses associations, qui créent des codes de bonne conduite et autres chartes, qui travaillent toujours au profit de leurs seuls intérêts particuliers, ceux des corporations qui les ont fondées. 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 cherche 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 »<sup>1</sup>. 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.

Par exemple, l'IETF est aux mains des équipementiers qui sont ainsi en mesure, à travers lui, d'édicter les normes régissant le fonctionnement de l'internet qui leur sont les plus favorables. Certes, cette institution invite ses membres à « toujours agir pour le bénéfice de la communauté Internet et non pour [leurs] propres noms »<sup>2</sup> ; 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 »<sup>3</sup>, y compris, donc, lorsque ces logiciels permettent à leurs utilisateurs de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui ou à l'intérêt collectif. Et l'ISOC, dans le même sens, d'expliquer : « Nous nous opposerons aux efforts visant à restreindre le type de contenus ou d'informations échangés

---

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).

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 179. L'auteur note encore, en particulier, 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).

<sup>2</sup> IETF, « Comment contribuer à l'IETF ? », RFC n° 3160 (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 115).

<sup>3</sup> ISOC, « Valeurs et principes de l'Internet Society », [en ligne] <isoc.fr>. 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.

sur Internet »<sup>1</sup>. Quant à l'ICANN, elle est l'objet de nombreuses critiques relativement à sa légitimité à élaborer certaines des règles les plus décisives dans le fonctionnement de l'internet et de la communication par internet<sup>2</sup>. « À travers l'ICANN, écrit un spécialiste, la technologie a modelé la société, des technologues ont pris des décisions politiques majeures et des groupes d'intérêts ont exploité la légitimité technologique »<sup>3</sup>. Or cette « légitimité technologique » peut entrer en conflit avec la légitimité politique (selon qui la définit et comment). 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 »<sup>4</sup>.

Ainsi les droits et libertés des internautes se trouvent-ils souvent malmenés par la production privée des normes applicables à leurs activités internetiques.

### **3. 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 soucieux du respect des droits fondamentaux de ses citoyens »<sup>5</sup>. En totale opposition avec pareille assertion, est ici soutenu que ce n'est qu'à de rares occasions que le droit d'origine privée peut être mieux que le droit d'origine étatique — étant entendu que seuls sont ici en cause les États démocratiques occidentaux — protecteur des droits et libertés individuels<sup>6</sup>. Si l'internet est un « immense défi pour les droits de l'homme »<sup>7</sup>, surtout dès lors que la liberté est la plus grande menace qui plane sur la liberté<sup>8</sup>, il l'est bien davantage s'il est abandonné à un

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> H. KLEIN (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 292-293).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 595.

<sup>6</sup> En ce sens, S. CHAUVIER, *Justice et droits à l'échelle mondiale*, Vrin-EHESS, 2006.

<sup>7</sup> 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 cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 2005, p. 12 ; également, 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 ; 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.

<sup>8</sup> Comme l'enseigne le Professeur Jean-Louis Bergel, c'est la sécurité qui garantit la liberté (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 129).



droit d'essence privée que s'il est pris en mains par les sources publiques du droit. 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 jamais une fin en soi pour les sources privées que d'œuvrer dans le sens du renforcement de la protection de ces droits et libertés. Cela n'est qu'un effet collatéral qui peut suivre ou ne pas suivre l'édictation des règles ; et il se trouve de nombreux cas dans lesquels il ne la suit pas. 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 premiers que défend l'État<sup>1</sup>. Quand a été adoptée la Charte des Nations Unies, cette dernière devait s'attacher, comme le disait René Cassin, à « protéger tout l'homme et tous les hommes »<sup>2</sup> ; il est utopique d'imaginer que des organisations privées pourraient, même si leur action n'est pas nulle, aussi bien que les organisations publiques défendre les droits de l'homme et même les plus simples droits et libertés.

Pour en revenir au problème des données personnelles, 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<sup>3</sup>. Or les revenus de ces services dépendent 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 de sources publiques doit encadrer car, à l'évidence, le droit de sources privées ne peut, du fait qu'il est pour une bonne part aux mains des commerçants de données, suffire<sup>4</sup>. En effet, le plus souvent, il comprend des dispositions telles 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

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 388.

<sup>2</sup> Cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 262.

<sup>3</sup> J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013.

<sup>4</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, 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.*).

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 »<sup>1</sup> ; ou bien telles 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) lorsque Microsoft estime en toute bonne foi que cela est nécessaire »<sup>2</sup>. Si « Google est le plus redoutable défi pour les droits de la personne de toute l'histoire de l'humanité »<sup>3</sup>, ce sont tous les services du web, quoique davantage ceux qui ont une finalité commerciale que les autres, qui interrogent sous cet angle et rendent le besoin de droit d'origine publique pressant<sup>4</sup>. 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 en chaque moment 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<sup>5</sup>. 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.

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 »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup> ; 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 »<sup>8</sup> ; 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

<sup>1</sup> « Règles de confidentialité de Google ».

<sup>2</sup> « Contrat de service Microsoft », art. 5.3.

<sup>3</sup> E. FELTEN, « Inside the Googleplex », *The Economist* 1<sup>er</sup> sept. 2007 (cité par J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 160).

<sup>4</sup> Par exemple, G. HAAS, *Internet et protection des données personnelles*, Litec, 2004.

<sup>5</sup> B. BENHAMOU, « Internet des objets : défis technologiques, économiques et politiques », *Esprit* 2009.

<sup>6</sup> « Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 16-2.

<sup>7</sup> « Conditions générales d'utilisation de twitter.com ».

<sup>8</sup> *Ibid.*, art. 11-C (majuscules dans le texte original).

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 »<sup>1</sup>.

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 »<sup>2</sup> car les grands acteurs du web qui participent de 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 doit être privilégié.

Partant, il n'est guère surprenant de voir les tribunaux se montrer méfiants à l'égard des normes d'origine privée et, pour ne prendre que trois exemples, ils 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<sup>3</sup> ; 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<sup>4</sup> ; 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<sup>5</sup>. Les réserves en ces pages émises à l'égard de la production juridique privée paraissent ainsi être partagées par des instances officielles. Il

---

<sup>1</sup> *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 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-licenciante, 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).

<sup>2</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 182.

<sup>3</sup> CA Pau, 1<sup>ère</sup> ch., 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*. La Cour 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 ».

<sup>4</sup> TGI Paris, 15<sup>e</sup> ch., 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc.*

<sup>5</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 29 mai 2012, *TF1 et autres c/ YouTube*.

pourrait difficilement en aller différemment face à des multinationales de l'internet et de la communication par 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 normes telles que celles-ci-dessus citées. 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 régaliennne »<sup>1</sup>.

Ensuite, les sources privées du droit ici en cause interrogent également l'observateur 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.

## **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 privée du droit et construction démocratique du droit<sup>2</sup>. Faut-il rappeler que, au V<sup>e</sup> 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 »<sup>3</sup>. Un auteur écrit que le droit d'origine privée permet de renforcer la démocratie grâce à la diffusion du pouvoir et à la « polyarchie »<sup>4</sup>. Un autre considère que « la société civile constitue [...] une certaine assurance démocratique face à l'État-Léviathan »<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>. Il semble fort qu'il s'agisse là d'idéalisations de la supériorité démocratique de la société civile par rapport aux instances étatiques. Il ne faut pas

<sup>1</sup> 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, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 122).

<sup>2</sup> Pourrait aussi être posée la question de la séparation des pouvoirs, laquelle ne paraît pas se renforcer à la faveur du développement des sources privées (pour une analyse contraire, cf. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 171 (selon qui « la gouvernance globale "multilevel" divise le pouvoir politique, et crée ainsi une sorte de séparation des pouvoirs "verticale" »)).

<sup>3</sup> Cité par C. MOSSÉ, *Les grecs inventent la démocratie*, Complexe, coll. Historiques, 2004.

<sup>4</sup> K. BENYEKHELF, « 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.

<sup>5</sup> K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 595.

<sup>6</sup> R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 99.

confondre pouvoir de toutes les personnes privées placées sur un pied d'égalité et pouvoir de quelques personnes privées non représentatives de l'ensemble. Comme les jurés des cours d'assises, tirés au sort, ne participent en aucune façon d'un processus démocratique<sup>1</sup>, les multinationales et autres associations de l'internet qui disposent, de fait, d'un pouvoir normatif, loin de la renforcer, mettent à mal la démocratie. Est en cause une forme de ploutocratie bien davantage qu'une forme de démocratie. La privatisation du droit, qui est aussi une « dilution du droit »<sup>2</sup>, ne peut 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 »<sup>3</sup> du droit d'origine privée de la communication par internet qu'il faut parler.

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 sont dans une situation de fait de dépendance (une personne ou une organisation dispose d'un contrôle ou d'un monopole sur une facilité dont d'autres ont besoin)<sup>4</sup>. Or pareille situation de dépendance est très fréquente dans le cyberspace. Selon certains commentateurs, les codes de bonne conduite appliqués de la sorte afin d'encadrer les activités de personnes privées subordonnées trouveraient leur justification « non dans l'abus de la dépendance mais dans la contrainte imposée à chacun pour le bien de tous »<sup>5</sup>. La réalité des faits ne paraît pas être celle-là ; au contraire, quand une personne est, pour une raison ou pour une autre, en position de supériorité, elle est tentée de profiter de la situation afin de renforcer son emprise, la puissance appelant la puissance ; et ce n'est que dans des cas minoritaires que la personne supérieure entend mettre à profit sa domination afin d'imposer des normes d'intérêt public, soit des normes profitant aux autres plus qu'à elle ou au moins autant qu'à elle.

Quant à la coutume (ou à son succédané qu'est l'usage), elle ne semble pas se parer davantage de l'habit démocratique que les textes normatifs privés puisque son principe est de lier les générations futures ; cela bien que le Professeur Jean-Louis Bergel y voit une « forme privilégiée de l'expression démocratique »<sup>6</sup>. Et c'est peut-être de manière quelque peu excessive mais non sans raisons que le pluralisme des sources du droit est désigné comme un « instrument de lutte contre la démocratie » que mettent en avant des groupes d'intérêt et de pression<sup>7</sup>, à la suite de Jean Dabin pour qui défendre une conception pluraliste du droit reviendrait — très

---

<sup>1</sup> Cf. B. BARRAUD, « La justice au hasard – De quelques motifs juridiques de supprimer les jurys populaires », *Rev. pénit.* 2013, p. 297 s.

<sup>2</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 610.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Th. VERBIEST, E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 536-537.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 537.

<sup>6</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 91.

<sup>7</sup> 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).

paradoxalement — à défendre la « loi du plus fort »<sup>1</sup>. Mais il est vrai que 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 »<sup>2</sup> — 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 importe 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 les intérêts catégoriels, eux-mêmes représentés de manière inégalitaire, au risque de déboucher sur la création d'un véritable droit de classe »<sup>3</sup>.

Pour conclure sur cette question, il faut à nouveau 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, ce que le Conseiller d'État Isabelle Falque-Pierrotin retenait déjà en 1997<sup>4</sup>. L'argumentation ici développée ne consiste donc pas à plaider en faveur d'un taux de droit d'origine privée égal à 0 % mais en faveur d'un taux de droit d'origine privée égal à ce que l'entière sauvegarde de l'intérêt général autorise. Il faut que les institutions publiques trouvent les moyens de faire de la société civile non un « troisième pouvoir »<sup>5</sup> concurrent et indépendant des deux autres mais un allié, presque même un organe, de l'État, soumis à lui et n'intervenant que dans le cadre d'habilitations publiques<sup>6</sup> ; car le droit d'origine privée, s'il présente quelques avantages indéniables<sup>7</sup>, comporte d'autres lacunes : il est instable, incertain et peu contraignant. Cela venant s'ajouter au fait que, comme le notent les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove, l'émancipation de l'autoproduction du droit coïncide avec le « déclin de l'intérêt général »<sup>8</sup>, il est définitivement de bonnes raisons de préférer le droit d'origine publique au droit d'origine privée. Mais, bien sûr, cela ne vaut qu'à condition de considérer qu'il est pertinent de faire du droit un instrument de préservation et d'encouragement de l'intérêt

<sup>1</sup> 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, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 395).

<sup>2</sup> M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 22.

<sup>3</sup> *Ibid.* ; également, L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RID éco.* 2003, p. 471.

<sup>4</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet : enjeux juridiques*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1997.

<sup>5</sup> Réf. à N. PERLAS, *La société civile : le 3<sup>e</sup> pouvoir*, Yves Michel, coll. Société, 2003.

<sup>6</sup> Cf., en ce sens, 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.

<sup>7</sup> Par exemple, P. DEUMIER, « 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.

<sup>8</sup> 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. 114.

général<sup>1</sup>. Qui voit dans l'intérêt général un but en même temps qu'un concept dépassés, spécialement à l'intérieur du droit transnational<sup>2</sup>, aboutit nécessairement à des conclusions différentes<sup>3</sup>. Le propos tenu en ce titre, cela doit être rappelé, n'est bien que politique, si ce n'est qu'idéologique.

---

<sup>1</sup> Par exemple, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, dir., *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

<sup>2</sup> Cf. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, 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 ».

<sup>3</sup> Des auteurs, comme le philosophe Marcel Gauchet, expliquent 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 », désormais ils seraient 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.*). Cf., également, M. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica 1986 ; G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 630 s.

## Section 2

### **Un droit nécessairement dégagé de la contrainte, de la stabilité et de la certitude**

*Cette section prend place au sein d'un titre dont l'objet est de justifier la légitimité supposément supérieure des sources publiques par rapport aux sources privées en matière de production du droit de la communication par internet. En effet, est ici soutenu que, à différents points de vue, les normes d'origine privée tendraient à « dégrader » la qualité substantielle et formelle de ce droit et que, par conséquent, il serait permis de craindre les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit dès lors qu'ils iraient de pair avec un essor des sources privées et une marginalisation des sources publiques. Après avoir, au long de la section précédente, expliqué combien les sources privées malmèneraient souvent la démocratie, la justice et l'intérêt général, il convient à présent d'insister sur les problèmes de la contrainte, de la stabilité et de la certitude attachées aux règles, ce qui amène à interroger la sécurité juridique. Ensuite, à travers le prochain chapitre, il faudra justifier positivement — et non plus négativement comme en ces lignes — le bien-fondé du droit d'origine publique, cela tout en précisant que ce bien-fondé apparaît autrement plus assuré dans le domaine du droit du contenu que dans le domaine du droit du contenant de la communication par internet.*

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*). *Leur faiblesse substantielle se doublerait d'une faiblesse structurelle*. Ces règles pourraient ainsi être dénoncées en ce qu'elles seraient par trop fragiles. De ce point de vue, c'est peut-être à raison qu'on juge que « croire que tout un chacun est capable et en mesure de créer du droit, il n'y a rien de plus dangereux »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 350.



## A. La faible force contraignante des normes d'origine privée : la crainte du droit « mou »

Concernant la force normative, dans leur très grande majorité, les normes d'origine privée constitutives du droit de la communication par internet peuvent être classées parmi le droit « souple » et/ou « mou »<sup>1</sup>, lequel s'oppose au droit « dur » établi par l'État. Ce dernier doit être préféré, bien que le propre de l'internet et de la communication par 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 est 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<sup>2</sup>, 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 puisque 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<sup>3</sup>. Cela est important car l'usage risque fort de se voir requalifié en « simple pratique », si bien qu'il ne peut recevoir application dans le silence des parties et doit être accepté explicitement<sup>4</sup>. 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.

Mis à part dans les cas où elles sont insérées dans des contrats et bénéficient alors de la valeur contractuelle<sup>5</sup> — mais encore faut-il se satisfaire de l'« inévitable imperfection du

---

<sup>1</sup> Sur cette distinction, cf. C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s.

<sup>2</sup> P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, p. 247 s.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 339.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>5</sup> 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 tend à considérer que les usages sont applicables y compris dans le silence des

contrat »<sup>1</sup> —, 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, ce qui s'oppose au fait d'être obligatoires<sup>2</sup>. Lorsqu'elles leur conviennent, ils paraissent 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. 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<sup>3</sup>. Il doit « conquérir son opposabilité afin d'être utile »<sup>4</sup>. Les chartes sont considérées comme étant des « listes de vœux pieux »<sup>5</sup> ; mais ce sont tous les actes normatifs privés qui peinent à revêtir une force contraignante significative, qui se rattachent à la morale plus qu'au droit<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. 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.

Si peut être évoquée une « crise de la sanction » qui frappe les institutions publiques et le droit qu'elles produisent dans le domaine de la communication par internet, une même « crise » est 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<sup>8</sup>, si bien qu'on en vient à soutenir que les normes prescriptives seraient incompatibles avec le droit du

---

parties. Cf. Ch. JUBAULT, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37 s.

<sup>1</sup> E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Thémis, 2008, n° 1347 (cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, « La qualité de la norme contractuelle : approche civiliste et commercialiste », 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. 204).

<sup>2</sup> P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1988, p. 247.

<sup>3</sup> P. TRUDEL, « Les systèmes normatifs et le cyberspace », [en ligne] <chairelrwilson.ca>.

<sup>4</sup> Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, repère 4.

<sup>5</sup> A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40. Cela vaut d'ailleurs pour toutes les chartes, qu'elles aient une origine privée ou une origine publique.

<sup>6</sup> En ce sens, Ph. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983, p. 347 (pour qui les préceptes contenus dans les codes déontologiques n'ont « le plus souvent qu'une valeur morale ») ; 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 ; B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges André Colomer*, Litec, 1993, p. 320 ; P. DIENER, « Éthique et droit des affaires », *D.* 1993, p. 19.

<sup>7</sup> P. FLICHY, *L'imaginaire d'Internet*, La découverte, coll. Sciences et société, 2001.

<sup>8</sup> 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. 119 ; E. LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica* 2000, n° 6.

cyberespace et qu'il faudrait songer à leur substituer un autre modèle<sup>1</sup>. 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 ; elles sont persuasion plutôt qu'obligation »<sup>2</sup>, souligne un auteur, en concluant qu'elles « ne sont pas des règles de droit »<sup>3</sup>. « Tout pouvoir, écrivait Georges Burdeau, est générateur d'ordre dès lors qu'il est capable d'être obéi »<sup>4</sup>. Le drame des normes privées est qu'elles peuvent être obéies mais ne peuvent pas obliger à être obéies, si bien que l'ordre qu'elles 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. Même si la puissance de l'État, comprise comme capacité de contraindre, est largement relativisée dans le monde internetique, 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) établis(se)nt est essentiellement le fait de leur réception par leurs destinataires et seulement marginalement le fait de l'autorité de leurs sources et de la pression qu'elles exercent.

De plus, ces normes peuvent souvent être dénoncées en raison de l'insécurité juridique qui les accompagne.

## **B. Les incertitudes et l'instabilité des normes d'origine privée : le risque de l'insécurité juridique**

Certainement Carbonnier décrivait-il le droit qui se rencontre dans la pratique des juristes en ces termes : « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu — dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! [...] Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou imposture »<sup>1</sup>. Ce portrait du monde juridique a peut-être été dressé par l'illustre doyen à l'aune du droit d'origine privée plus qu'à l'aune du droit d'origine publique. En tout cas faut-il préférer ce dernier à ce premier, qui présente le visage de l'imprévisibilité et de l'instabilité. Y compris au sujet du droit de la communication par internet, les normes doivent être précises, transparentes, non ambiguës, ce qui est le cas des normes issues de sources publiques bien davantage que des normes issues de sources privées. Et les normes doivent présenter une certaine stabilité dans le temps, 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 dans un État de droit, est obtenue de manière bien plus satisfaisante avec des normes publiques

<sup>1</sup> K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 12.

<sup>2</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 75.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *L'État* (1970), Le Seuil, coll. Points, 2009, p. 90.

qu'avec des normes privées, d'autant plus que certains acteurs privés, lorsqu'ils jouent le rôle de source du droit, s'efforcent de rendre volontairement les règles établies obscures et inaccessibles. 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<sup>2</sup> ; or il le peut bien davantage dans un cadre *jus-public* que dans un cadre *jus-privé*.

Le Professeur Jean-Louis Bergel voit dans l'atteinte portée à la sécurité juridique la « plus grande menace induite par le droit global »<sup>3</sup> ; or le droit de la communication par internet est l'exemple-type de droit « global » et il semble que ce danger provienne du fait que les sources privées du droit gagnent en importance au détriment des sources publiques, lesquelles sont un gage de la préservation de la sécurité juridique. Aussi un commentateur lie-t-il très directement l'absence de sécurité juridique dans le cyberspace à l'absence des États dans le droit du cyberspace<sup>4</sup>. Si, quand l'État n'est pas là, « chacun fait du droit à sa manière »<sup>5</sup>, « chacun se croit capable de créer du droit »<sup>6</sup>, il ne peut qu'en résulter un regrettable « capharnaüm » juridique. 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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. L'absence de la jurisprudence dans le droit d'origine privée renforce cette difficulté puisqu'il n'est 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<sup>9</sup>. 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. La flexibilité, et donc l'inconstance et l'incertitude, du droit

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 6.

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 129 ; également, G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 12.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 29.

<sup>6</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 350.

<sup>7</sup> A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53.

<sup>8</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 10.

<sup>9</sup> T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, 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.*).

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<sup>1</sup>. Un auteur note qu'un problème de l'autoréglementation est que chacun peut réécrire les règles à sa guise<sup>2</sup> ; cela est ici parfaitement illustré.

Dans un ordre juridique garantissant la sécurité juridique, les sources du droit devraient être 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. A pu être fustigé un « désordre juridique français » dans lequel les normes et les normateurs foisonnent, se croisent, se contredisent, s'ignorent<sup>3</sup>. Le droit de la communication par internet ne peut, ainsi que le dévoile l'expérience menée relativement à la réalité du pluralisme juridique dans cette branche du droit<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup>. « 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 »<sup>6</sup>. Et, si le droit d'origine privée rend le droit de la communication par internet trop complexe et incertain lorsqu'il vient s'ajouter au droit d'origine publique, c'est aussi en soi qu'il est trop complexe et incertain<sup>7</sup>. Il est un droit dont il n'est pas possible de se satisfaire.

Le « bon code de déontologie » est celui qui est « clair, complet et concis »<sup>8</sup>. Mais les codes et autres chartes privés ne répondent que trop peu souvent à cette définition. La légistique, comprise comme art d'écrire la loi au sens large, paraît être l'apanage des professionnels de la rédaction de normes, lesquels se retrouvent essentiellement parmi les institutions publiques. La norme d'origine privée pèche régulièrement du fait de son

<sup>1</sup> 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>).

<sup>2</sup> E. LABBÉ, « Spamming en Cyberespace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica* 2000, n° 6.

<sup>3</sup> A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 147.

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>5</sup> Th. VERBIEST, E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Larcier (Bruxelles), 2001, p. 541 ; 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 76.

<sup>6</sup> 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. 1433.

<sup>7</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 180.

<sup>8</sup> 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. 27.

imprévisibilité, de son imprécision, de son inintelligibilité, de son obscurité, de la polysémie de ses mots et de l'ambiguïté de ses expressions. 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 »<sup>1</sup>.

La règle privée est ainsi une règle de droit « souple » ou « flou »<sup>2</sup> sur la forme et sur le fond<sup>3</sup> ; or, sur la forme et sur le fond, il convient de largement 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 », pour reprendre l'expression employée par le Conseil d'État dans son rapport pour l'année 1991<sup>4</sup>. De plus, l'absence de publicité des règles privées fait qu'elles peuvent être ignorées tout simplement parce que leur existence est inconnue — bien que certains codes de bonne conduite soient de véritables outils de communication —. 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, ce que d'aucuns dénoncent<sup>5</sup>. Au-delà, les sources privées « se distinguent des autres sources de droit par leur absence d'existence officielle et visible »<sup>6</sup>. Et le manque de transparence dans les processus de création et d'application des normes est une autre critique qui peut être adressée aux sources privées<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup> ; il ne paraît pas possible de se satisfaire de cette connaissance corporative, surtout lorsque potentiellement tout individu peut se retrouver face à la norme comme cela arrive avec les activités internetiques.

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 être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »<sup>9</sup>. Au vu des développements contenus dans le présent paragraphe, il s'avère que les normes d'origine privée ne répondent guère à ces exigences et pourraient difficilement y

<sup>1</sup> S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. droit* 1983, p. 289.

<sup>2</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 76.

<sup>3</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 610.

<sup>4</sup> EDCE 1991, *De la sécurité juridique* (cité par B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21).

<sup>5</sup> Par exemple, B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », *Place de la toile*, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 339.

<sup>7</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 171.

<sup>8</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 164.

<sup>9</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

répondre du fait de leur nature particulière. Si les trois qualités premières du droit doivent être son accessibilité, sa sécurité et sa praticabilité<sup>1</sup>, il faut douter que le droit issu de sources privées puisse être une forme de droit satisfaisante. Aussi demande-t-on que les sources publiques entrent dans le processus, sur un plan formel et peut-être aussi sur un plan matériel, d'élaboration privée des normes<sup>2</sup>, ce qui n'est pas autre chose qu'un appel à la corégulation. Le pouvoir réglementaire 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<sup>3</sup>. Peut-être le droit de sources privées, qui présente souvent un « caractère de "club" fermé »<sup>4</sup>, peut-il se révéler pertinent en certaines matières, par exemple concernant les relations entre commerçants ou lorsqu'il est un « droit élaboré par et pour des praticiens »<sup>5</sup> ; mais que toute une branche du droit telle que le droit de la communication par internet soit dominée par ces sources privées n'est pas une perspective engageante et il faut s'efforcer de l'empêcher d'advenir ou, si elle est déjà advenue, d'y mettre un terme.

On fait de l'internet et de l'immatérialité en tant que tels les facteurs de la fragilité des règles propres au droit de la communication par internet<sup>6</sup> ; 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 sont à l'origine de cette fragilité. La publicisation des sources du droit de la communication par internet doit définitivement être préférée à sa privatisation dès lors que les normes privées « manquent de crédibilité »<sup>7</sup>. Il convient, au travers de la prochaine section, d'expliquer cette *opinion* non plus négativement, en décrivant les défauts des normes privées constitutives du droit de la communication par internet, mais positivement, en s'intéressant aux bienfaits des normes publiques constitutives de ce droit. Et il importe de séparer, à l'intérieur de ce dernier, le droit du contenu et le droit du contenant, car le premier a bien davantage que le second besoin d'un droit d'origine publique. Ensuite, contre qui écrit que, « dans le cyberspace, les législations nationales et même les conventions internationales n'ont pas leur place »<sup>8</sup>, il faudrait réfléchir aux moyens utiles à la publicisation

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 76.

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 63.

<sup>3</sup> 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 – Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 354-355 ; Ch. JUBAULT, « Les "codes de conduite privés" », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37 s.

<sup>4</sup> B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 85.

<sup>5</sup> Ch. CARON, « Opposabilité de la vie privée du droit », *Comm. com. électr.* 2008, repère 4.

<sup>6</sup> P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, 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 »).

<sup>7</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 77.

<sup>8</sup> K. BENYEKHFLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 12.

du droit du cyberspace. 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 »<sup>1</sup>, et alors que le droit produit par les sources privées présente des lacunes tant substantielles que structurelles, l'auteur de ces lignes, avec certains spécialistes de ces questions<sup>2</sup>, juge que, actuellement, la part du droit d'origine publique dans l'ensemble du droit de la communication par internet, bien que croissante, est insuffisante. Ce n'est pas inconséquemment qu'on soutient que la raison d'être de l'État, aujourd'hui, avant toute autre chose, serait de « sauver la société d'elle-même »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cité par Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 35.

<sup>2</sup> Par exemple, J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 181 (qui émettent cette observation relativement à la question de la sauvegarde de l'ordre public).

<sup>3</sup> L. ROUBAN, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 22.





## Chapitre 2

# LES QUALITÉS DES SOURCES PUBLIQUES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Précédemment en cette première partie, a tout d'abord été insisté, sous un angle empirique et explicatif, sur les grandes particularités qui sont celles des sources privées de normes générales (usages privés et règlements privés) et de normes individuelles (contrats privés et jugements privés) constitutives du droit de la communication par internet. Ces développements étaient, semble-t-il, utiles afin de répondre à la problématique des continuités, des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Avec le second titre qu'intègre le chapitre qui débute, il s'agit, cette fois en termes exceptionnellement subjectifs, prescriptifs et polémiques, d'expliquer pourquoi, dans l'ensemble, il serait préférable de voir le droit de la communication par internet être élaboré par des sources étatiques et interétatiques plutôt que par des sources privées. En d'autres termes, il convient de répondre à la « problématique de la problématique », soit non plus de constater quels sont les continuités, les mouvements et les ruptures etc., mais de souligner les difficultés que poseraient au droit et à l'État les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Après avoir, au sein du chapitre précédent, insisté sur les faiblesses qui seraient celles des normes d'origine privée, il s'agit désormais d'insister sur les bénéfices supposément attachés à la production publique des normes — si bien que ce chapitre fera office de transition entre les travaux touchant aux sources privées et les travaux touchant aux sources publiques —. Dès lors que tous ces arguments auront été exposés, il sera temps, convaincu que les sources publiques devraient dominer les sources privées tant qualitativement que quantitativement — le second aspect étant très dépendant du premier —, de débiter l'étude des sources étatiques et interétatiques du droit de la communication par internet et donc de passer de la première à la seconde partie de cette thèse. Il sera alors permis d'observer en quoi et dans quelle mesure les sources publiques du droit de la communication par internet témoignent de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques du droit.*

« 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 »<sup>1</sup>. Ainsi seul le droit étatique serait-il 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 »<sup>2</sup>. 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 de sources publiques devrait être privilégié. Lorsqu'Hugo Grotius convenait qu'« il n'existe aucune société qui puisse se maintenir sans le droit »<sup>3</sup>, cela signifie, *a fortiori* aux oreilles des théoriciens du droit selon lesquels ne seraient juridiques que les seules normes étatiques — mais non aux oreilles de ceux pour qui « l'essence du droit est d'être spontané »<sup>4</sup> —, qu'il n'existerait aucune société qui puisse se maintenir sans le droit de l'État. Hegel, en ce sens, expliquait que « l'État est le rationnel en soi et pour soi, il s'élève au-dessus de la société civile et peut seul rendre l'homme libre et exprimer la vérité du monde »<sup>5</sup> ; il serait « la sphère de conciliation entre l'universel et le particulier »<sup>6</sup>. Ce ne serait que grâce à l'État que l'homme pourrait « substituer dans sa conduite la justice à l'instinct »<sup>7</sup>.

« Le but de l'État moderne, écrit-on encore, est d'arracher les hommes à l'incertitude existentielle d'un état de nature anarchique et sans lois »<sup>8</sup>. 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 loi, ce que serait, pour certains, le commerce transnational abandonné aux seules lois du marché. Partant, même si l'État rencontre des difficultés et est confronté à une situation de

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 111.

<sup>3</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Guillaumin, 1867, p. XXIII (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. 315).

<sup>4</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Puf, 1970, p. 32 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 52).

<sup>5</sup> G. W. F. HEGEL, *La Constitution de l'Allemagne* (1800), Champ libre, 1974 (cité par J. HUMMEL, « Allemagne (doctrines allemandes de l'État et du droit de Hegel et Jellinek) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 38).

<sup>6</sup> *Ibid.* (cité par J. HUMMEL, « Allemagne (doctrines allemandes de l'État et du droit de Hegel et Jellinek) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 38).

<sup>7</sup> J.-J. ROUSSEAU (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle », 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. 67). Dès ce moment, « [les] facultés [de l'homme] s'exercent et se développent, ses idées s'entendent, ses sentiments s'ennoblissent, son âme tout entière s'élève, à tel point que, si les abus de cette nouvelle situation ne le dégradait souvent en dessous de celle dont il est sorti, il devrait bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais et qui, d'un animal stupide et borné, fit un être intelligent et un homme » (J.-J. ROUSSEAU (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle », 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. 68)).

<sup>8</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 46.

pluralisme juridique, et même si la *lex electronica* prouve que les hommes savent parer à l'état de nature anarchique et sans loi par d'autres moyens que les moyens étatiques, il faut gager que l'État est « plus obstiné qu'obsolète »<sup>1</sup> et que c'est toujours à lui qu'il revient le plus légitimement de créer et d'appliquer le droit, y compris dans le domaine de l'internet et des activités internetiques. Et si le droit d'essence publique est d'autant plus nécessaire que le groupement humain en cause est étendu et diversifié<sup>2</sup>, alors le droit de la communication par internet, qui concerne potentiellement tout individu que porte la planète, devrait plus que tout autre s'appuyer sur des sources publiques.

Nombreux sont les philosophes du droit et de la politique — jusqu'à Friedrich Hayek<sup>3</sup> — 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 »<sup>4</sup> — et en organisant la défense contre les menaces extérieures. Tout homme et toute organisation humaine, qu'il ou elle fasse œuvre de source du droit ou procède à n'importe quelle autre action, serait animé(e) par le « désir inquiet d'acquérir puissance après puissance, désir qui ne cesse qu'à la mort »<sup>5</sup>. Aussi propose-t-on que, « aujourd'hui comme hier, sans l'État, une société sombrerait dans l'anarchie, en tout point comparable aux rapports de forces qui se déchaînent dans l'état de nature ; parce que régnerait alors un pouvoir sauvage et sans lois, la différence entre les hommes et les bêtes serait abolie »<sup>6</sup>. Ces paroles sont peut-être quelque peu excessives ; reste qu'elles doivent éventuellement être accueillies favorablement en ce qu'elles soulignent combien une production du droit entièrement privatisée serait dangereuse, si bien que, très vite, il risquerait de ne plus s'agir réellement de droit mais uniquement de « loi du plus fort »<sup>7</sup>.

Si a été souligné, au sein du chapitre précédent, combien la légitimité axiologique des normes produites dans un cadre privé serait douteuse et combien, en outre, elles présenteraient souvent des défauts structurels, ne pouvant être aussi perfectionnées et abouties formellement et

<sup>1</sup> M.-C. SMOUTS, B. BADIE, *Le retournement du monde*, PFNSP, 1992 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 149).

<sup>2</sup> R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 44.

<sup>3</sup> F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. III, trad. R. Audouin, Puf, 1980, p. 118 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 140).

<sup>4</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique*, Plon, 1959, p. 113.

<sup>5</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 11.

<sup>6</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 169.

<sup>7</sup> Cela d'autant plus que, parmi les sociétés occidentales contemporaines, il n'est 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.

légistiquement que des normes d'origine publique, il convient à présent de mettre en exergue positivement la qualité 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 par internet bien davantage qu'en matière de droit du contenant de la communication par internet (section 2)*.

## Section 1

### **Des garanties en matière de sécurité autant qu'en matière de droits fondamentaux**

*Cette section est comprise au sein d'un titre dont l'objet est de motiver la légitimité supposément supérieure du droit de la communication par internet d'origine publique comparativement au droit de la communication par internet d'origine privée. Est ainsi plaidé pour des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit profitant au développement des sources publiques plus qu'au développement des sources privées. Cette opinion a précédemment été motivée en insistant sur les menaces que les sources privées feraient peser sur la justice, la démocratie, l'intérêt général ou encore la sécurité juridique. Il convient à présent de motiver cette opinion en mettant l'accent sur les bénéfices censés découler d'une production du droit de la communication par internet assurée principalement par les institutions étatiques et interétatiques. À l'intérieur de la présente section, il s'agira d'expliquer comment et jusqu'à quel point les sources publiques seraient garantes des droits et libertés fondamentaux, de l'intérêt général ou bien encore de la sécurité juridique. Quant à la section suivante, elle soulignera combien cela serait bien davantage vérifiable en matière de régulation des activités internetiques qu'en matière de régulation des technologies internetiques.*

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<sup>1</sup>. Tous deux ont également besoin du droit ; et tous deux auraient

<sup>1</sup> Le monde immatériel n'a rien de virtuel. Comme d'aucuns l'indiquent, « il ne faut pas se laisser piéger par des appellations telles que “cyberespace” ou “espace virtuel” qui masquent trop facilement que cet espace n'est jamais au final qu'un espace façonné par les hommes et destiné aux hommes. [...] L'injure ou la contrevérité qui y est affichée reste pleinement une injure ou une contrevérité. L'agression demeure et le préjudice aussi » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2338). Et le Conseil d'État de renchérir : « L'idée d'un espace virtuel et immatériel, distinct de l'espace physique et réel, n'apparaît plus pertinente pour décrire internet, si elle l'a jamais été » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 133).

également *besoin du droit d'essence publique*<sup>1</sup>. 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, l'escroquerie ou la pédophilie, les facilite et en fait apparaître de nouvelles variantes. 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* »<sup>2</sup> ou des arnaques commises sur les sites de vente entre particuliers. 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 »<sup>3</sup>. Pour ne prendre qu'un dernier exemple, peut-être les données personnelles sont-elles le pétrole du XXI<sup>e</sup> 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<sup>4</sup>. Et le Conseil économique, social et environnemental de lister les grands enjeux que pose l'internet : « 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 »<sup>5</sup> ; *autant de défis qu'il incomberait principalement au droit d'origine publique de relever*.

Considérant que « le droit n'est pas un produit »<sup>6</sup>, 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

---

<sup>1</sup> Aussi le Conseil d'État, dans son rapport public pour l'année 2014, observe-t-il que « les États ne sont pas moins légitimes à légiférer sur les réseaux numériques que sur tout autre pan des activités humaines, tout simplement parce que ce sont des activités humaines qui se déroulent sur ces réseaux : les internautes commercent, s'éduquent, écoutent de la musique, s'informent, opèrent sur des marchés financiers, font de la politique, travaillent ou jouent » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 133).

<sup>2</sup> Le « *phishing* » consiste à obtenir la communication d'un numéro de carte bancaire en se faisant passer pour une entité administrative ou commerciale. L'usurpation d'identité est une forme d'escroquerie qui s'est particulièrement développée avec l'internet, celui-ci facilitant la collecte d'informations sur les individus et permettant plus aisément de se faire passer pour une tierce personne.

<sup>3</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2338.

<sup>4</sup> D'ailleurs, la première livraison de 2016 de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* a été consacrée au thème « L'espace numérique et la protection des données personnelles ». Notamment, J. BOYADJIAN, « La science politique face aux enjeux du "big data" et de la protection des données personnelles sur internet », *RDP* 2016, p. 7 s. ; A. DEBET, « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », *RDP* 2016, p. 17 s. ; H. OBERDORFF, « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *RDP* 2016, p. 41 s. ; M. QUÉMÉNER, « Les données personnelles à l'ère numérique – Quelle protection sur le plan pénal ? », *RDP* 2016, p. 71 s. ; J. RICHARD, « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », *RDP* 2016, p. 87 s.

<sup>5</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 18.

<sup>6</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

les moyens mis en œuvre par les sources publiques de normes 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. 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 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 »<sup>1</sup>.

Seront ici envisagées les sources publiques en tant que gardiennes de l'intérêt général (1) puis en tant que défenseuses des droits et libertés des personnes (2).

### **1. La sauvegarde de l'intérêt général comme justification de la primauté des sources publiques du droit**

En 1889, le ministre des postes et des télégraphes, Georges Cochery, plaidait pour une prise en mains de ces objets communicationnels nouveaux par le droit étatique — sous la forme du monopole public — en raison du fait que ce dernier seul a 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<sup>2</sup>. Au Professeur Jean-Marie Pontier qui demande si l'intérêt général existe encore à

---

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 14.

<sup>2</sup> Dans son rapport présenté le 28 mai 1889 devant la Chambre des députés, le ministre déclare : « 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, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica (Aix-en-Provence-Paris), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996, p. 193).



l'heure du XXI<sup>e</sup> s. internetique<sup>1</sup>, il faut répondre par l'affirmative et ajouter qu'il revient plus que jamais aux sources publiques du droit d'assurer sa conservation. Les institutions étatiques demeurent 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<sup>2</sup>. Dans le même temps, c'est tout spécialement cette mission de préservation de l'intérêt général qui justifie l'existence de l'État, ce que 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 »<sup>3</sup>. L'intérêt général immatériel est une réalité et cela justifie l'intervention du droit étatique — en même temps que cela la limite dès lors que, suivant Gaston Jèze, « l'intérêt général est le fondement et la mesure du pouvoir des gouvernants »<sup>4</sup> —. Il n'est donc pas lieu d'affirmer que l'État serait « en crise » en conséquence d'un intérêt général qui lui-même serait « en crise ». D'ailleurs, l'intérêt général immatériel est peu ou prou identique à l'intérêt général qui empreint les activités humaines dans le monde physique, la principale différence étant le caractère immatériel du milieu dans lequel il baigne. Mais il ne saurait y avoir deux intérêts généraux — dont l'un serait moins important que l'autre — ; il n'est qu'un seul et unique intérêt général, lequel s'exprime, notamment, sur le web et à travers l'internet.

Hegel puis le marxisme ont justement 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<sup>5</sup>. 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. L'État serait ce pouvoir qui a su s'affranchir des intérêts particuliers et égoïstes ; « 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 »<sup>6</sup>. En ce sens, tout État est une République, c'est-à-dire, au sens étymologique, une « chose publique » et une chose au service du public<sup>7</sup>. Par sa bouche — par ses décrets et surtout par ses lois —, sont définis les moyens pertinents afin de préserver l'intérêt général ; mais est aussi défini l'intérêt général lui-même, dont le contenu est affaire de convictions politiques et est, par conséquent, très relatif. Il est cependant 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

<sup>1</sup> J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327 s.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43.

<sup>3</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 2 (cité par J.-F. SPITZ, « L'État et la famille », *Droits* 1992, n° 16, p. 67).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. *Philosopher*, 1989, p. 16.

<sup>6</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. *Droit et société*, 2008, p. 20.

<sup>7</sup> Dans le langage de la philosophie politique, le mot « République » ne désigne que depuis le XVIII<sup>e</sup> s. une forme de régime politique. Il a longtemps désigné, comme chez Platon, Bodin et Rousseau, l'État en général.

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<sup>1</sup>.

L'objectif que le droit doit poursuivre est, selon les termes du Conseil d'État, de « mettre le numérique au service de l'intérêt général »<sup>2</sup>. L'enjeu propre à la production du droit de la communication par internet est logiquement 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 très puissants. Pour ce faire, le droit doit 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 »<sup>3</sup>. Il importe 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 différencie des autres formes d'organisations socio-politiques, est qu'avec lui « l'intérêt public gouverne » et « la chose publique est quelque-chose »<sup>4</sup>. Et le philosophe de Genève de définir l'État en tant que « tout gouvernement guidé par la volonté générale »<sup>5</sup>. Des auteurs utilisent, là aussi de façon très significative, l'expression « régulation d'intérêt général » en tant que synonyme de « régulation publique » et de « régulation étatique »<sup>6</sup>. Bien qu'on relève que les normes produites par l'État, parce que maladroites, vont parfois à l'encontre de l'intérêt général<sup>7</sup>, il faut définitivement convenir que le droit d'origine publique est un droit protecteur de l'intérêt général quand le droit d'origine privée est un droit protecteur d'intérêts privés, si bien que, à l'aune du *sentiment propre à l'auteur de ces lignes*,

<sup>1</sup> D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1502.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 25.

<sup>3</sup> EDCE 1999, *Réflexions sur l'intérêt général*.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> *Ibid.* (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).

<sup>6</sup> F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ.* 2004, p. 23.

<sup>7</sup> 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 »).

un droit de sources publiques est généralement préférable à un droit de sources privées, sous l'angle de l'intérêt général en tout cas.

Ensuite, « 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 »<sup>1</sup>. Aussi importe-t-il non seulement que ce soient des sources étatiques qui élaborent le droit, mais aussi que les individus qui sont 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. Or ce risque est, en matière de nouvelles technologies et notamment en matière d'internet, inévitable. Nombre de normes formellement d'origine publique sont matériellement d'origine privée. 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.

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.

## **2. La défense des droits et libertés des personnes comme justification de la primauté des sources publiques du droit**

Cela va normalement de pair avec la question de l'intérêt général, le droit d'origine étatique — et le droit public en particulier<sup>2</sup> — est par nature « le siège et l'expression des exigences de justice, d'ordre et de progrès »<sup>3</sup>, le lieu où seront mieux qu'ailleurs protégés les droits et libertés des individus et, plus encore, les droits et libertés fondamentaux des individus — étant entendu, tout comme au sujet de l'intérêt général, qu'est ici principalement en cause l'État occidental typique qu'est la République française —. Aristote et Platon déjà retenaient que la Cité est le meilleur espace où jouir de ses droits et libertés naturels<sup>4</sup>. Suivant une approche fondationnelle, l'État a pour finalité essentielle, outre la sauvegarde de l'intérêt

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *L'État* (1970), Le Seuil, coll. Points, 2009, p. 118.

<sup>2</sup> Ainsi 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 à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 7).

<sup>3</sup> F. TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 20.

<sup>4</sup> Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriges-dicos poche, 2003, p. 48.

général, la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux constitutifs de la dignité humaine<sup>1</sup> ; 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<sup>2</sup>. Si l'État a connu, historiquement, des péripéties et si, géographiquement, il présente des visages fort différents<sup>3</sup> qui amènent à en douter<sup>4</sup>, il est néanmoins, en tout cas en Europe, un lieu essentiel pour l'exercice des droits et libertés. 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<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>.

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 cyberspace<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. La plupart d'entre eux sont largement mis au défi d'une révolution numérique qui invite à les repenser, souvent dans le

<sup>1</sup> R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 149.

<sup>2</sup> A. SCHÜTZ, « Saint Augustin, l'État et la "bande de brigands" », *Droits* 1993, n° 16, p. 71.

<sup>3</sup> Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme sont souvent visés par le reproche d'ethnocentrisme occidental par certains pays asiatiques et arabes qui, s'ils ne contestent pas l'existence de droits de l'homme, les envisagent sous de tout autres formes (M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 358).

<sup>4</sup> Bien sûr, l'accent mis sur les droits de l'homme comme cran d'arrêt devant l'État signifie que celui-ci n'est pas seulement une protection mais peut aussi constituer une menace pour l'individu : l'idée s'est désormais imposée qu'il existe des droits fondamentaux relevant d'un « patrimoine commun de l'humanité » et opposables à tout État. Les hommes disposent donc de droits et libertés fondamentaux non pas du fait qu'ils s'inscrivent dans un espace étatique mais du fait qu'ils sont hommes. Cf. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 116.

<sup>5</sup> En garantissant la participation de chacun à la loi, personnellement ou par ses représentants, le respect des droits et libertés fondamentaux serait mécaniquement assuré ; cela car l'objectif essentiel de la démocratie est d'assurer l'autonomie des citoyens, c'est-à-dire le fait qu'ils ne soient soumis qu'à des lois auxquelles ils ont librement consenti en étant égaux en droit (M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 388).

<sup>6</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 39.

<sup>7</sup> Par exemple, 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 cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 2005, p. 12 ; C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, p. 846.

<sup>8</sup> J. RAWLS, *Libéralisme politique* (1993), trad. C. Audard, Puf, coll. Quadrige grands textes, 2006 (cité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 149-150). Cf., également, É. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 396 s.

sens d'une dégradation ou d'un affaiblissement. Mais il est aussi un certain nombre de droits et libertés fondamentaux qui sont apparus spécifiquement avec l'internet, ainsi que le démontre un auteur, y voyant une « quatrième génération de droits constitutionnels »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup> et des rapports entre numérique et droit fondamentaux<sup>3</sup> et qu'ils aient engagé des réflexions de fond sur ces sujets, lesquelles ont vocation à inspirer plus ou moins profondément le droit positif. 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>.

Certains 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 »<sup>6</sup>. Est ici avancé — mais il ne s'agit que d'une *opinion personnelle* induite par une certaine conception de ce que *doivent être* les droits et libertés fondamentaux<sup>7</sup> — que, tout au contraire, il reviendra toujours aux États, individuellement ou collectivement, d'assurer la consécration et la garantie des droits et libertés fondamentaux et que, si cette mission était abandonnée à des organisations privées, il faudrait craindre de les voir dévoyés. Il est ainsi loisible de suivre 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 »<sup>8</sup>, 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

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010.

<sup>2</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011.

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>5</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 13.

<sup>6</sup> L. HENNEBEL, « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 140.

<sup>7</sup> De même, Hauriou n'hésitait pas à définir l'État tel un « appareil objectif de combat, coopérant avec le *sens subjectif du juste* au règlement et au redressement de la vie sociale » (M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XXV (non souligné dans le texte original)). Reconnaître les droits de l'homme que le droit a mission de protéger implique un engagement philosophique analogue, *mutatis mutandis*, à l'affirmation du droit naturel.

<sup>8</sup> *Ibid.*

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.

Par ailleurs, 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<sup>1</sup>. Mais, ces 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 est 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 —. Il faut donc suivre qui retient que les droits fondamentaux impliqués par le développement de l'internet et de la communication par internet doivent être consacrés à la fois dans les Constitutions étatiques et dans les conventions internationales<sup>2</sup>.

Seulement y a-t-il là encore une limite de taille qui 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 atteintes ; 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 l'espace internetique ; il faut encore 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. Mais cela ne retire nullement au droit d'origine étatique sa supériorité intrinsèque par rapport au droit d'origine privée du point de vue de la sauvegarde des droits et libertés des individus s'adonnant à une activité internetique, même si, spécialement à l'occasion de l'élaboration des lois « HADOPI », des commentateurs ont émis des réserves sur ce point<sup>3</sup>. Le sentiment de cette supériorité intrinsèque est renforcé par le fait que le droit produit par l'État est bien davantage que le droit produit par les organisations privées source de sécurité et de sécurité juridique.

---

<sup>1</sup> 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*, 11<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Droit fondamental, 2012.

<sup>2</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010.

<sup>3</sup> Par exemple, M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 270 (qui interroge : « 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.

## B. Un droit garant de la sécurité et de la sécurité juridique des individus

La supériorité présumée du droit d'origine publique par rapport au droit d'origine privée s'exprime encore à travers les questions de la sécurité (1) et de la sécurité juridique (2) des individus, lesquelles ne pourraient qu'être mieux protégées par les sources publiques que par les sources privées.

### 1. La conservation de l'ordre et de la sécurité comme justification de la primauté des sources publiques du droit

Hobbes enseignait que l'institution de l'État est indispensable car il s'agit 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 »<sup>1</sup>. L'État est indispensable aux humains, qui vivent en société, parce qu'il est « 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 »<sup>2</sup>.

L'État peut se définir en tant qu' « organisation permanente destinée à faire respecter l'ordre public »<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Or la perspective du « maintien de l'ordre » est englobée au sein d'une problématique beaucoup 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 se trouvent exposés. L'office de l'État est 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). 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] »<sup>5</sup>. 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 les

<sup>1</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 17 (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. 28).

<sup>2</sup> *Ibid.* (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. 28).

<sup>3</sup> R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, p. 6 ; également, A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 37.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 55 ; également, J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 102.

<sup>5</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 151.

spécialistes notent-ils que la sécurité n'a 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 impossibles, si bien que la délinquance explose en même temps que l'usage de l'internet et du web<sup>1</sup>.

En ce sens, Carré de Malberg expliquait que le domaine dans lequel l'État doit rester central et donc dans lequel le droit doit revêtir une origine essentiellement étatique car les normes établies dans l'espace privé ne sauraient être suffisantes est celui de « l'ordre et la sécurité dans les relations particulières entre les individus ou les groupes partiels d'individus »<sup>2</sup>. Les conventions et autres engagements ne sont rien que « des mots et du vent », n'ont aucune force pour obliger, contenir, contraindre ou protéger quelqu'un, « en dehors de la force du glaive public »<sup>3</sup>. La constitution de l'État consiste donc à établir une puissance commune capable d'assurer la sécurité des membres du corps social les uns par rapport aux autres. Y compris en matière de relations immatérielles, l'État doit être présent et assurer son « rôle de justicier et de policier »<sup>4</sup>. « 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 »<sup>5</sup>. Voici une autre justification à l'existence de l'État. 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 est préférable qu'elle soit aussi souvent que possible l'institution étatique ou, du moins, une institution publique. Nombreux sont les auteurs à en convenir, par exemple en estimant que le droit étatique a 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 »<sup>6</sup>. Le droit d'origine privée risquerait trop souvent de se révéler dangereux parce que marqué par la « folie naturelle des hommes »<sup>7</sup>. Hobbes confirmait cela au moyen de formules devenues célèbres<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2011, n° 2344.

<sup>2</sup> 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. XI.

<sup>3</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 18 (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. 26).

<sup>4</sup> 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. XI.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>6</sup> B. EDELMAN, « “Ma” définition du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 23.

<sup>7</sup> G. W. F. HEGEL (cité par B. EDELMAN, « “Ma” définition du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 23).

<sup>8</sup> Le philosophe 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 châtement. [...] 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



Seulement cela pose-t-il la question de la « crise de l'État ». 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 »<sup>1</sup>. 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 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, ce qui sera l'objet de la seconde partie de cette thèse.

En outre, au-delà de la sécurité matérielle, c'est la sécurité juridique que le droit d'origine publique conserve mieux que le droit d'origine privée.

## 2. 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 — en tant que « *Rule of Law* » au sens des anglo-saxons<sup>2</sup> —, laquelle sous-entend « 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 »<sup>3</sup>. 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

---

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. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 17 (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. 25)).

<sup>1</sup> 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. XI.

<sup>2</sup> 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. Selon ce dernier auteur, c'est quand le système juridique fonctionne efficacement et justement qu'il faut parler de « *Rule of Law* », ce qui veut dire que : « 1° ses règles valent pour l'avenir et ne sont pas rétroactives ; 2° il n'est pas impossible de leur obéir ; 3° elles sont publiées ; 4° elles sont claires ; 5° elles sont cohérentes ; 6° elles sont assez stables pour qu'on puisse guider sa conduite en se fondant sur la connaissance qu'on en a ; 7° les règles moins générales et les commandements sont fondés sur des règles plus générales ; 8° ceux qui ont le pouvoir de faire les règles et de les appliquer sont responsables ; ils appliquent la loi de manière cohérente et conformément à leur contenu » (cité par M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *Droits* 1992, n° 15, p. 54). On parle également de « moralité interne du droit », celle-ci impliquant la généralité des normes, leur publicité, leur non-rétroactivité, leur clarté, leur non-contradiction, l'interdiction des normes prescrivant l'impossible, la stabilité des normes et la conformité des actes des autorités subordonnées aux normes générales (L. F. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press (Londres), 1978, p. 33 (cité par 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. 327-328)).

<sup>3</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

constitutionnelle » en 1999<sup>1</sup>, à la suite de la Cour de justice des communautés européennes<sup>2</sup>, « impliquent la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés, ainsi que leur cohérence »<sup>3</sup>. Et le droit doit être « praticable »<sup>4</sup>. A été amplement démontré combien le droit d'origine étatique est beaucoup mieux que les autres formes de droit respectueux de l'exigence de sécurité juridique. En particulier, on souligne l'infériorité de la *lex mercatoria* par rapport au droit émanant des États sous l'angle de la sécurité juridique<sup>5</sup> ; un même constat peut être dressé quant au droit d'origine privée applicable aux communications par internet. C'est là un argument de poids supplémentaire au soutien des sources publiques du droit, la garantie de la sécurité juridique étant qualifiée de « fonction régulatrice absolument essentielle »<sup>6</sup>. Et d'aucuns d'exprimer des craintes en ces termes : « Quantité, généralité, extensibilité des sources extra-nationales qui priment la loi nationale, [...] voici venir le désordre juridique, en pratique tout au moins, avec sa conséquence : l'insécurité »<sup>7</sup>. La sécurité juridique est, aux yeux du Conseil d'État, une exigence fondamentale de l'État de droit<sup>8</sup>, lequel est peut-être le cadre le plus légitime où produire les normes<sup>9</sup>. Celui-ci 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 leurs actes<sup>10</sup>. 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,

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> CJCE, 6 avr. 1962, aff. C-13/61, *Bosch*.

<sup>3</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 76.

<sup>5</sup> T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 159. Il faut remarquer, avec cet auteur, que « la *lex mercatoria* souffrira encore longtemps, et sans doute toujours, d'être incomplète. On sait, en effet, qu'un corps de règles énoncées abstraitement, si précis soit-il, ne permet jamais de faire face à l'ensemble des difficultés qui peuvent survenir en pratique. Or, la désignation d'un droit national permet de se reposer sur un système juridique complet, dans lequel les lacunes du droit écrit sont généralement comblées par la jurisprudence. C'est là un avantage indéniable. 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. La prévisibilité et la sécurité juridique, si importantes dans le droit du commerce international, militent donc pour un usage modéré de la *lex mercatoria*, en complément plutôt qu'en remplacement des droits étatiques » (*ibid.*).

<sup>6</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 142.

<sup>7</sup> A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 150.

<sup>8</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*. Et la sécurité juridique 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 la reconnaissance formelle du 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*).

<sup>9</sup> Le Professeur Olivier Beaud hésite sur le point de savoir si l'idée d'État de droit est « une preuve de la vitalité de l'État [ou] un signe de son affaiblissement » (O. BEAUD, « L'honneur perdu de l'État », *Droits* 1992, n° 15, p. 10). Peut-être faut-il y voir quelque-chose de positif et non quelque-chose de négatif.

<sup>10</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 149.

que la hiérarchie des normes et la séparation des pouvoirs y soient davantage affirmées et respectées.

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<sup>1</sup>. Et seul l'État et les organisations internationales peuvent, de façon satisfaisante, assurer la « certitude de la légalité »<sup>2</sup>, pour reprendre une expression de Portalis. La loi, en particulier, 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 »<sup>3</sup>. De plus, elle bénéficie d'une force historique puisque l'« esprit de légalité »<sup>4</sup> domine les juristes depuis le XIX<sup>e</sup> s., en réaction contre les abus d'arbitraire et de privilèges 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 »<sup>5</sup>. Déjà Kelsen indiquait combien la loi de l'État est l'instrument qui permet le plus sûrement de s'approcher de l'idéal de sécurité juridique<sup>6</sup> ; et Carbonnier 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 »<sup>7</sup>. Ainsi le droit étatique, qui souvent coïncide avec un droit législatif mais aussi parfois avec un droit jurisprudentiel<sup>8</sup>, est-il le mieux à même de protéger la sécurité des individus en général et leur sécurité juridique en particulier.

Mais 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. S'il n'y parvenait plus, il donnerait une bonne raison aux sources privées de prospérer. Or 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 de la sorte 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 est la première

---

<sup>1</sup> B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, 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. »).

<sup>2</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 54.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 76.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 336.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 35.

<sup>8</sup> 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 – À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003 », *RFDA* 2003, p. 470 s.

motivation qui pousse à adopter un code de conduite privé, selon une enquête réalisée en 1999<sup>1</sup>. Le pluralisme juridique se développerait ainsi de manière inversement proportionnelle à la dégradation de la qualité du droit étatique. Pour Max Weber, la clé du développement du droit étatique et de la « dissolution de tous les organismes de contrainte particuliers » a été le besoin de prévisibilité du droit que seule l'institution étatique a été en mesure d'assurer<sup>2</sup> ; « cela a contribué plus que toute autre chose à détruire les autres groupements sociaux qui étaient porteurs de droit »<sup>3</sup>. Il est décisif pour l'État de toujours pouvoir s'appuyer sur un droit structurellement supérieur à toutes les formes privées de normativité ; il doit s'efforcer de préserver la sécurité juridique, à laquelle le Conseil d'État a consacré, à quinze années d'intervalle, deux de ses rapports annuels<sup>4</sup>, mettant ainsi en exergue son éminente importance dans toutes les branches du droit. Dans le premier de ces deux rapports, le Conseil observait déjà un avilissement de la loi portant préjudice à la sécurité juridique dès lors que, « pour respecter la loi, il faut la connaître ; et pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable »<sup>5</sup>. L'enjeu est donc de renverser la tendance à « la prolifération désordonnée des textes, [à] l'instabilité des règles et [à] la dégradation de la qualité de la loi »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup> ; mais la rapidité de l'évolution de la technologie internetique et des usages qui en sont faits ne peut 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. Avec ses mouvements et même revirements législatifs et jurisprudentiels fréquents, le droit étatique de la communication par internet peine à répondre à la nécessité de proposer un corpus normatif intelligible et prévisible<sup>8</sup>. Toute la question est de savoir s'il peut raisonnablement en aller autrement. Une tentative de réponse sera proposée au sein de la seconde partie à venir.

Pour les diverses raisons évoquées en ces paragraphes, les sources publiques doivent être préférées aux sources privées de normes. Toutefois, il importe de distinguer deux sous-branches à l'intérieur du droit de la communication par internet : le droit du contenu et le droit du contenant de la communication — ce qui est permis dès lors que « l'internet repose sur une séparation totale entre infrastructures et contenus »<sup>9</sup> —. En effet, ce constat vaut pour le premier plus que pour le second. C'est essentiellement en matière de contenus du web que l'intérêt

<sup>1</sup> Citée par P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 139.

<sup>2</sup> M. WEBER, *Économie et société*, t. II (1922), trad. J. Freund, Plon, 1971, p. 49.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>4</sup> EDCE 1991, *De la sécurité juridique* ; EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

<sup>5</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 9.

<sup>6</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 43.

<sup>7</sup> Cité par 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. 343-344.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », *Place de la toile*, France culture, 11 févr. 2012.

général, les droits et libertés des individus et la sécurité sont menacés et que, par conséquent, l'exigence de droit d'origine publique se fait pressante. En matière de contenant, d'infrastructures physiques et de technologies, le bilan est beaucoup plus nuancé ; or la question est décisive puisque « le droit participe du progrès technique »<sup>1</sup>, il encourage ou freine ce progrès qui peut donc être impacté par des choix politiques<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A. SUIPOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, coll. Points, 2005, p. 185 (cité par J. CATTAN, « L'innovation par le droit des communications électroniques », *Jurisdoctoria* 2012, n° 8, p. 17).

<sup>2</sup> Cf. J. CATTAN, « L'innovation par le droit des communications électroniques », *Jurisdoctoria* 2012, n° 8, p. 17 s.

## Section 2

### Des bénéfiques en matière de contenus plus qu'en matière de contenants

*Cette section conclut un titre dont l'objet est de motiver la légitimité supposément supérieure du droit de la communication par internet d'origine publique par rapport au droit de la communication par internet d'origine privée. Sont ainsi espérés des mouvements et des ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit profitant au développement des sources publiques plus qu'au développement des sources privées. Cette opinion a été tout d'abord justifiée négativement, en insistant sur les menaces que les sources privées feraient peser sur la justice, la démocratie, l'intérêt général ou encore la sécurité juridique. Puis, elle a été soutenue positivement, soit en mettant en avant les bénéfiques censés découler d'une production du droit de la communication par internet assurée principalement par les institutions étatiques et interétatiques. Reste, avant de passer de l'étude des sources privées à l'étude des sources publiques — transition que motive ce titre afférant à la contestable légitimité du droit d'origine privée et à l'attente de droit d'origine publique —, à souligner combien la supériorité formelle et, plus encore, substantielle des normes d'essence publique comparativement aux normes d'essence privée se vérifierait bien davantage en matière de régulation des activités internetiques qu'en matière de régulation des technologies internetiques, ce qui pourrait expliquer pourquoi cette dernière est nettement plus aux mains des sources privées que la régulation des activités internetiques.*

Loin de considérer, comme Mc Luhan, que « le message, c'est le médium »<sup>1</sup> 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 »<sup>2</sup>, 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,

<sup>1</sup> M. MC LUHAN, *Pour comprendre les médias* (1964), Le Seuil, coll. Points essais, 1977.

<sup>2</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, 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.*).

semble-t-il, l'autorégulation dans le domaine du droit du contenant de la communication par internet (A), de telle sorte que *la problématique de la publicisation des sources 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 »<sup>1</sup>, 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.

## **A. Une acceptabilité du droit d'origine privée supérieure en matière de droit du contenant de la communication par internet**

En droit de la communication audiovisuelle, un commentateur note que « les instances d'autorégulation sont sans doute mieux adaptées au traitement de questions rédactionnelles qu'au genre de problèmes techniques qui concernent la radiodiffusion »<sup>2</sup>. Si ce constat est peut-être contestable, en tout cas est-ce plutôt l'observation inverse qui tend à s'imposer en matière de droit de la communication par internet — mais non d'une manière générale<sup>3</sup> — puisque l'intervention des pouvoirs publics y 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 de la « gouvernance de l'internet » soulignent combien celle-ci 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<sup>4</sup>. 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 de contenant de la communication par internet. C'est pourquoi, parmi les prochains titres de cette thèse, l'objet juridique en cause sera principalement le 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 (51 % contre 29 %<sup>5</sup>).

Les standards et normes techniques d'origine privée dominant, sans que cela n'apparaisse condamnable, le droit du contenant de la communication par internet (1), c'est-à-dire *le droit applicable à la couche physique et à la couche logique de l'internet* (2).

---

<sup>1</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

<sup>2</sup> W. GORE, « Les instances d'autorégulation – Assurer le respect des codes de déontologie », in A. HULIN, J. SMITH, dir., *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, OSCE (Vienne), 2008, p. 46.

<sup>3</sup> Ainsi, par exemple, L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in E. BROSSET, É. TRUILHÉ-MARENGO, dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 57 s. ; A. PENNEAU, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCPE* 1996, I, p. 599 s.

<sup>4</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014. Pour une analyse contraire, cf. É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 8.

<sup>5</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

## 1. 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, mais aussi par les multinationales du secteur — jusqu'aux normes <.doc> (Microsoft) ou <.pdf> (Adobe) peuvent être incluses dans le droit du contenant de la communication par internet — ; étant entendu qu'il faut accepter *ab initio* que l'architecture technique constitue une composante du cadre juridique des activités prenant place dans le cyberspace<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Les noms de domaine, numéros de ports et adresses IP sont considérés comme les ressources stratégiques de l'internet, rares et fragiles — quoique de moins en moins<sup>3</sup> —, si bien que c'est en eux que résident les principaux enjeux

<sup>1</sup> En ce sens, 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.

<sup>2</sup> On a pu plaider pour la consécration du « 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.).

<sup>3</sup> 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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 259). Et le Haut Conseil de citer 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-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, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, 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



de pouvoir à l'intérieur du contenant internetique. 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 —.

« 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 »<sup>1</sup>. Il est peut-être justifié d'ainsi convenir que le droit du contenant de la communication par internet serait établi, puisque dans un cadre privé, dans un cadre peu démocratique, peu transparent et largement abandonné au jeu des intérêts économiques. Seulement est-il suffisant de remarquer que la « qualité » de ce droit du contenant — qui est principalement fait de normes techniques, de standards technologiques, de protocoles — est une réalité dont le bon fonctionnement de l'internet et du web témoigne et que les États et les organisations internationales pourraient 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 est plus praticable, plus pragmatique, plus rationnel que le droit d'origine publique en matière d'internet et de technologies numériques<sup>2</sup>. 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 mains la « gouvernance de l'internet » entraînerait ni plus ni moins que la « fin de l'internet »<sup>3</sup>, celui-ci étant par principe un « réseau qui permet l'innovation sans autorisation »<sup>4</sup>. L'internet 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 ; il est permis de se réjouir devant la construction de pareil édifice ; or celui-ci repose essentiellement sur des normes privées.

---

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.

<sup>1</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 334 ; N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 10.

<sup>3</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

<sup>4</sup> F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

Par exemple, les RFC (*Requests for Comments*) sont un outil normatif (plus ou moins<sup>1</sup>) qui, en soi, 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<sup>2</sup>. Dès lors, il n'est pas utile que quelque droit d'origine publique vienne recouvrir les normes qu'elles portent. Et, 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)<sup>3</sup>, il serait peut-être inconséquent de chercher à lui subroger quelque forme de droit ou de « Code » public. Les normes techniques<sup>4</sup> n'ont pas toujours à être abandonnées à des sources privées<sup>5</sup>, mais, en droit du contenant de la communication par internet, il n'y a pas de difficulté à ce qu'elles le soient. Ainsi l'ISOC peut-il convenir que « la coordination technique d'Internet possède des caractéristiques spécifiques (ouverture, indépendance, gestion par des organisations membres à but non lucratif collaborant

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, 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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2013). Un auteur observe que l'ICANN, l'IETF et le W3C « ne constituent pas des organes de régulation car ils ne 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, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, 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, sont très largement respectées par leurs destinataires.

<sup>3</sup> Le professeur américain écrit : « Le cyberspace 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 cyberspace, nous devons comprendre comment un autre "code" régule, comment les logiciels et le matériel (soit le code du cyberspace) forment et régulent le cyberspace. Comme l'a formulé William Mitchell, ce code est la "loi" du cyberspace. 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*, 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)).

<sup>4</sup> Le droit du contenant de la communication par internet est en grande partie composé de normes techniques. La plupart des auteurs s'accordent à dire que la définition de référence de la notion de norme technique est celle qui a été donnée par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies et par l'Organisation internationale de normalisation (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 », étant précisé que cet « organisme qualifié » peut être reconnu soit par des autorités publiques soit directement par les divers partenaires privés.

<sup>5</sup> M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738.

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 »<sup>1</sup>.

Il est ainsi loisible de saluer la fabrication privée du droit des infrastructures physiques et logiques qui permettent à l'internet de fonctionner.

## 2. Les vertus du droit des infrastructures physiques et logiques de l'internet

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 relie 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). 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, si bien qu'il est aisé d'ainsi séparer les normes applicables à l'une et celles qui régissent l'autre. La couche des infrastructures et la couche logique requièrent l'élaboration de normes techniques et de standards largement acceptés et respectés afin de permettre l'interconnexion des réseaux et des 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. Or, historiquement et aujourd'hui encore majoritairement, ce sont des sources privées qui se chargent d'élaborer les règles applicables à la couche des infrastructures physiques et à la couche logique.

Il n'est pas lieu de regretter cette domination du secteur privé sur la production du droit du contenant de la communication par internet sous quelque angle pragmatique ou axiologique que ce soit puisque ce droit s'avère être tout à fait efficace et son contenu tout à fait justifié. 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

---

<sup>1</sup> [en ligne] <isoc.fr>. L'indépendance dont il est question est en premier lieu une indépendance par rapport aux États.

dynamiques<sup>1</sup>. De plus, les individus sont directement en contact avec le contenu mais uniquement indirectement en contact avec le contenant, si bien que les dangers potentiels se font moins tangibles dans ce dernier cas que dans le premier cas. 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 »<sup>2</sup> 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 »<sup>3</sup> ; simplement faut-il ici observer que le sens suivi par les développements techniques réalisés à l'IETF ou au W3C et, quoique dans une moindre mesure, par la manière dont l'ICANN décide de gérer les noms de domaine ne portent pas atteinte de manière excessive, tout au contraire, à l'intérêt général et aux droits et libertés des individus.

L'internet, compris comme contenant de données, est donc composé de deux architectures distinctes : l'architecture physique qu'est le réseau filaire et hertzien lui-même et l'architecture logique, composée des protocoles et standards de communication permettant le transport de données sur ce réseau. Cette architecture logique a toujours été ouverte et non propriétaire, c'est-à-dire accessible à tous, ce qui permet de faire de l'internet un réseau capable d'accueillir une grande variété d'usages, sans qu'aucune autorité centralisée ne puisse privilégier une utilisation spécifique ou en bannir certaines. 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 d'organiser le « *djihad* », 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 »<sup>4</sup>. Partant, il faut en revanche regretter que la part de droit d'origine privée dans le droit du contenu de la communication par internet, *i.e.* dans le droit applicable à la troisième couche, soit relativement élevée comparativement à ce qu'elle est, par exemple, en droit de la communication audiovisuelle car cela semble constituer une source de risques et de dangers pour les internautes, comme cela a été observé au sein des paragraphes précédents.

Enfin, il convient à nouveau, sur cette question des légitimités respectives du droit d'origine privée de l'internet au sens strict et du droit d'origine privée du contenu de la communication par internet, de se garder de toute approche manichéenne ; peut-être le droit d'origine publique est-il d'une certaine utilité à l'égard du cadre physique et logique du réseau. Notamment, l'accès à l'internet haut débit peut être envisagé en tant qu' « aspect essentiel de la

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> J. ZIMMERMANN, « Ce que le net a changé dans nos vies », Service public, France inter, 20 janv. 2012.

politique d'intérêt général »<sup>1</sup>, car « l'accès aux services de communications électroniques est considéré comme un élément clef de la solidarité tant nationale qu'internationale, à ce point que désormais l'égalité entre individus, entre régions et entre États ne peut se concevoir que dans un accès égalitaire aux services de communications électroniques »<sup>2</sup>. Le droit d'origine publique n'est donc pas davantage légitime que le droit d'origine privée en matière de contenant de la communication par internet globalement comprise. Reste qu'il est difficile de trouver des arguments permettant de critiquer sérieusement la place cardinale qu'occupe le droit d'origine privée dans cette branche du droit. Certes, l'internet 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<sup>3</sup>, 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. La régulation du réseau repose sur la définition d'un ensemble de règles d'interopérabilité entre ses composants qui lui permettent de fonctionner de manière cohérente. Sans règles respectées par la grande majorité des acteurs, il n'y aurait guère d'inter-réseaux. Mais le fait que ces règles soient établies loin des États et des organisations internationales ne paraît porter préjudice qu'à de rares personnes et il serait peut-être peu conséquent de plaider pour une publicisation du droit du contenant de la communication par internet, c'est-à-dire du droit de l'internet. Il est remarquable que l'internet ne s'inscrit pas dans un programme de développement industriel classique<sup>4</sup> et, « si Tim Berners-Lee avait décidé de créer des standards fermés, il serait sûrement millionnaire aujourd'hui. Mais ce n'est pas là l'esprit d'internet »<sup>5</sup>.

La régulation ou « gouvernance » très 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 encadrement normatif, il semble cette fois que l'intervention des États soit indispensable tant, comme cela a été précisé précédemment, les sources privées poursuivent trop souvent leurs propres intérêts au détriment de l'intérêt général et des droits et libertés des internautes.

---

<sup>1</sup> J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 996 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 238). Ainsi, en France, sur la base de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales, ces dernières ne peuvent fournir un accès aux services de communications électroniques aux utilisateurs que si le jeu concurrentiel est insuffisant (cf. P. DELVOLVÉ, « Les services publics locaux de communications électroniques », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 399 s.).

<sup>2</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 189.

<sup>3</sup> En ce sens, J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La nouvelle culture du capitalisme*, La découverte, 2005.

<sup>4</sup> J.-P. CORNIU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 10.

<sup>5</sup> F. DONCK, « L'Internet Society », Place de la toile, France culture, 29 sept. 2012.

## 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 et seulement secondairement sur le droit du contenant de la communication par internet. En effet, la question de la publicisation des sources du droit de la communication par internet semble se poser avec une acuité plus importante en matière de droit du contenu qu'en matière de droit du contenant, la part très élevée de droit d'origine privée à l'intérieur de ce dernier n'ayant peut-être pas à être dénoncée, ni sous l'angle de l'intérêt général ni sous celui des droits et libertés des internautes. En matière de droit du contenu de la communication par internet, en revanche, il paraît nécessaire de réduire autant que possible la place du droit d'origine privée, celui-ci présentant souvent des risques pour les individus<sup>1</sup>. Aussi les différents exemples cités parmi les paragraphes précédents et relatifs aux dangers que présenteraient les normes d'origine privée en termes de justice, de démocratie, d'intérêt général, de sécurité, de sécurité juridique et de protection des droits et libertés ont-ils essentiellement été empruntés au droit du contenu de la communication par internet<sup>2</sup>.

Il n'est plus temps, en ces lignes, de s'attarder sur ces illustrations concrètes. Simplement convient-il d'insister, avec d'autres observateurs, 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 »<sup>3</sup>, tout au contraire, mais à condition de comprendre « loi » dans un sens large signifiant « acte normatif émanant de l'État » et non dans un sens strict signifiant « acte normatif émanant du Parlement » puisque 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 communications et des médias, il semble que, dans le domaine du droit de la communication par internet, ils doivent se concentrer principalement sur la création du droit des contenus (1). 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 et à l'ordre public (2). Et il faut peut-être rappeler que cette analyse, comme l'ensemble du propos porté par le second titre de cette thèse, correspond à un bilan global et non à une vérité absolue ; autrement dit, il peut parfaitement arriver que des normes d'origine privée soient plus pertinentes que les normes d'origine publique en matière d'encadrement juridique des contenus internetiques (3).

---

<sup>1</sup> En ce sens, M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 205.

<sup>2</sup> Ce serait même l'internet en soi qui serait menacé dès lors qu'il pourrait « disparaître à cause de ses contenus » (B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014).

<sup>3</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2056.

## 1. 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<sup>1</sup>. « 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 »<sup>2</sup>. La problématique est identique concernant la communication par internet, où la présence du voile juridique de l'État est légitimée par la « fonction sociale du média »<sup>3</sup>, mais elle est décuplée. Entre 2000 et 2010, les hommes ont produit tous les deux ans autant de données qu'il n'y en a eu produites depuis le début de l'histoire de l'humanité<sup>4</sup>. 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 sont unilatérales. Partant, dès lors que les États ont toujours trouvé de bonnes raisons de maîtriser peu ou prou totalement l'encadrement juridique des médias traditionnels, ils doivent en trouver *a fortiori* quant à la communication par internet.

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 l'« 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.*<sup>5</sup>

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 a vocation à saisir le contenu

<sup>1</sup> *Ibid.*, n° 1522.

<sup>2</sup> H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica (Aix-en-Provence-Paris), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996, p. 84.

<sup>3</sup> P. ALBERT, « Radio et télévision », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1288.

<sup>4</sup> J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013.

<sup>5</sup> 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. 260.

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. Et Carré de Malberg de compléter son propos en ces termes : « La question des tâches étatiques n'est point une question juridique, mais un problème qui relève de la science politique : sur le terrain juridique, le seul point à observer en cette matière, c'est qu'en raison de son pouvoir de domination, l'État est maître de se déterminer à lui-même et d'élargir à son gré le cercle de sa compétence »<sup>1</sup>. Ainsi l'œuvre de l'illustre professeur alsacien vient-elle confirmer que le présent titre relatif aux légitimités respectives du droit d'origine privée et du droit d'origine publique dans le droit de la communication par internet possède une teneur politique forte et une teneur *jus*-scientifique faible, ce à propos de quoi l'auteur de ces lignes s'est déjà amplement expliqué au sein de pages antérieures.

Ensuite, il faut dire que les problématiques qui intéressent l'État se retrouvent pour la plupart parmi le contenu des communications internetiques, ce qui explique qu'il fasse principalement œuvre normatrice en la matière.

## 2. 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 »<sup>2</sup> —. 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 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 est 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., qui 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<sup>3</sup>. « Pour penser internet, il ne faut pas le voir comme des machines en réseau mais comme des machines en interaction avec des humains »<sup>4</sup> ; 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

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>2</sup> É. SADIN, *L'humanité augmentée – L'administration numérique du monde*, L'Échappée, 2013.

<sup>3</sup> J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013.

<sup>4</sup> P. CASSOU-NOGUÈS, « Philosophie du réseau (3/4) : à l'heure d'internet », Les nouveaux chemins de la connaissance, France culture, 27 nov. 2013.



réseaux, des protocoles et des autres normes techniques. Les menaces planant sur les droits des individus prennent généralement la forme d'informations circulant dans l'espace internetique<sup>1</sup>.

Les États ont pu, longtemps, maîtriser les contenus en maîtrisant les contenant, le monopole public étant la forme la plus radicale de contrôle étatique de la communication. L'internet, en tant que contenant, ne saurait être de la sorte dominé et même accaparé par l'État ; et il serait malheureux qu'il le soit. Reste que les contenus sont l'objet d'un droit spécifique et que c'est à la prise en charge de celui-ci que doivent s'atteler en priorité les instances étatiques, car ce sont eux 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 revient logiquement à l'État d'édicter. De plus, par rapport aux contenus audiovisuels diffusés à la télévision ou à la radio, les contenus internetique posent nombre de nouvelles difficultés auxquelles il convient de répondre<sup>2</sup>. Et ces nouveaux contenus sont loin de se limiter au seul monde du divertissement et de l'information. La mise en ligne de services de « prêt social » d'argent sans banquiers, mettant directement en relation prêteurs et emprunteurs<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>. De plus, la plupart des « cyberdélits », qui sont une source forte de la demande de droit étatique<sup>5</sup>, portent sur le contenu et non sur le contenant de la communication par internet<sup>6</sup>. Les défis les plus profonds concernent peut-être la protection des données personnelles — qui sont le « pétrole de l'internet »<sup>7</sup> — et de la vie privée<sup>8</sup> et, dans le cyberspace, « 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

---

<sup>1</sup> 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 cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 2005, p. 12. Cf., en particulier, 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. Néanmoins, concernant les noms de domaine, cf. 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.

<sup>2</sup> Cf., par exemple, F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 513-514.

<sup>3</sup> Cf. J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 85.

<sup>4</sup> Cf. *ibid.*, p. 46-47.

<sup>5</sup> Notamment, W. CAPELLER, « Un net pas très net – Réflexions sur la criminalité virtuelle », *Arch. phil. droit* 1999, p. 265 s.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, « Le droit à l'oubli numérique », *Le bien commun*, France culture, 22 mars 2012.

<sup>8</sup> 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 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).

comportement, anticiper la conduite et prévoir les choix »<sup>1</sup>. Nombre de services de l'internet obligent ainsi leurs utilisateurs à accepter le fait que, « quand vous utilisez un de nos services, [...] nous collectons, transférons, manipulons, conservons, divulguons et procédons aux autres traitements de vos informations »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. Mais, au-delà de l'identité ou profil numérique et des interrogations qu'il pose<sup>4</sup>, 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. Si « Google présente le plus redoutable défi pour les droits de la personne de toute l'Histoire de l'humanité »<sup>5</sup>, les enjeux sont, pour les institutions publiques en général et pour l'État en particulier, colossaux.

On convient que l'État doit 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 »<sup>6</sup> ; cela veut dire qu'il doit prendre en charge la production du droit du contenu de la communication par internet mais non celle 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

---

<sup>1</sup> M. PAUL, D. ROBERT, « Présentation », *Cités* 2009, n° 39, 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).

<sup>2</sup> « Politique de vie privée de Twitter ». Quant aux conditions générales d'utilisation de Twitter, elles 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).

<sup>3</sup> 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 »).

<sup>4</sup> Cf., notamment, O. ITEANU, *L'identité numérique en question*, Eyrolles, 2008.

<sup>5</sup> E. FELTEN, « Inside the Googleplex », *The Economist* 1<sup>er</sup> sept. 2007 (cité par J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 160).

<sup>6</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 516.

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 »<sup>1</sup>. Dans cette liste, seul l'impact environnemental se rapporte au contenant plus qu'au contenu ; la « neutralité du Net »<sup>2</sup> est un problème qui se situe à cheval sur l'un et l'autre<sup>3</sup>, tandis que les autres points sont relatifs aux contenus — étant précisé que, lorsqu'on cherche à maîtriser le contenant afin de maîtriser le contenu, le problème est alors un problème de contenu plus que de contenant, le second étant au service du premier —. Quant aux « droits et libertés sur internet » auxquels le député Christian Paul a consacré un important rapport remis au Premier ministre en mai 2000<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> 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<sup>6</sup>, enjeu qui n'existe que parmi les contenus. 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 électronique, la protection de la propriété intellectuelle »<sup>7</sup>, c'est qu'ils demandent à l'État d'établir le 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 »<sup>8</sup>. 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

<sup>1</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 18.

<sup>2</sup> 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, C. ERHEL, L. DE LA RAUDIÈRE, « La neutralité de l'Internet et des réseaux », rapport d'information n° 3336, Assemblée nationale, 2011 ; J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 16 s. ; E. DERIEUX, « Neutralité : liberté ou surveillance – Fondements et éléments du droit de l'internet », *RLDI* 2011, n° 74, p. 85 s. ; E. DERIEUX, « Entre esprit libertaire et nécessaire réglementation, à propos de la neutralité de l'internet – Un atout pour le développement de l'économie numérique », *RLDI* 2010.

<sup>3</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 9.

<sup>4</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000.

<sup>5</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011.

<sup>6</sup> *Ibid.*, *passim*.

<sup>7</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000, p. 31 s.

<sup>8</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 232.

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.

Reste que, en matière de droit du contenu de la communication par internet, la préférence donnée aux sources publiques au détriment des sources privées se base sur une réalité tendancielle et non sur une réalité absolue.

### 3. L'inclination tendancielle et non absolue pour les sources publiques dans le domaine des contenus

Depuis les premières années du web et jusqu'à aujourd'hui encore, les éditeurs de services immatériels, notamment les commerçants électroniques, ont souhaité que la communication par internet soit abandonnée à l'autorégulation<sup>1</sup> ; à l'inverse, les pouvoirs publics ont entendu saisir ces activités bien davantage que les couches physique et logique de l'internet — dans les pays démocratiques du moins<sup>2</sup> —, si bien que le taux de droit d'origine publique dans le droit du contenu de la communication par internet a toujours été en progrès et que la part du droit d'origine privée est plus élevée en droit du contenu (29 %) qu'en droit du contenant (51 %) de la communication par internet<sup>3</sup>. Cette 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 guère difficile à expliquer, ainsi que les paragraphes précédents le montrent ; et il faut plaider pour une importance des normes privées qui soit la plus fine possible. Malgré l'internet et le web, se maintient la conception d'un État ultime rempart pour ses citoyens, fût-ce au prix de mesures protectionnistes. 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. En droit de la communication par internet, le « désenchantement » des sources privées<sup>4</sup> frappe le droit du contenu autrement plus intensément que le droit du contenant, à propos duquel il faut parler de « triomphe » bien plus que de « désenchantement ».

Bien entendu, que le droit d'origine publique soit préférable au droit d'origine privée en matière d'encadrement juridique des contenus du web est une tendance forte mais non une règle absolue. Il est 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 (*Platform 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

<sup>1</sup> L. THOUMYRE, « Le rôle du Forum des droits sur l'internet dans la régulation du commerce électronique », *LPA* 6 févr. 2004, p. 5.

<sup>2</sup> Pour des raisons de maîtrise technique mais surtout de contrôle politique, certains pays comme la Chine ont déjà mis en œuvre des systèmes qui s'opposent au principe de neutralité de l'internet. Ce fut le cas avec la tentative de mise en place d'un protocole IPv9 incompatible avec le reste de l'internet et, surtout, avec la création d'une racine alternative au DNS pour les noms de domaine internationaux chinois. Les sites créés sous cette racine ne sont en effet pas consultables par les usagers du web en dehors de la Chine.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 88.

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<sup>1</sup>. Et le développement des Creative Commons, droit d'auteur d'origine privée concurrent du droit d'auteur étatique et interétatique<sup>2</sup> et « cas type d'autorégulation sur internet »<sup>3</sup>, 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. Mais, globalement, le droit d'origine publique est 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 est l'objet du restant de cette thèse. Seront envisagées tout d'abord les sources supra-étatiques, puis les sources étatiques. Si la problématique de l'intérêt et du besoin de publiciser les sources du droit de la communication par internet est désormais résolue, celle des moyens mis en œuvre et, plus encore, des moyens à mettre en œuvre est autrement complexe et délicate. Ainsi va-t-on jusqu'à estimer qu'il est illusoire d'imaginer les sources publiques du droit capables d'établir, d'une façon ou d'une autre, le droit de la communication par internet<sup>4</sup>. Sans atteindre pareille extrémité, il faut, avec le Professeur Pierre Trudel, comprendre que, sitôt que la technique communicationnelle change, « les techniques de règlementation, les véhicules des règles, doivent évoluer en même temps »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> 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, *La condition numérique*, Grasset, 2013).

<sup>2</sup> Cf., notamment, 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.

<sup>3</sup> D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », *Lex Electronica* 2006, n° 10, p. 2.

<sup>4</sup> K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 1.

<sup>5</sup> P. TRUDEL, « Les systèmes normatifs et le cyberspace », [en ligne] <chairelrwilson.ca>. 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 »<sup>1</sup> dont la plupart sont d'essence privée. Ainsi apparaît-il éventuellement opportun, alors que « chaque acteur redessine sa propre carte normative »<sup>2</sup> dans ces « environnements post-souverains »<sup>3</sup> 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, 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 internetique<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>, il conviendrait peut-être de songer aux évolutions légistiques pertinentes afin de remédier à ces difficultés rencontrées par la création publique du droit.

Les sources typiques du droit de demain, dont la « *lex Facebook* » et la « *lex Twitter* »<sup>6</sup> 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 »<sup>7</sup>. Et il met en garde ses lecteurs contre le « risque de privatisation de la règle de droit »<sup>8</sup>, 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 »<sup>9</sup>. Aussi l'étude des

---

<sup>1</sup> B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 6.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> B. FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », [en ligne] <philodroit.be>, 2014, p. 3.

<sup>4</sup> Cf., pour une autre approche du problème, B. TAXIL, « Internet et l'exercice de droits fondamentaux », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 115 s.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 348.

<sup>6</sup> 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. 60.

<sup>7</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 21-22.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 358.

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 les 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<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>.

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 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, mais 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 par internet bien davantage qu'en matière de droit du contenu de la communication par internet, où les menaces planant sur l'intérêt général ou sur la sécurité juridique semblent nettement plus grandes. C'est pourquoi a été et sera encore mis l'accent 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.<sup>3</sup>*

Mais il n'est pas lieu de poursuivre plus avant cette discussion d'ordre subjectif. Il convient, sans plus attendre, de retourner au sein du domaine de l'objectivité et de l'empirisme afin d'aborder sous un angle scientifique les sources publiques du droit de la communication par internet. Seule la conclusion générale terminant cette thèse s'inscrira elle-aussi dans un cadre *jus-politique*. Que soit rappelé combien le titre à présent achevé ne devait être qu'une

<sup>1</sup> A. PELLET, « 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.

<sup>2</sup> 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. 51.

<sup>3</sup> Union internationale des télécommunications, « Agenda de Tunis pour la société de l'information », 18 nov. 2005, n° 35.

excursion exceptionnelle dans le chaos des opinions politiques et combien le restant du présent ouvrage aspire à être recouvert de la droiture de l'analyse scientifique, ce qui implique de s'appuyer sur des arguments principalement objectifs et empiriques, donc puisés dans les seuls faits, loin des stipulations et des affirmations axiologiques.

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<sup>1</sup>, à l'instar de l'emploi d'une arme ou de la constitution en bande organisée, un élément tout à fait révélateur des menaces nouvelles que contribue à développer le réseau mondial 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 maîtrisent 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 soient celles pour lesquelles le taux d'élucidation est le plus faible<sup>2</sup>. 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 du droit —. Il semble que cela se traduise tout spécialement à travers les origines des normes régissant ces nouveaux moyens de communication électronique et régissant les activités immatérielles qu'ils permettent.

---

<sup>1</sup> 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 la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques »).

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





## Conclusion de la première partie

À l'issue de la première moitié de cette thèse, associée à l'étude dont les prémisses et les résultats sont l'objet de l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, il paraît difficile de dénoncer la « grande illusion du pluralisme juridique »<sup>1</sup>. Celui-ci, 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 la composition normative de cette branche du droit est la suivante : 38 % de normes d'origine étatique ; 22 % de normes d'origine publique externe ; 40 % de normes d'origine privée<sup>2</sup>. Il y aurait donc bien « éclatement du monolithisme du droit »<sup>3</sup>. En outre, *le pluralisme se retrouve à l'intérieur des sources privées*, lesquelles s'avèrent bien plus hétéroclites que les sources étatiques ou 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 est-il peut-être confirmé que « leur diversité est le trait le moins incertain des sources du droit »<sup>4</sup>.

Pourtant, le polymorphisme des sources contemporaines est une réalité que la théorie des sources, fréquemment, tend à méconnaître<sup>5</sup>. La première partie qui se termine s'inscrit donc dans un mouvement de rénovation des sources du droit ou, plus sûrement, de *rénovation de la théorie des sources du droit* — car il est probable qu'en la matière comme souvent le changement et la prise en compte du changement par la doctrine soient en décalage —<sup>6</sup> qui deviendrait nécessaire à l'aube du XXI<sup>e</sup> s.<sup>7</sup>, alors que de plus en plus d'observateurs remarquent le « profond renouvellement des sources du droit »<sup>8</sup>. En 1960, Carbonnier relevait la

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 1992, p. 361.

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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. 1434.

<sup>5</sup> M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2356. L'auteur invite à « reconnaître une conception protéiforme des sources du droit » (*ibid.*).

<sup>6</sup> 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 », *RRJ* 2003, p. 2335 s.

<sup>7</sup> En ce sens, A. PIZZORUSSO, « La question des sources du droit au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), 2007, p. 1197 s.

<sup>8</sup> D. LEGAIS, « Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit en question », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. XI.

« multiplication des variétés de règles de droit »<sup>1</sup>. 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.

Partant, il est apparu possiblement justifié de consacrer 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<sup>2</sup>. Quelques lecteurs considèreront possiblement que ce serait en cette partie consacrée aux institutions privées productrices de règles que résiderait tout l'intérêt de cette thèse, eu égard au peu de place qui est ordinairement réservé à ces sources privées généralement cannibalisées par les sources publiques<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Mais, justement parce qu'il est peu commun de donner une trop grande place aux sources privées, a été décidé de leur consacrer une partie parmi ces recherches et de réserver une autre partie aux sources publiques. Reste que, à l'opposé, il aurait peut-être été peu conséquent d'ignorer la production privée du droit de la communication par internet alors que, sans celle-ci, cette branche du droit se présenterait sous un jour fort différent, à tel point qu'elle serait méconnaissable. D'aucuns considèreront que la partie qui s'achève, relative à la production privée des règles de droit, a constitué un « pèlerinage »<sup>5</sup>, c'est-à-dire, étymologiquement, un voyage dans un lieu étranger. La seconde partie à venir, au contraire, portera sur des objets déjà bien connus des juristes.

Par ailleurs, 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 »<sup>6</sup>. La « hiérarchie des sources » présentement retenue est désormais bien connue du lecteur : 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 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.

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 86.

<sup>2</sup> En ce sens, B. CUBERTAFOND, « Du droit enrichi par ses sources », *RDP* 1992, p. 353 s.

<sup>3</sup> Il existe bien entendu des exceptions à cette tendance générale. Par exemple, Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 s.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, « *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 847.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 147.

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 est attendue la domination des sources publiques. 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 »<sup>1</sup>. 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. Toutefois, dans le même temps, le Conseil économique, social et environnemental pouvait noter que, « en affirmant qu'acteurs privés, entreprises et sociétés civiles sont autant que les États et les organisations internationales légitimes à réguler l'internet, la Déclaration de Tunis [du 18 novembre 2005] n'a fait qu'acter un *état de fait* »<sup>2</sup>.

Il s'avère, dès lors, que la situation serait 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. À titre de comparaison, il faut rappeler que, alors que la part du droit d'origine publique n'est que de 60 % en droit de la communication par internet, le droit des réseaux de communications électroniques est constitué de 97 % de normes d'origine publique<sup>3</sup> et le droit de la communication audiovisuelle comporte 86 % de normes d'origine publique<sup>4</sup>.

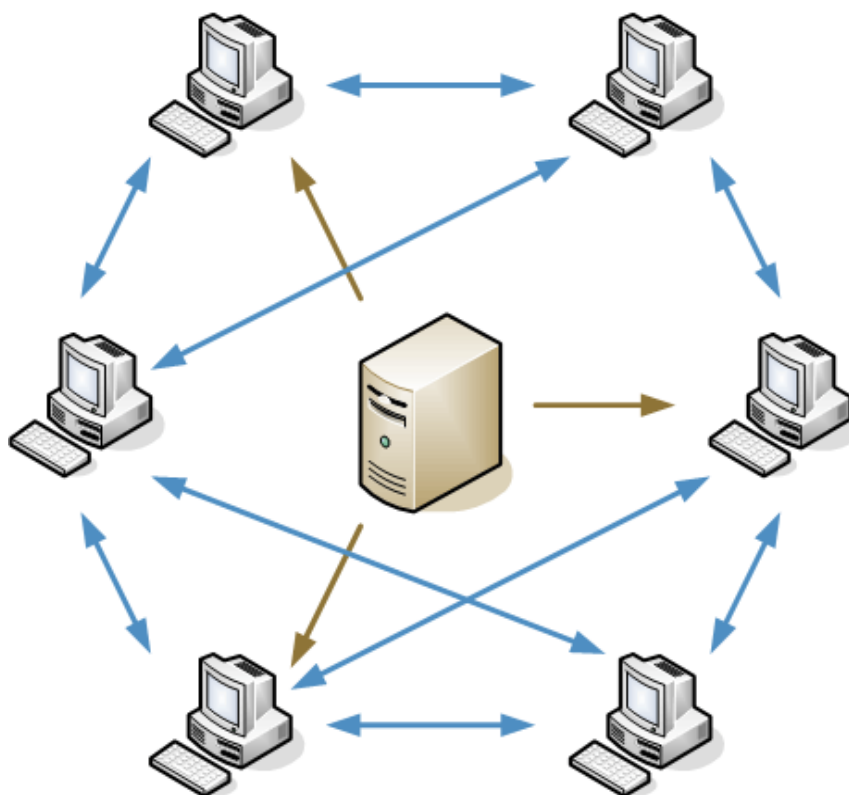
<sup>1</sup> J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 6.

<sup>2</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 18 (non souligné dans le texte original).

<sup>3</sup> Est ici donnée l'occasion de préciser à nouveau que les règles propres au droit des réseaux de communications électroniques n'ont pas été intégrées dans le calcul de la réalité du pluralisme juridique en droit du contenant de la communication par internet en raison du fait que lesdits réseaux ne sont pas spécifiques à l'internet et l'ont souvent précédé ; aussi seules les normes *ad hoc* établies spécifiquement afin de faire fonctionner l'internet ont-elles été incluses parmi le droit du contenant de la communication par internet (protocoles et autres standards technologiques, règles régissant l'hébergement et règles encadrant les noms de domaine).

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

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 bricole 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 »*<sup>1</sup>. 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*. Un sociologue du droit 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<sup>2</sup>. La particularité du droit de la communication par

<sup>1</sup> Cf. B. BARRAUD, *Repenser la pyramide à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012.

<sup>2</sup> 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. 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

internet est qu'il paraît échapper à ce portrait : l'État serait un acteur du droit mais il n'en serait pas le cœur. Il est alors intéressant d'observer sa réaction face à cette situation incommode.

À l'ère du « grand renouvellement des sources du droit »<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>, au « chaos dans la production du droit »<sup>4</sup> et au « désordre de l'ordre juridique »<sup>5</sup>, le droit de la communication par internet ne peut qu'être concerné au premier chef, ce qui motive le fait de lui consacrer une recherche universitaire. Il est temps, désormais, de porter l'attention sur les institutions œuvrant à la publicisation des sources de ce droit et, tout d'abord, sur la dimension supra- et interétatique de ce processus. On estime que « les chartes et codes de bonne conduite sont généralement élaborés dans des périodes d'incertitude quant à l'application des lois »<sup>6</sup>. 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.

---

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.*).

<sup>1</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 358.

<sup>2</sup> J. STOUFFLET, « Préface », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. IX.

<sup>3</sup> Réf. à A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541 s.

<sup>4</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

<sup>5</sup> A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, 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.

<sup>6</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 146.



## Seconde partie

# LES SOURCES PUBLIQUES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Précédemment en cette thèse, a été présenté le sujet « les sources du droit de la communication par internet » au sein d'une introduction longue, confinant à des prolégomènes, mais peut-être nécessaire dès lors qu'une étude des sources du droit, potentiellement, peut prendre des tournures multiples et aboutir à des conclusions diverses et variées. Ensuite, à travers la première partie, les spécificités des sources privées du droit de la communication par internet ont été mises en exergue. En effet, malgré la place cardinale qu'ils peuvent occuper en matière de régulation de certaines activités, les usages privés, les règlements privés, les jugements privés et, mais dans une moindre mesure, les contrats privés demeurent relativement peu étudiés et, par conséquent, mal connus. Ainsi l'enjeu de cette première partie était-il déjà, d'un point de vue scientifique, de présenter et d'expliquer ces sources typiques du droit transnational du futur que le droit de la communication par internet permettrait d'observer. Il s'est également agi, avec le second titre, et cette fois d'un point de vue exceptionnellement jus-politique, d'insister sur les menaces que les sources privées du droit feraient planer sur la démocratie, sur la sécurité, sur l'intérêt général et sur les droits et libertés fondamentaux — mais en matière de droit du contenu de la communication par internet bien davantage qu'en matière de droit du contenant de la communication par internet —. Aussi la conclusion de la première partie est-elle que, si les sources privées jouent aujourd'hui toujours un rôle central en matière de production du droit de la communication par internet, elles jouent un rôle de moins en moins central à mesure que les sources publiques, convaincues elles-aussi qu'elles ne doivent pas laisser ce droit aux mains des « puissances privées », s'efforcent d'en publiciser autant que possible la création. C'est pourquoi, dans la seconde partie qui débute, il s'agira, à nouveau sous un angle empirique amenant à faire essentiellement œuvre descriptive et explicative, d'étudier et d'analyser les moyens mis en œuvre par les institutions étatiques et interétatiques afin d'élaborer un droit de la communication par internet pertinent et efficace, capable de prendre qualitativement et quantitativement — le second aspect dépendant largement du premier — le pas sur les normes d'origine privée, cela au bénéfice de la démocratie, de la sécurité, de l'intérêt général et des*



*droits et libertés fondamentaux. Or il faut gager que l'attitude des pouvoirs publics au moment d'élaborer un droit « postmoderne » supposément différent du droit étato-national moderne n'est peut-être pas dénuée d'intérêt, y compris et même a fortiori s'il s'avérait que cette attitude n'était guère originale, car cela pourrait être lourd d'enseignements quant à la capacité des États à occuper toujours le devant de la scène juridique dès lors que l'ère de ce droit « postmoderne » serait devenue une réalité, dès lors que le droit de la communication par internet ne serait plus considéré comme un droit exceptionnel mais comme un droit ordinaire.*

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, les décisions qui orientent son avenir ne pourraient pas reposer uniquement sur les acteurs privés de sa préhistoire. Il faudrait entendre qui insiste sur le « risque de privatisation de la règle de droit »<sup>1</sup>. 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 les mêmes dans le cadre moderne et dans le cadre « postmoderne » que paraît dessiner le cyberspace. On convient que la « règle de droit classique » serait inapte à saisir les technologies et les activités internetiques<sup>2</sup> ; 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*<sup>3</sup>, lequel serait caractéristique du droit de demain. 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 »<sup>4</sup>. 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 fait de la législation privée correspond à un retrait de la puissance publique et non à une faiblesse »<sup>5</sup>. Toutefois, le développement du droit d'origine privée 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*. 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

<sup>1</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 278.

<sup>2</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 145.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 4.

<sup>5</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 35.

pressions extérieures et n'est pas un choix que les gouvernements opèreraient en opportunité<sup>1</sup>. 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. En ce sens, il est remarquable que l'auteur de l'article « État » du *Dictionnaire de la culture juridique* retienne que la « crise de l'État » serait due à des phénomènes qu'il peinerait à encadrer et que la meilleure illustration de cette situation résiderait dans l'internet<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. « 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 »<sup>4</sup>.

Carl Schmitt rappelait, non sans opérer quelque simplification caricaturale, que l'État du XVIII<sup>e</sup> s. s'était voulu tout puissant, voire absolu, alors que l'État du XIX<sup>e</sup> s. a tendu, du moins en sa composante libérale, vers la neutralité du non interventionnisme et que, au XX<sup>e</sup> s., l'État total et omnipotent a surgi<sup>5</sup>. Au XXI<sup>e</sup> 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 une « puissance privée » poursuivant la satisfaction d'intérêts privés. 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 choix de l'État et des institutions publiques plus généralement.

Carré de Malberg pouvait écrire que « la puissance d'État ne semble pas appelée à entrer de sitôt dans une phase de décroissance »<sup>6</sup>. Dans l'espace internetique, toutefois, la « puissance d'État », qui s'exprime classiquement à travers la production juridique, semble mise à mal, ainsi qu'en témoignent, avec d'autres indicateurs, les résultats de l'expérience présentée dans l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*. D'aucuns en viennent à constater que « la puissance de Facebook et de Google est aujourd'hui beaucoup plus importante que

<sup>1</sup> Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2011, n° 2038.

<sup>2</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 644. Et l'auteur d'observer que « le paradoxe est là : en dépit de ces facteurs de dissolution de la puissance étatique, l'État demeure la matrice, le schéma idéal d'exercice du pouvoir » (*ibid.*).

<sup>3</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *La notion de politique – Théorie du partisan* (1963), trad. M.-L. Steinhauser, Flammarion, coll. Champs classiques, 2009.

<sup>6</sup> 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. XXVIII.

celle de tout État »<sup>1</sup> ou que « l'un des aspects principaux de la crise engendrée par la culture numérique est la disparition de la souveraineté des États »<sup>2</sup> puisque « internet est exactement contradictoire avec l'idée de souveraineté »<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>, c'est peut-être assez fatalement que, dans le cyberspace, la légitimité de l'État se trouverait mise en doute et que sa capacité d'influence diminuerait, notamment en raison du problème de la territorialité de ses interventions.

Ainsi, dans leur rapport remis en 2011 à l'Assemblée nationale, les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère écrivaient 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 »<sup>5</sup>. Partant, c'est logiquement que *les sources supra- et interétatiques se trouvent mobilisées dans le but d'édifier un droit de la communication par internet d'origine publique*. Si l'État est à la fois « trop petit pour les grands problèmes et trop grand pour les petits problèmes »<sup>6</sup>, avec l'internet, il s'avère surtout trop petit face à ce qui ressemble fort à un problème aux dimensions inédites. Par conséquent, il convient, 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*).

---

<sup>1</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

<sup>2</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014. Sur ce point, cf. en particulier P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 s.

<sup>3</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014. L'auteur d'ajouter que « la souveraineté suppose de partitionner internet et donc de supprimer internet » (*ibid.*).

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *L'État* (1970), Le Seuil, coll. Points, 2009, p. 16. Déjà Gaston Jèze et Léon Duguit considéraient que la légitimité du pouvoir politique s'éprouve par l'exercice du pouvoir et ne peut jamais être déduite de l'origine de celui-ci (G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, 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 ? », *Jus Politicum* 2013, n° 11, p. 30)).

<sup>5</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 310.

<sup>6</sup> A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, trad. O. Meyer, L'Harmattan, 1994, p. 71.

## Titre 1

# LA SITUATION CONTRASTÉE DES SOURCES PUBLIQUES EXTERNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Au sein de la première partie de cette thèse, les sources privées du droit de la communication par internet ont été interrogées. En effet, la place des règlements privés, usages privés, contrats privés et jugements privés parmi les sources du droit est sujette à discussion et souvent même niée, considérant qu'il ne s'agirait pas là de droit. Il semble pourtant qu'il faille accepter d'inclure ces actes normatifs et faits normatifs dans le champ d'étude du chercheur en droit dès lors qu'ils sont peut-être appelés à dominer demain le domaine de la production juridique ou, du moins, à y concurrencer les interventions normatives des institutions étatiques et interétatiques. Ensuite, a été insisté sur les périls qui seraient attachés au droit d'origine privée et sur la préférence qu'il conviendrait d'accorder, dans la majorité des situations, aux sources publiques du droit. Or il faut croire que cette opinion, ici subjectivement exprimée, est globalement partagée par les pouvoirs publics et que ceux-ci préfèrent contrôler l'élaboration du droit de la communication par internet plutôt que de la laisser aux mains de quelques « puissances privées ». C'est pourquoi il s'agira, au long de la seconde partie qui débute, d'étudier les sources publiques de ce droit en ayant à l'esprit que l'enjeu pour elles de savoir concevoir des régimes juridiques précis, complets, pertinents et efficaces n'est pas le moindre tant elles sont concurrencées dans cette tâche par de nombreuses sources privées et tant en dépend souvent la préservation de l'intérêt général, de la démocratie, de la sécurité ou encore des droits et libertés fondamentaux. Et il conviendra d'interroger tout d'abord, au sein de ce premier titre, les sources publiques externes, étant entendu que, a priori, celles-ci sont les plus légitimes à saisir et à encadrer des activités et des objets foncièrement transnationaux. Seulement les sources internationales connaissent-elles des limites semble-t-il insurmontables, tandis que les sources européennes, si elles s'avèrent très développées, produisent un droit continental, ce qui ne saurait même pas s'analyser tel un pis-aller de droit mondial. Dès lors, il faudra, à l'occasion du dernier titre de cette thèse, en revenir aux sources les plus classiques du droit moderne, c'est-à-dire aux sources étatiques, et observer si elles sont en mesure de construire les régimes juridiques précis, complets, pertinents et efficaces espérés, cela, par définition, à l'échelle modeste d'un territoire et d'une*

*population nationaux. En définitive, les sources publiques du droit de la communication par internet apparaissent nettement moins originales que ses sources privées ; les difficultés à façonner ce droit n'ont que rarement conduit à instituer de nouvelles formes de régulation ou de « gouvernance » publique. Les sources publiques externes et les sources publiques internes sont peut-être plus riches d'enseignements à travers ce qu'elles ne sont pas qu'à travers ce qu'elles sont.*

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<sup>e</sup> s., puis avec le téléphone, la radiotélévision et le transport aérien au XX<sup>e</sup> 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 celui qui veut justement poser la question de la régulation juridique de l'internet.

La concurrence des droits étatiques et le « *forum shopping* » sont peut-être inconciliables avec l'intention de disposer d'un droit de la communication par internet d'origine publique légitime et performant<sup>1</sup>. En caricaturant la situation, peut être regretté que « toute entreprise du web construite dans un garage doit respecter les législations de 190 pays à la fois puisque le service sera accessible partout dans le monde »<sup>2</sup>. Y compris au sein des institutions étatiques, on observe combien l'État ne serait pas la bonne échelle pour encadrer l'internet et les activités internetiques<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> ; tandis que, quand le Conseil d'État consacre son rapport annuel pour l'année 2014 au problème des normes applicables aux 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 »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Par exemple, A.-Th. NORODOM, « 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. 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. C'est pourquoi j'utilise souvent l'exemple de la finance pour mettre en garde. Nous avons la chance d'avoir déjà construit l'amorce d'une régulation, surtout ne reculons pas » (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).

<sup>2</sup> B. DE LA CHAPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », *Place de la toile*, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>3</sup> Par exemple, F. RANCY, « Un débat qui dépasse nos frontières », *La lettre de l'ARCEP* 2007, n° 58, p. 6.

<sup>4</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014.

<sup>5</sup> J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 6. Et des auteurs d'observer que, « dans un contexte

Il importe donc 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 » décrite par Jürgen Habermas<sup>1</sup>. 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. 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<sup>2</sup>. 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.

Si elle englobe ainsi tant les sources européennes que les sources internationales, il convient de préciser plus avant la notion de sources publiques externes dès lors qu'elle est au cœur de l'intitulé de ce titre premier. Le caractère externe sert à différencier ces sources des sources internes comprises comme sources étatiques, tandis que le caractère public paraît devoir être retenu dès lors que certains auteurs voient dans la *lex mercatoria* et dans les autres règles transnationales privées des règles appartenant au droit international à l'instar des normes issues des traités interétatiques<sup>3</sup>. Or seules les normes d'origine publique intéressent la seconde partie de cette thèse et le droit international visé est un droit d'origine publique externe n'incluant aucune norme d'origine privée<sup>4</sup>.

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*

---

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*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuels droit public, 2010, 4<sup>e</sup> de couverture).

<sup>1</sup> J. HABERMAS, *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

<sup>2</sup> 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., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 127.

<sup>3</sup> Y. DEZALAY, *Marchands de droit – La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 ; P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriges-dicos poche, 2003, p. 1431.

<sup>4</sup> Telles qu'elles sont ici comprises, *les sources privées pourraient être transnationales mais non internationales* (en ce sens, N. A. OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, th., Université d'Ottawa, 2015 ; S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 150), ce qui interdit d'imaginer que le droit international deviendrait un droit inter-multinationales plus qu'un droit inter-États. *Contra*, D. BATTISTELLA, « Le bel avenir de la théorie de l'État en relations internationales », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 2-3 (qui note que, « historiquement parlant, l'étude des relations internationales a essentiellement concerné l'étude des États et les effets de l'anarchie sur leurs politiques étrangères, les modèles de leurs interactions et l'organisation de la politique mondiale. Ces dernières décennies, les internationalistes soulignent les tendances de la politique globale façonnées non seulement par les États mais aussi par une multitude d'acteurs et de forces autres. Pour le dire simplement, la discipline s'éloigne de l'étude des "relations internationales" et se rapproche de l'étude de la "société globale". Le récit principal de la discipline ne porte plus sur l'anarchie au sein d'un système d'États mais sur la gouvernance au sein d'une société globale »).

*mode de communication universel a besoin d'un droit universel*<sup>1</sup> et, par suite, de s'attendre au développement d'un droit supra-national de la communication par internet<sup>2</sup>. Si, dans l'idéal, le droit de la communication par internet devrait donc être produit au niveau supra-étatique, il s'agit d'*observer comment les institutions interétatiques ont œuvré et œuvrent afin de satisfaire cette attente*, cela à l'échelle mondiale (*chapitre 1*) et 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<sup>3</sup>. Or il faudrait peut-être que la situation soit inversée et que les institutions étatiques s'effacent seulement au profit d'institutions publiques externes<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>, et il est difficile d'imaginer comment il aurait pu en aller autrement.

---

<sup>1</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 187.

<sup>2</sup> 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 ; T. FUENTES CAMACHO, *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 2000 ; É. A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007 ; É. A. CAPRIOLI, « Aperçus sur le droit du commerce électronique (international) – Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, 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.

<sup>3</sup> En ce sens, mais de manière générale, L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 285 s. ; R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 131 s. ; G. TEUBNER, dir., *Global Law without a State*, Aldershot (Dartmouth), 1997.

<sup>4</sup> Par exemple, M. L. MUELLER, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press (Cambridge), 2010.

<sup>5</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 363.

## Chapitre 1

# LE DÉNUÈMENT DES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*L'objet de la partie et du titre que le présent chapitre intègre est de répondre à la problématique suivante : en quoi et dans quelle mesure les sources publiques du droit de la communication par internet témoignent-elles de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques du droit ? Cette partie, ce titre et ce chapitre font logiquement suite à une première partie au sein de laquelle il s'est agi de présenter les spécificités des sources privées de la branche du droit en cause, mais aussi, dans un second temps, de discuter les légitimités respectives du droit de la communication par internet d'origine privée et du droit de la communication par internet d'origine publique. Or cette discussion a conduit à conclure que, généralement, il serait bénéfique pour la sauvegarde de l'intérêt général, de la démocratie, de la sécurité et des droits et libertés fondamentaux que les sources publiques s'efforcent à contrôler autant que possible la production des normes constitutives des divers régimes juridiques applicables aux activités internetiques. C'est pourquoi l'étude des sources publiques du droit de la communication par internet devait coïncider avec la seconde partie de cette thèse plutôt qu'avec sa première partie. Là où les sources privées de ce droit forment peut-être un objet d'étude opportun en soi — en raison de leur profonde originalité —, l'examen de ses sources publiques (a priori moins originales) ne serait bienvenu que dès lors que les enjeux attachés au développement des sources privées seraient bien compris. Et ces sources publiques sont peut-être riches d'enseignements en raison de ce qu'elles ne sont pas au moins autant qu'en raison de ce qu'elles sont. Ensuite, il faut distinguer les sources publiques externes et les sources publiques internes et, parmi les premières, il convient de séparer les sources internationales et les sources européennes. Le chapitre qui débute visera à interroger les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources internationales du droit dont témoignent les sources internationales du droit de la communication par internet. Il s'agira par la suite de poser la même question à l'échelle des sources européennes puis, avec le second titre, à l'échelle des sources étatiques, étant d'ores et déjà précisé que c'est l'insatisfaction devant l'état actuel des sources privées mais aussi devant l'état actuel des sources interétatiques qui conduit les sources étatiques à prendre largement à leur charge la production du droit de la communication par internet et, pour ce qui est de cette thèse, qui conduira à observer ces sources étatiques après avoir observé ces*



*sources privées puis ces sources interétatiques, bien qu'elles soient en elles-mêmes peu étonnantes et peu détonantes dans le tableau et la musique classiques des sources du droit.*

Un observateur note que « l'indigence du droit international de l'internet est manifeste »<sup>1</sup>. L'étude statistique relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques tend plutôt à confirmer ce constat. En effet, seulement 8 % des normes composant le droit de la communication par internet proviennent de sources internationales<sup>2</sup>. Il n'y a guère de différence entre le droit du contenu et le droit du contenant de la communication par internet puisque le premier est constitué de 9 % de normes d'origine internationale contre 8 % pour le second<sup>3</sup>. Un tel niveau apparaît trop bas concernant un objet dont il est attendu qu'il soit *principalement saisi par le droit au niveau international*. Plus de 90 % du droit de la communication par internet provient de sources non internationales ; il ne semble pas permis de s'en satisfaire. Dans l'idéal, le droit de la communication par internet devrait être institué principalement 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 totalité de la branche du droit ici en cause. Cette dernière étant par nature destinée à être construite à l'échelle internationale, d'importantes conclusions seraient à tirer de cet état de fait.

À titre de comparaison, le droit d'origine internationale correspond à seulement 4 % du droit des réseaux de communications électroniques et à seulement 1 % du droit de la communication audiovisuelle<sup>4</sup>. Le droit de la communication par internet compte donc sensiblement plus de normes issues des sources internationales que les autres branches du droit des communications électroniques, 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<sup>5</sup>, elle n'en paraît pas moins insatisfaisante.

<sup>1</sup> 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. 52.

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> En ce sens, L. COHEN-TANUGI, « Le droit sans les États ? », *Arch. phil. droit* 2003, p. 285 s. ; R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 131 s. ; G. TEUBNER, dir., *Global Law without a State*, Aldershot (Dartmouth), 1997.

Le droit de la communication par internet a été, historiquement, très naturellement élaboré à l'échelle supranationale, mais *sous la forme d'un droit d'origine privée transnational* plus que sous la forme d'un droit d'origine publique internationale, surtout en matière de droit du contenant, soit en matière de droit de l'internet *stricto sensu*. 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, non une origine publique. 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 »<sup>1</sup>, quand bien même il est avéré que « “cyberespace” est aujourd'hui un concept clé en géopolitique »<sup>2</sup>. Il ne serait que possible de juger légitime l'intention de créer un « Comité international de l'internet »<sup>3</sup>, mais sa concrétisation semble achopper sur d'irrésistibles difficultés.

Au XIX<sup>e</sup> s. et au XX<sup>e</sup> 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<sup>4</sup>. 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.

Le constat à opérer est cependant loin d'être celui-là et il n'existe pas d'organisation intergouvernementale *ad hoc* de l'internet. 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*). On peut estimer que, « dans son essence, l'État devrait être mondial, cosmopolitique, unique, universel »<sup>5</sup>, et que « les États-Nations positifs de nos jours ne représentent qu'une étape avant l'État cosmopolitique et universel, ils n'ont pas encore totalement réalisé le concept d'État »<sup>6</sup> ; reste que l'État mondial n'existe pas dans les faits, y

<sup>1</sup> J.-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.

<sup>2</sup> A. DESFORGES, « Cyberespace et géopolitique », *Place de la toile*, France culture, 24 mai 2014.

<sup>3</sup> S. ASTIER, *Vers une régulation éthique de l'internet*, th., Université de Limoges, 2004 ; S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143 s.

<sup>4</sup> Ce fut le cas du téléphone, avec l'Union télégraphique internationale fondée en 1865, devenue l'Union internationale des télécommunications (UIT) en 1932 et qui est la plus ancienne organisation internationale ; de la poste, avec l'Union postale universelle (UPU) créée en 1874 ; du chemin de fer, avec l'Union internationale des chemins de fer (UIC) établie en 1922 ; de l'aviation, avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) instituée en 1944.

<sup>5</sup> J. JIANG, « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 651.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 652. Selon l'auteur, « l'Organisation des Nations Unies et l'Union européenne doivent être considérées comme des formes imparfaites qui préfigurent l'État cosmopolite futur » (*ibid.*).

compris sous une forme partielle et imparfaite, et qu'il ne semble pas en mesure d'exister bientôt. Le « droit commun mondial »<sup>1</sup> et le « Parlement mondial [qui] garantira une véritable représentation des peuples [...] en tant que totalité des citoyens du monde »<sup>2</sup> ne seraient ni pour aujourd'hui ni pour demain. La situation actuelle n'est, en définitive, que peu différente de celle qu'observait 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 »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Réf. à O. THOLOZAN, « Vers un droit commun mondial ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 273 s.

<sup>2</sup> J. HABERMAS, *La paix perpétuelle – Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. R. Rochlitz, Éditions du Cerf, 1996, p. 77 (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. 468).

<sup>3</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. VIII.

## Section 1

### La nécessité d'édifier un droit mondial

*Cette section est la première d'un titre visant à étudier les modalités de la création du droit de la communication par internet au niveau interétatique. Il s'agit ainsi d'observer en quoi et dans quelle mesure les sources publiques externes du droit de la communication par internet témoignent de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques externes du droit. Or il s'avère que ces dernières connaissent des sorts fort contrastés. En effet, il ne semble pas permis de tirer les mêmes conclusions de l'examen des sources internationales et de l'examen des sources européennes. Dans la première section qui débute, il importera d'insister sur l'aspiration naturelle à un droit d'origine publique de dimensions mondiales dès lors que les activités internetiques présentent souvent de telles dimensions mondiales. Par la suite, il faudra expliquer combien cette aspiration à un droit véritablement international ne saurait qu'être déçue tant les travaux normatifs des organisations mondiales buttent sur des obstacles difficiles à surmonter. Il sera alors temps de se tourner en direction des sources européennes, lesquelles, si elles n'opèrent qu'à l'échelle continentale, peuvent intervenir et interviennent de facto plus souvent et plus pertinemment que les sources internationales dans le processus de construction du droit de la communication par internet.*

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, eux, se révèlent par trop élémentaires et insuffisants (B). Pour résumer la situation au moyen d'une formule-choc, il semble que *l'internationalisation du droit de la communication par internet soit autant indispensable qu'impensable*. On explique cela 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 »<sup>1</sup>. Les sources internationales souffriraient ainsi peu ou prou des mêmes maux

<sup>1</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 4.

que les sources étatiques, si bien que ce serait le droit d'origine publique plus que le droit d'origine étatique qui serait « en crise ».

## **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 (1). En effet, le cyberspace est un nouveau milieu, aux côtés de la terre, l'air, l'éther et l'eau, dans lequel baignent l'ensemble du globe terrestre et l'ensemble des activités humaines (2), si bien que le droit de la communication par internet et le droit étatique territorialisé s'opposent ouvertement (3) et que le droit d'origine privée prospère justement en raison du manque de normes d'essence publique universelles (4). Ainsi le droit de la communication par internet témoigne-t-il du fait que la question de l'internationalisation du droit et de la politique se pose aujourd'hui avec une acuité plus forte que jamais (5).

### **1. 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 a lui aussi une vocation mondiale. En 2014, un observateur estimait que « la France n'est pas une mauvaise échelle pour engager des politiques sur l'internet »<sup>1</sup>. Il faut cependant croire que le monde entier est une bien meilleure échelle à l'heure de la « nation numérique »<sup>2</sup>, de la « société en réseau »<sup>3</sup> et du monde connecté dans lequel les interactions sont majoritairement transnationales<sup>4</sup>. 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, lesquelles présentent la grande particularité d'être « plurilocalisées »<sup>5</sup>. Par

---

<sup>1</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014.

<sup>2</sup> Réf. à J. KATZ, « Internet, la naissance d'une nation numérique », *Courrier international* 5 nov. 1998.

<sup>3</sup> Réf. à N. IVALDI, C. MANARA, « Vers la société en réseau », *LPA* 2 juin 2000, p. 10 s.

<sup>4</sup> Par exemple, B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014 (selon qui « la gouvernance de l'internet ne peut pas se définir autrement que comme internationale »); N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 4 (qui note que « gouvernance de l'internet veut nécessairement dire gouvernance mondiale de l'internet »); P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 222; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002.

<sup>5</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2346 (selon les auteurs, être « plurilocalisé » signifie ne pas être rattachable à un territoire en particulier).

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. Se retrouve ici l'une des problématiques afférentes au droit de la communication par internet les plus communes : dès lors que l'accès à un service se voit réglementé 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 afin de la contourner tout en conservant leurs utilisateurs et leurs clientèles. La loi « naturelle » voulant que le réseau ne reconnaisse pas les frontières politiques malmène lourdement l'efficacité des travaux des législateurs étatiques. Ainsi, en 2011, le « Directeur juridique et réglementaire *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 »<sup>1</sup>. 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, 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 »<sup>2</sup>.

Les éléments d'extranéité sont monnaie courante sur le réseau, nourrissant de multiples conflits de lois, si bien que des opérateurs peuvent se trouver 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<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. La maîtrise des territoires et

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 183-184.

<sup>3</sup> Le Conseil d'État relève, 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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 15).

<sup>4</sup> B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 496. L'auteur explique : « Émanant d'une juridiction, c'est-à-dire d'un

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 milieu internetique, 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<sup>1</sup>.

C'est presque « naturellement » que l'internet requiert des normes applicables et appliquées à l'échelle mondiale.

## 2. Le cyberspace comme espace mondial appelant une régulation mondiale

L'internet est le symbole en même temps que la réalité de la globalisation technique, économique et culturelle. L'espace internetique, « principal vecteur de la mondialisation »<sup>2</sup> (avec la chute du mur de Berlin ajoute-t-on<sup>3</sup>), constitue peut-être un « espace-monde »<sup>4</sup> et le sociologue Henri Mendras pouvait considérer que l'un des caractères essentiels du réseau est qu'il est « l'antithèse du territoire et de la frontière »<sup>5</sup>, tandis qu'un commentateur, dans le même sens, écrit que « les réseaux constituent le domaine par excellence des droits spatiaux »<sup>6</sup> et que les derniers manuels de « droit de la communication » ne manquent pas de relever que « la spécificité d'Internet est d'être un espace sans frontières »<sup>7</sup>, que les normes ici

---

organe créé et habilité pour son propre compte par un ordre juridique, le jugement n'a d'emblée valeur normative qu'au sein de cet ordre ; il s'y impose aux plaideurs parce qu'il s'impose aux autres organes de l'ordre juridique qui sont tenus de le respecter et même, pour certains d'entre eux institués à cette fin, d'en assurer l'exécution. Les choses sont moins simples dès qu'il s'agit de lui faire franchir la frontière. La décision apparaît alors comme l'ouvrage d'une juridiction non habilitée par l'ordre *ad quem* et elle ne s'impose pas d'elle-même aux organes de celui-ci, qui pourrait aussi bien lui dénier toute valeur normative » (*ibid.*, p. 496-497).

<sup>1</sup> 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 – Les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, Litec, 2007 ; F. RANCY, « Un débat qui dépasse nos frontières », *La lettre de l'ARCEP* 2007, n° 58, p. 6.

<sup>2</sup> F. RIGAU, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 362. Également, N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 4 (qui parle de l'internet comme de l'« outil privilégié de la mondialisation »).

<sup>3</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 49. Ainsi cet auteur explique-t-il que, « entre l'effondrement du mur de Berlin en 1989 et l'émergence d'Internet en 1993 [sic], il n'y a que quelques années. Mais ces deux dates constituent probablement la clef de l'histoire contemporaine. La chute du mur scelle l'effondrement du communisme et la fin de l'affrontement Est-Ouest qui avait stérilisé tout mouvement pouvant rompre l'équilibre précaire entre les deux grandes puissances. En libérant le monde de cette bipolarisation, et en permettant partout à tous les acteurs économiques et sociaux d'accéder librement à toute l'information, les conditions étaient réunies pour que la globalisation puisse prendre son essor » (*ibid.*).

<sup>4</sup> Réf. à O. DOLFFUS, *L'espace-monde*, Economica, 1994.

<sup>5</sup> H. MENDRAS, *La France que je vois*, Autrement, 2002, p. 47.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 467.

en cause ont vocation à s'appliquer à des « communications universelles »<sup>1</sup> et que, par conséquent, ces normes « implique[nt] un raisonnement nécessairement international »<sup>2</sup>. 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. Un auteur va jusqu'à soutenir que, tant que les États ne laisseront pas la place à un État mondial, les internautes seront toujours des « apatrides »<sup>3</sup>. En tout cas le cyberspace est-il peut-être comme l'espace extra-atmosphérique ou la haute mer, soit un espace dans lequel le droit ne peut efficacement intervenir que s'il a une origine internationale publique<sup>4</sup>. Avec l'internet, s'éloigne le « temps du “monde cassé”, de 1945 à 2000, [...] cassé en long et en large, [...] et puis verticalement »<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>.

La notion d'espace est au centre des relations interétatiques et du droit international public, ce dernier étant en même temps créateur d'espaces plus ou moins abstraits par rapport aux réalités naturelles<sup>7</sup>. 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 cyberspace 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 permet 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 cyberspace 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<sup>8</sup>, si ce n'est transnational, un espace que des normes d'origine internationale publique doivent recouvrir<sup>9</sup>. Ce n'est pas inconsidérément que René-Jean Dupuy a parlé 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

<sup>1</sup> J. HUET, « Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique », *RLDI* 2010, n° 63.

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2346.

<sup>3</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 342.

<sup>4</sup> 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 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.

<sup>5</sup> R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 185.

<sup>6</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>7</sup> D. ALLAND, « La représentation de l'espace en droit international public », *Arch. phil. droit* 1987, p. 171.

<sup>8</sup> Par exemple, M. L. MUELLER, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press (Cambridge), 2010.

<sup>9</sup> Par exemple, D. BÉNICHOU, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontières », *AJP* 2005, p. 224 s.



l'ensemble couvre la Terre du quadrillage des souverainetés »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>, de telle sorte que « la question "où ?" n'a plus aucun sens »<sup>4</sup>. Jacques Attali a pu parler de « septième continent »<sup>5</sup> ; 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 »<sup>6</sup>. Ensuite, est un autre problème le fait que les moyens d'un droit mondial soient limités pour différentes raisons.

Tous les espaces trans- ou para-nationaux connus sont consacrés et encadrés juridiquement par des conventions internationales. 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 1<sup>er</sup> 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<sup>7</sup>. Le cyberspace paraît faire exception, alors pourtant qu'il est bien plus que la haute mer, l'espace extra-atmosphérique et l'Antarctique un espace dans lequel nombre d'humains exercent des activités ; à moins que ceci explique cela justement. En tout cas, ledit cyberspace paraît 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 »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> R.-J. DUPUY, « Le dédoublement du monde », *RGDI publ.* 1996, p. 314.

<sup>2</sup> Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 26 juin 1997, *Reno c/ ACLU*, opinion du juge Lebedeff (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 345). Mais la Cour suprême a, à cette occasion, surtout qualifié l'internet de « système international » (cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001).

<sup>3</sup> D. JOHNSON, D. G. POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review* 1997, p. 1367 (cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001).

<sup>4</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>5</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 345.

<sup>6</sup> Cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>7</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>8</sup> P. LA PRADELLE, « Notions de territoire et d'espace », *RCADI* 1977, p. 427 (cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001).

Partant, il ne peut être que logique d'attendre ou de plaider pour une déterritorialisation du droit d'origine publique applicable aux technologies et aux activités internetiques.

### 3. 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 instances de droit privé, agissant notamment par la voie du droit souple et dans lesquelles la place des États-Unis est prépondérante [...]. Dans ce modèle qualifié de “multiacteurs”, les États ne sont que des parties prenantes parmi d'autres »<sup>1</sup>. Or il ne faut 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 pour une bonne part à construire —, car les sources privées ne sont pas moins critiquables à l'échelle mondiale qu'à l'échelle locale, *a fortiori* dans cet univers « très volatile et décentralisé, dans lequel des contenus illégaux peuvent se propager d'internaute à internaute de façon quasi virale »<sup>2</sup>. Et ce droit d'essence publique externe est 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 cyberspace, tous les États deviennent voisins, tandis que le droit ne peut plus jamais être national du point de vue de ses effets<sup>3</sup>.

De rares auteurs observent une tendance à la « territorialisation du droit »<sup>4</sup>. Le droit de la communication par internet, à l'inverse, doit davantage coïncider avec une déterritorialisation du droit allant très au-delà d'une simple « harmonisation minimale »<sup>5</sup> et se rapprochant de l'idéal d'organisation mondiale que dessinait Michel Virally au milieu du XX<sup>e</sup> s.<sup>6</sup>. Il faudrait donc que les communications par internet se voient saisies par un « État mondial », idée difficile à accepter dès lors qu'on lie classiquement l'ordre juridique à des critères territoriaux<sup>7</sup>, qu'on spécifie le droit à travers le « domaine de validité territorial de [ses] normes constitutives »<sup>8</sup>, qu'on juge que le premier élément caractéristique de l'État est les frontières qui

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 15.

<sup>2</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, « Internet et le droit », conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008.

<sup>3</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 330.

<sup>4</sup> Par exemple, Y. MADIOT, « Vers une “territorialisation” du droit », *RFDA* 1995, p. 946 s.

<sup>5</sup> P. SIRINELLI, « Faut-il une harmonisation minimale du droit ? », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 177 s. ; également, B. AUDIT, « Propos introductifs – Droit international de l'internet », *RLDI* 2010, n° 63, p. 90 s.

<sup>6</sup> M. VIRALLY, *L'Organisation Mondiale*, Armand Colin, Collection U, 1972.

<sup>7</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 106.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 305.

le bornent<sup>1</sup> et qu'il en résulte une « corrélation étroite entre le territoire et le droit à travers précisément l'État : pas d'État sans territoire et pas de droit sans État »<sup>2</sup>. Pourtant, il semble que le moment soit venu de « remettre en question la liaison monolithique entre ordre juridique et territoire »<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Et les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove de souhaiter un territoire « variable au gré des fonctions qu'on en attend »<sup>5</sup>. 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 » — prend de l'importance<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>.

Il s'agira quoi qu'il en soit, par la suite, d'étudier les sources étatiques qui continuent, dans les faits, d'avoir leur mot à dire en matière de régulation des activités globalisées, même si celles-ci, en ce qu'elles « réduisent de façon radicale les distances [et] effacent les frontières géographiques »<sup>8</sup>, apparaissent étranges aux yeux de l'État territorial imaginé par Machiavel afin d'ancrer la puissance souveraine du Prince. On peut dire que « l'État n'est pas l'avenir »<sup>9</sup> ; seulement n'est-il guère assuré que le droit d'origine internationale soit cet avenir et, en ce sens, est tout à fait remarquable que des représentants de Google ont pu indiquer à une mission parlementaire constituée en 2011 que la multinationale étatsunienne avait « développé sa propre

---

<sup>1</sup> J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002, n° 49, p. 17.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement », in *Mélanges François Rigaux*, Bruylant (Bruxelles), 1993, p. 388 (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. 521).

<sup>4</sup> 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. 131.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> T. R. FENOULET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 9.

<sup>9</sup> J. VERHOEVEN, « l'État et l'ordre juridique international », *RGDI publ.* 1978, p. 773 (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. 347). 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.* (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. 347)).

politique juridique à défaut de règles internationales »<sup>1</sup>. Pour l'heure, il convient néanmoins de se concentrer sur les sources internationales, étant entendu que, dans l'idéal et *a priori*, ce sont bel et bien elles qui devraient élaborer principalement les normes constitutives du droit de la communication par internet. Mais a déjà été souligné combien les statistiques prouvent que tel n'est pas le cas dans les faits.

Si elle est donc 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.

#### **4. L'unité du droit d'origine publique comme réponse à un droit d'origine privée mondialisé**

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<sup>2</sup> — 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 cyberspace préféreront logiquement recourir à l'autorégulation et subroger leur propres normes aux normes d'origine publique<sup>3</sup>. La problématique de l'attribution des noms de domaine 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<sup>4</sup>. Il n'est pas envisageable de faire l'économie d'un système centralisé dans lequel une institution unique

---

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 183.

<sup>2</sup> S. BOLLÉE, « Rapport de synthèse », *RLDI* 2012, n° 81, p. 91.

<sup>3</sup> Par exemple, R. CANET, A. VEILLEUX, « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in R. CANET, J. DUCHASTEL, dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2004.

<sup>4</sup> N. DREYFUS, « La gouvernance de l'internet – L'ICANN entre régulation et gouvernance », *RLDI* 2012, n° 81, p. 119.

possède une compétence mondiale. Et il n'est alors pas question de choix politique mais de nécessité technique.

Cependant, une large part de l'internationalisation du droit de la communication par internet est dépendante de choix politiques et, dans ce cas, il est fréquent que cette internationalisation se voit freinée plutôt qu'accélérée, à tel point que d'aucuns n'imaginent pas même un droit mondial d'origine publique possible, seul un droit mondial d'origine privée étant concevable<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>. Or il serait inapproprié de se satisfaire de ce « droit transnational »<sup>3</sup> de sources privées tant « l'enjeu est de reconstruire un cadre suffisamment normatif et protecteur pour que les libertés offertes par la technique ne se transforment pas en aliénation rampante »<sup>4</sup>. Il n'est que lieu de demander, avec Jacques Attali, la mise en place au plus vite d'un « gouvernement démocratique du monde autre que celui des religions, des empires, des nations ou des marchés, dépassant les intérêts des nations, y compris les plus puissantes, gérant le monde dans sa totalité, dans le temps et dans l'espace »<sup>5</sup>.

Les derniers rapports établis à l'attention des gouvernements étatiques ne peuvent que constater que « l'internet brouille les frontières et les territoires »<sup>6</sup>, 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 peut 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 »<sup>7</sup> et que, en outre, la loi dispose, de manière d'ailleurs fort peu normative, que « le développement de l'informatique doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale »<sup>8</sup>. Seulement ce qui est nécessaire ne correspond-il pas forcément à ce qui est fait, des pesanteurs politiques rendant précaire toute tentative d'internationalisation du droit, et n'est-il 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 »<sup>9</sup>. On estime qu' « il en va de l'intérêt général mondial »<sup>1</sup> ; mais

<sup>1</sup> B. DU MARAIS, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'Internet*, Bruylant (Bruxelles), 2003, 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.*).

<sup>2</sup> « Conditions générales d'utilisation de facebook.com », art. 17.

<sup>3</sup> Réf. à Ph. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press (New Haven), 1956.

<sup>4</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 37.

<sup>5</sup> J. ATTALI, *Demain, qui gouvernera le monde ?*, Fayard, 2011, 4<sup>e</sup> de couverture.

<sup>6</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 40.

<sup>7</sup> *Ibid.* Et d'ajouter que « l'internet est un bien commun de l'humanité, ce qui justifie une gouvernance mondiale » (*ibid.*, p. 31).

<sup>8</sup> L. n° 78-17, 6 janv. 1978, *Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>9</sup> F. RIGAU, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 363.

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, si bien qu'il n'existerait même pas<sup>2</sup>. On dit du FMI qu'il est une « institution chargée de la fonction d'intérêt général d'assurer la stabilité du système financier international »<sup>3</sup> et de l'OMPI qu'elle « se propose de développer une sorte de service public mondial d'information scientifique et technique »<sup>4</sup>, mais il y a fort à parier que dans de nombreuses régions du monde cette opinion n'est guère partagée. Toutefois, l'internet a 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<sup>5</sup> ; il faut aspirer à une régulation mondiale de cet 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.

Enfin, il importe 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.

## 5. L'internationalisation du jeu du droit et de la politique comme phénomène de plus en plus général

Bien sûr, de telles observations relatives au besoin d'internationaliser la production du droit sont aujourd'hui opérées très au-delà du seul problème du droit devant régir les activités internetiques. Il n'y a pas que dans l'espace de l'internet que s'opère la déterritorialisation des problèmes et des solutions<sup>6</sup>, que « des problèmes de caractère global [...] dépassent l'État [qui] ne peut y faire face de manière adéquate en agissant isolément, *uti singulus* »<sup>7</sup>. 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 »<sup>8</sup>. Ce n'est évidemment pas qu'aux seuls internautes que profiteraient la « fin des stratégies

---

<sup>1</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 154.

<sup>2</sup> Sur ce problème, en particulier, K.-G. GIESEN, *L'éthique de l'espace politique mondial*, Bruylant (Bruxelles), 1997.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, « Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial », in É. LOQUIN, C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 261 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 176).

<sup>4</sup> M. BARRÉ, « L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle », in É. LOQUIN, C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 277 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 177).

<sup>5</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 22.

<sup>6</sup> En ce sens, J. FERRY, M. QUEMENER, *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, Economica, 2007.

<sup>7</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, p. 96 (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. 345).

<sup>8</sup> F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – t. II : Le Mirage de la justice sociale*, Puf, coll. Quadrige, 1995, p. 174.

territoriales »<sup>1</sup>, un droit-monde et un État-monde ; il est légitime de soutenir, dans l'absolu, avec le Professeur Mireille Delmas-Marty, le développement d'un droit commun<sup>2</sup>. Aussi une doctrine dite « de l'internationalisme »<sup>3</sup>, qui plaide pour une évolution « de la coexistence vers la gouvernance mondiale »<sup>4</sup> et « de l'État-nation vers le post-nationalisme »<sup>5</sup> dans lequel l'État n'est plus souverain mais dispose seulement d'une capacité<sup>6</sup> et où le législateur national se borne à jouer un rôle de scribe<sup>7</sup> 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 »<sup>8</sup>. Mais, encore une fois, ces nouveaux modes de pensée ne sauraient aller automatiquement de pair avec une internationalisation du droit positif. En 2010, Bernard Kouchner, alors Ministre des affaires étrangères, déclarait : « Est en train de se constituer une véritable agora mondiale à laquelle participeront, en 2015, trois milliards et demi de personnes — la moitié de l'humanité ! »<sup>9</sup>. 2015 est venu mais cette agora mondiale n'est guère advenue ; et si elle est advenue partiellement, cela s'est produit dans un cadre privé plus que dans un cadre public. 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 »<sup>10</sup> et non par quelque fusion des ordres juridiques. Cela vaut parfaitement concernant le droit de la communication par internet.

---

<sup>1</sup> K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, 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).

<sup>2</sup> Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 1994 ; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Seuil essais, 1998.

<sup>3</sup> Cf. M.-G. KOHEN, « Internationalisme et mondialisation », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 107 s.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Réf. à A. DIECKHOFF, Ch. JAFFRELOT, « De l'État-nation au post-nationalisme ? », in M.-C. SMOUTS, dir., *Les nouvelles relations internationales – Pratiques et théories*, Presses de Sciences po, coll. Références, 1998, p. 59 s.

<sup>6</sup> En ce sens, B. BADIE, « De la souveraineté à la capacité de l'État », in M.-C. SMOUTS, dir., *Les nouvelles relations internationales – Pratiques et théories*, Presses de Sciences po, coll. Références, 1998, p. 35 s.

<sup>7</sup> L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 22.

<sup>10</sup> B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 496.

Le Professeur Marie-Claude Smouts ose la comparaison entre le droit international et les « montres molles de Salvador Dali »<sup>1</sup>. Si ce droit pouvait être assimilé à un objet plus droit et rigide, la situation serait autrement convenable, à plus forte raison en matière de normes applicables à l'évanescant cyberspace. 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. Reste que ce dernier demeure bien trop fébrile, imparfait et incomplet. 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 »<sup>2</sup> ; le droit mondial réel est très différent de ce droit mondial rêvé 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 »<sup>3</sup>. Évidemment, ce sont là des questions qui, loin d'être anecdotiques, comptent parmi les plus décisives au XXI<sup>e</sup> s., ce siècle étant celui au cours duquel les données personnelles deviennent le nouveau pétrole et où contrôler l'internet revient à contrôler le monde, 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<sup>4</sup>.

Il convient, à présent, d'observer comment quelques instances interétatiques ont tenté et tentent d'établir un droit de la communication par internet d'origine internationale.

## **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 (1), les *conventions internationales* sont une source beaucoup trop rare et imparfaite de ce droit (2).

### **1. L'harmonisation interétatique : un pis-aller de construction internationale du droit de la communication par internet**

Rien ne paraît plus incompatible que le droit de la communication par internet et les « systèmes juridiques autarciques de la première moitié du XX<sup>e</sup> s. »<sup>5</sup>. Ce droit devrait

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> N. STERN, « La mondialisation du droit », *Projet 2000*, n° 262.

<sup>3</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 38.

<sup>4</sup> D. FAYON, *Géopolitique d'Internet – Qui gouverne le monde ?*, Economica, 2013.

<sup>5</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 331.



logiquement être établi au niveau supra-étatique. La construction d'un droit plus ou moins homogène de la communication par internet à l'échelle planétaire 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 principes communs »<sup>1</sup>, à travers l'« interopérabilité »<sup>2</sup>. Il y a ainsi, en résumé, harmonisation lorsque *des droits formellement différents sont matériellement similaires (a)*. 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 (b). Il serait néanmoins utopique d'imaginer possible un alignement des droits autre que ponctuel et partiel et l'harmonisation ne saurait suffire (c).

### a. Le sens de l'harmonisation : des droits formellement différents mais matériellement ressemblants

On constate que, à l'heure actuelle, c'est avec l'harmonisation<sup>3</sup>, la convergence spontanée des droits ou « convergence régulatoire »<sup>4</sup>, le « transgouvernementalisme »<sup>5</sup>, qu'essentiellement se bâtit le « droit commun »<sup>6</sup>, par « ajustements successifs »<sup>7</sup>. Et on plaide en faveur du recours à 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 »<sup>8</sup>. Mais l'harmonisation est aussi souvent le fruit de phénomènes d'imitation — par exemple avec le « dialogue des juges »<sup>9</sup> —, lesquels sont qualifiés de « moteur de l'unification culturelle et donc juridique »<sup>10</sup> et induisent la « perméabilisation des systèmes juridiques »<sup>11</sup> et le développement

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 45.

<sup>2</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 153.

<sup>3</sup> Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 1994, p. 136.

<sup>4</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 735.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 733.

<sup>6</sup> En ce sens, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, coll. Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 1994 ; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Seuil essais, 1998.

<sup>7</sup> M.-C. PONTHEUREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20.

<sup>8</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 153.

<sup>9</sup> 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'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 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 448)).

<sup>10</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 105.

<sup>11</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 116. L'auteur développe : « Pour le dire en termes figurés, les systèmes juridiques disposent traditionnellement de défenses immunitaires qui font que, même s'ils doivent (parce qu'il ne leur est pas possible de se couper totalement du reste de la planète juridique) accueillir des corps étrangers, leurs équilibres fondamentaux sont toujours rétablis, les agents extérieurs sont assimilés ou réduits facilement. Ce qui se produit aujourd'hui dans l'espace de la globalisation, c'est que nos

des systèmes de droit mixtes<sup>1</sup>. Cette voie, cependant, ne peut qu'être moins satisfaisante par rapport à la mise en place d'institutions *ad hoc* interétatiques produisant des normes explicites sources d'une uniformisation plus que d'une harmonisation du droit<sup>2</sup>.

Cette dernière, même lorsqu'elle repose sur le travail d'organismes tels que l'Unidroit en droit privé<sup>3</sup>, peut être considérée tel un pis-aller de droit mondial, l'obligation de proximité remplaçant celle d'identité<sup>4</sup>, mais un pis-aller très utile tant que, « à l'échelle mondiale, l'unification reste exceptionnelle »<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>. Le « droit mondialisé » est ainsi défini parfois en tant que droit qui résulte d'un « rapprochement des législations »<sup>7</sup> plus que d'une édicition réellement au niveau mondial des règles. Il est alors un droit international non formellement, non sous l'angle de ses sources, mais matériellement, parce que les mêmes normes se retrouvent peu ou prou partout sur la planète<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>. Et ce sont les comparatistes qui doivent jouer le rôle central, eux qui croyaient déjà au début du XX<sup>e</sup> 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 »<sup>10</sup>. En tout cas, « à mesure que la mondialisation s'étend, le droit comparé devient de plus en plus nécessaire »<sup>11</sup> et

---

systèmes juridiques doivent accepter à un point tel, et d'une manière telle, l'intrusion d'éléments extérieurs, qu'ils s'en trouvent transformés profondément de l'intérieur, au point que leur identité même peut s'en trouver interpellée » (*ibid.*).

<sup>1</sup> Est notable que les systèmes de droit mixtes recouvrent aujourd'hui 70 % de la population mondiale et 60 % des entités politiques (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).

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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 le droit d'États ou de groupes d'États et de préparer graduellement l'adoption par les divers États de règles uniformes de droit privé.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 45.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>7</sup> É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, p. 96.

<sup>8</sup> C.-A. MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation », in C. KESSEDIAN, É. LOQUIN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 17.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> R. SALEILLES, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 80 (cité par R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 404).

<sup>11</sup> M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43.

on envisage qu'il serait temps pour lui de connaître un nouvel âge glorieux<sup>1</sup>. Dans le domaine des activités internetiques, une « harmonisation minimale du droit »<sup>2</sup> est évidemment souhaitable ; et elle est possible puisque, presque naturellement, « Internet favorise le rapprochement des systèmes juridiques »<sup>3</sup>.

La différence entre l'harmonisation et l'unification est également que dans un cas est réservée aux États une « marge nationale d'appréciation » et non dans l'autre<sup>4</sup>. Avec l'harmonisation, il n'existe qu'un maigre ensemble de « règles communes minimales »<sup>5</sup>, si maigre qu'il n'est pas permis d'identifier un corpus normatif supérieur s'imposant aux États<sup>6</sup>. 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 le haut (le niveau mondial ou régional) et le bas (le niveau national)<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. En définitive, avec l'harmonisation, le droit international ne demeure toujours qu'un « droit de coordination »<sup>9</sup>.

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 ».

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Réf. à P. SIRINELLI, « Faut-il une harmonisation minimale du droit ? », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 177 s.

<sup>3</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, 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. Il contribue également à l'Universalisation des droits constitutionnels nationaux en diffusant des principes et standards constitutionnels, au sens de pratiques constitutionnelles considérées comme normales et souhaitables » (*ibid.*).

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in Ch-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, 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 »).

<sup>5</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 134.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 135.

## b. 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, comme des sociétés commerciales peuvent recourir 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. 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 »<sup>1</sup>. C'est là le problème dit du « *dumping juridique* »<sup>2</sup>, qui oblige les États à recourir aux techniques du « *marketing juridique* »<sup>3</sup>. 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 notamment dans le rapport « *Doing Business* » de la Banque mondiale, publié en 2004, qui a fait beaucoup de bruit tout particulièrement en France<sup>4</sup>.

Mais 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 et elle-même en réseau. L'adéquation entre auteur de la norme et objet de la norme trouve 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 »<sup>5</sup>. Les droits positifs peuvent donc « constituer des univers clos ou des mondes ouverts et faire preuve, envers les droits étrangers, soit d'une imperméabilité complète, soit d'une grande ouverture, en harmonisant leurs législations respectives »<sup>6</sup> ; en matière d'encadrement des communications par internet, peut-être la seconde solution doit-elle normalement prévaloir.

<sup>1</sup> A. MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », in C. KESSEDIAN, É. LOQUIN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 180.

<sup>2</sup> J.-M. SOREL, « Les États face aux marchés financiers », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 307.

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>4</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 21.

<sup>5</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

<sup>6</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 150.

Ensuite, le problème de cette harmonisation, qui est, certes, une tendance de fond dans le droit de la communication par internet, est qu'elle repose sur l'incitation, non sur la contrainte<sup>1</sup>, et qu'elle peut difficilement permettre l'établissement d'un droit de la communication par internet 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.

### c. 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, mais substituerait le pluralisme à l'impérialisme et l'esprit de concorde à l'esprit de conquête »<sup>2</sup>, l'harmonisation est une perspective qui ne peut être satisfaisante et qui ne devrait être que temporaire, servant de transition entre le cloisonnement des droits et l'internationalisation du droit. Comme l'explique le Professeur Mireille Delmas-Marty — qui fait de l'internet le premier facteur de la compétition entre systèmes juridiques<sup>3</sup> —, « 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 »<sup>4</sup>, même si elle présente les avantages de la souplesse, en conservant un droit à la différence nationale, et de la progressivité<sup>5</sup>. Et le professeur de commenter : « 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, même à l'échelle d'une région comme l'Europe. Il y a donc quelque chose d'inachevé dans ce processus limité au rapprochement de systèmes juridiques qui restent différents »<sup>6</sup>. De toute façon, l'harmonisation implique que les États, à travers une volonté politique commune, opèrent un rapprochement de leurs systèmes juridiques sur les questions relatives au cyberspace ; 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. Or il est douteux que les États soient véritablement plus enclins à se rapprocher à travers l'harmonisation qu'à accorder leurs positions dans le cadre de traités, les problématiques étant dans un cas et dans l'autre relativement les mêmes, tandis que les moyens, s'ils diffèrent, se ressemblent en ce qu'ils supposent de trouver, plus ou moins explicitement, des accords politiques. L'exemple de la régulation de la liberté d'expression est

<sup>1</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 99.

<sup>2</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 150.

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 45.

<sup>5</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 150.

<sup>6</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

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 »<sup>1</sup>, éventuellement une « américanisation du droit »<sup>2</sup>, que les juristes des différents pays et des différentes cultures juridiques ne 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 »<sup>3</sup>.

Le Professeur Jean-Louis Bergel envisage « un avenir s'inscri[van]t dans une fusion librement consentie de divers systèmes juridiques grâce à des efforts d'harmonisation des droits, à une recherche d'un nouveau “*jus commune*” à vocation supranationale et à la multiplication des conventions internationales »<sup>4</sup>. Pour l'heure, il est plus tentant de contredire le professeur que d'aller dans son sens. Est tout à fait significatif que, de façon très caricaturale, un inventaire établi en 2000 par la CIA réduit la diversité du monde juridique à une carte en trois couleurs où figurent les deux grandes familles occidentales (*common law* et droit romano-germanique), tandis que tous les autres systèmes (y compris celui de la Chine et ceux des divers pays d'Islam) sont représentés sous la forme d'une zone blanche, comme s'il s'agissait de territoires à conquérir par les « marchands de droit »<sup>5</sup>. En revanche, il faut suivre le professeur lorsqu'il décrit un « paysage juridique du monde contemporain où chaque société évolue dans une pluralité de systèmes juridiques souvent hétérogènes »<sup>6</sup>. Le paysage du droit de la communication par internet est celui-là et son grand défi est de se transformer, si ce n'est en droit unifié, du moins en un « pluralisme ordonné »<sup>7</sup>.

Le niveau d'harmonisation mondiale du droit n'est toutefois pas nul. La concordance des calendriers peut être un indice de la marche vers l'harmonisation. Par exemple, les directives européennes de libéralisation du secteur des télécommunications, le « Telecommunications Act » étatsunien ou encore les lois françaises sur les télécommunications ont été adoptés en la

<sup>1</sup> É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, p. 96. Henri Lévy-Bruhl définissait l'acculturation juridique en tant que « transferts juridiques entre groupes sociaux ou États menant vers une unification du droit » (H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 1981, p. 116).

<sup>2</sup> Réf. à *Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit ». Est remarquable que le Professeur Mireille Delmas-Marty souligne combien « la mondialisation du droit ne devrait pas se faire au profit d'un seul système, mais au confluent des diverses traditions » (M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43).

<sup>3</sup> O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RID comp.* 2001, p. 275 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 345). Également, M.-C. PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) – Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RID comp.* 2005, p. 7 s. ; M.-C. PONTHEAU, « 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.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 163-164.

<sup>5</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>6</sup> J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2165.

<sup>7</sup> Réf. à M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2006 ; M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 359 s.

même année 1996. Mais le point de vue international est le plus pertinent<sup>1</sup> et le vecteur prioritaire de la coordination des systèmes juridiques différents doit être la convention internationale, par laquelle les États signataires adoptent explicitement et en un instant des règles et même des institutions communes. Il faut donc suivre — mais sans se bercer d'illusions — qui insiste sur le fait que la voie des traités internationaux est à privilégier dans l'optique de l'édification d'un droit mondial<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Ce droit se présente ainsi tout d'abord sous un jour fragile et très imparfait. Mais cela ne saurait interdire au Conseil d'État, avec beaucoup d'autres, d'espérer l'érection d'une « convention internationale relative aux principes de la gouvernance d'internet [qui] devrait notamment énoncer les principes que s'imposeraient les signataires »<sup>4</sup>. Reste que, en 2015, le droit d'origine internationale de la communication par internet se résume trop souvent à des dispositions proclamatoires mais trop peu normatives telles que 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 ». Illustre également ce phénomène 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 », laquelle expose 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 ». En résumé, on dit souvent que le droit d'origine internationale est indispensable mais on élabore rarement un droit d'origine internationale. À l'aube du XXI<sup>e</sup> s., le droit international pose plus de questions qu'il n'apporte de réponses<sup>5</sup>, même s'il est peut-être possible de s'accorder sur le fait que « la solution, c'est le droit international, et un droit international véritablement mondial »<sup>6</sup>, 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.

<sup>3</sup> Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 306.

<sup>4</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 31.

<sup>5</sup> En ce sens, Y. SANDOZ, dir., *Quel droit international pour le XXI<sup>e</sup> 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.

<sup>6</sup> N. STERN, « La mondialisation du droit », *Projet* 2000, n° 262. Pour l'auteur, « le droit international devrait s'appliquer uniformément dans l'espace monde à tous les acteurs qui s'y déploient » (*ibid.*).

toute réalité »<sup>1</sup>. Or, 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

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*<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. Il faudrait donc s'inspirer, parmi d'autres possibilités, de la mécanique de l'Organisation mondiale du commerce, cette organisation étant à la fois un producteur de normes à portée mondiale et *l'autorité de police* assurant le respect et l'effectivité de ces normes. L'OMC impose la primauté de son droit sur les droits régionaux et nationaux, lesquels doivent toujours être compatibles, y compris lorsqu'ils sont antérieurs<sup>5</sup>.

En 1996, la Commission européenne, dans une communication portant sur « le contenu illégal et préjudiciable sur Internet », envisageait déjà la possibilité de régler les questions de caractère pénal à un niveau global, le dialogue devant « inclure le plus grand nombre de pays possible »<sup>6</sup>. C'était aussi l'option mise en avant lors de la réunion du G8 de décembre 1997, consacrée à la lutte contre la criminalité transnationale et en particulier contre la cybercriminalité<sup>7</sup>, ou ce qui a présidé à la mise sur pied, en 1997, dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'un Comité sur la criminalité dans le cyberspace dont le mandat visait à proposer un projet de traité et qui aboutit à l'adoption, par le Conseil, de la Convention sur la cybercriminalité du 8 novembre 2001<sup>8</sup>. Et, dans le champ du droit d'auteur, les projets de traités

---

<sup>1</sup> E. DERIEUX, « La régulation internationale de l'internet – Régime de responsabilité et droit d'auteur », [en ligne] <diplomatie.gouv.fr>.

<sup>2</sup> J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> É. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patrimoine* 2001, p. 96.

<sup>6</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.

<sup>7</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.

<sup>8</sup> Cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.



de l'OMPI adoptés par la Conférence diplomatique de Genève de décembre 1996 ne manquaient pas d'intégrer la « dimension réseau »<sup>1</sup>.

Plus récemment, 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 les commentateurs à en appeler à une organisation internationale *ad hoc* chargée de la « gouvernance de l'internet »<sup>2</sup> ou,

---

<sup>1</sup> Ch. FÉRAL-SCHUHL, « Les œuvres numérisées intègrent la Convention de Berne », *Cahiers Lamy* mars 1997, p. 1.

<sup>2</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 152. Cet auteur propose, dans sa thèse de doctorat (S. ASTIER, *Vers une régulation éthique de l'internet*, th., Université de Limoges, 2004), la création d'un « Comité international de l'internet (CII) » dans le cadre de l'ONU. Il présente ce « CII » en ces termes : « L'ampleur et la diversité des questions juridiques posées par l'internet et le passage à la société de l'information ne permettront pas à un Comité unique, aussi large soit-il, de prendre des positions de qualité sur la totalité des sujets à traiter sur la scène internationale. Le CII aura donc comme mission de proposer, des analyses visant à clarifier les débats juridiques afin de faciliter la prise de décision et de favoriser les démarches de consensus. Si des divergences persistent, il aura la charge de les identifier et d'exposer leurs sources et leurs motifs. [...] La composition du CII s'organise donc autour d'un Conseil restreint, de collègues associés et du réseau. Les collègues associés regroupent des membres intéressés par les travaux de l'organisme et désireux d'y participer d'une manière régulière. L'existence d'un réseau permanent de ces membres associés permet d'identifier un grand nombre d'interlocuteurs, de donner une légitimité accrue à la désignation de certains membres du Conseil restreint, d'engager rapidement un débat sur des questions que l'organisme soulève, d'alerter le CII ou encore de solliciter activement des avis officiels sur certaines questions. Deux collègues auront cette charge : le collègue des acteurs économiques et le collègue des utilisateurs, chacun représenté par des associations, ONG ou groupements qui agissent déjà sur le réseau. Aucune restriction n'est proposée quant à la nature et à la taille de ces entités. Ces dernières seront appelées elles-mêmes à adhérer dans un des deux collègues associés : entreprises et acteurs économiques (fédération et syndicats professionnels,...), utilisateurs (associations d'utilisateurs, de consommateurs, de citoyens...). Le Conseil restreint est chargé d'assurer la permanence de l'organisme, du pilotage des différentes équipes, de l'identification des grands thèmes à traiter. Le Conseil restreint est également chargé d'organiser le débat public et d'en traduire le résultat. Sa composition doit refléter la diversité des acteurs concernés par l'internet, ses usages et la régulation. Les personnalités qui le composent doivent être aussi indiscutables et légitime que possible. Il est proposé que ce Conseil se compose de : 20 représentants des États élus par l'Assemblée générale des Nations Unies tous les trois ans ; 10 représentants des membres associés élus par moitié par chacun des collègues et entièrement renouvelés tous les trois ans ; 5 personnalités qualifiées désignées à la majorité qualifiée par les 30 membres précédents, renouvelées tous les deux ans. Le Président de du CII est élu au sein du Conseil par les membres qui le composent. Le « réseau » au sens large englobe l'internet en tant que lieu de débat obligatoire dans lequel le CII doit trouver une place de choix afin de proposer des discussions ouvertes. Selon l'importance du thème abordé, ces dernières pourront se réaliser directement en ligne ou avec une association de réunions physiques, voire des auditions. Les discussions en ligne doivent être ouvertes à tous, et modérées dans le seul but d'éviter la diffusion de contenus illicites ou des dénonciations individuelles. Le « Portail » de ses débats sera le site web du CII qui rassemblera entre autre les notes problématiques et contributions diverses de chaque thème, les différents rapports et textes intermédiaires, les minutes des réunions, les comptes rendus, les contributions officielles, l'accès aux archives des débats en ligne. Les relations avec l'ONU s'effectuent par le biais de représentants désignés auprès du Comité par le Secrétaire général de l'ONU. Il s'agit de personnes appartenant aux grandes organisations internationales ayant un rapport avec le cyberspace : (OMC, OMPI, UNESCO etc.). Ils n'ont pas de voix délibérative auprès du Conseil mais ils sont chargés d'assister à l'ensemble des réunions. Ils peuvent par ailleurs les saisir d'une question. Ces représentants seront en outre chargés d'assurer la coordination entre le CII et les différents services créés sous l'égide de l'ONU. Le fonctionnement du CII est avant tout orienté vers le débat et vers la recherche de consensus international autour des questions liées à la régulation de l'internet. Deux grands axes de cette régulation éthique reflètent les principaux objectifs : d'une part protéger et promouvoir les droits et libertés des individus, et d'autre part assurer la sécurité sur le réseau. Il sera par conséquent nécessaire de définir quel dénominateur commun de règles applicables au cyberspace pourra être adopté par le plus grand nombre d'États, d'en clarifier le contenu, la portée et d'organiser les sanctions. Le but n'est pas de faire prévaloir une majorité d'opinion, mais de clarifier le débat et

de dégager un consensus là où cela s'avère possible. Le CII peut être saisi d'une question par un État, par une entité étatique du type du FDI français, par un organisme international chargé d'une partie de la régulation du cyberspace, par un des membres associés ou de sa propre initiative. *Le Statut* doit organiser la souplesse de fonctionnement et le rayonnement du CII sur la scène internationale. Sa création doit être décidée par une délibération de l'Assemblée Générale des Nations Unies qui doit lui donner une mission d'intérêt général. Le CII est un démembrement de l'ONU. Il n'est pas chargé de produire du droit, ni de sanctionner des pratiques. Il a une fonction purement consultative. Le CII n'est pas un représentant d'un secteur privé ou des intérêts d'un État ou d'un groupe d'États. Destiné à formuler des recommandations aux termes des consultations ouvertes à l'ensemble du monde de l'internet, le Comité se détache des intérêts des entreprises et autres acteurs économiques. Le CII exerce une mission d'intérêt général. Les missions qu'exerce l'organisme ne se limitent pas à la défense des intérêts de ses adhérents, mais participent à l'adaptation du cadre juridique à la société de l'information qui obéit à des considérations d'intérêt général. L'ONU doit donner la capacité financière au CII afin de fonctionner et notamment de pouvoir rémunérer une équipe de collaborateurs, d'avoir une présence significative sur le web et d'organiser des rencontres et des débats. *Les pouvoirs* du CII sont de plusieurs ordres. Ils reflètent les différentes facettes d'une régulation éthique de l'internet. - Le CII doit proposer un état des lieux des différents enjeux juridiques et politiques soulevés par l'avènement de la société de l'information dans les États du globe par des études comparées des problèmes rencontrés et des solutions proposées au niveau local. Pour cela, le CII s'appuie d'une part sur des rapports réguliers des autorités de régulation mises en place au niveau étatique et/ou régional, et d'autre part sur les synthèses des discussions directement opérées au niveau international en son sein. Ces grands enjeux de la société de l'information feront l'objet d'un rapport annuel présenté à l'Assemblée Générale des Nations Unies par le Président du Conseil. - Le CII a un rôle consultatif auprès de l'Assemblée Générale de l'ONU. Dès sa création, une cellule permanente du Conseil devra être chargée de rédiger un projet de Charte internationale de l'internet destinée à inviter les États à assurer la protection d'un dénominateur commun unanimement adopté de droits et libertés sur le réseau. - Le CII a également un rôle d'observatoire des évolutions des activités et des usages sur le réseau. Il doit recueillir et échanger toutes les pratiques concernant la valorisation sociale et citoyenne de l'internet. - Le CII doit progressivement devenir l'interface de l'ensemble des acteurs de la régulation du cyberspace identifiés. Il s'agit tout d'abord des internautes eux-mêmes. Le CII doit participer à la promotion des procédés d'autorégulation, susceptibles de parvenir à une responsabilisation des acteurs du réseau. À ce titre, il donnera son aval à des codes de déontologie, chartes et autres labels pour la régulation de secteurs particuliers. En matière de e-commerce et de protection des droits d'auteur, il pourra également proposer des contrats-types pour favoriser la contractualisation dans certains domaines. Outre le rôle des internautes, le CII sera le contact privilégié des autorités étatiques ou régionales<sup>31</sup> chargées de la régulation du réseau des réseaux. Ces dernières devront lui rendre compte de leur activité par des rapports réguliers. Le rôle du CII sera en outre chargé de parvenir progressivement à une harmonisation des législations en vigueur auprès des États afin d'éviter les hypothèses très critiquées de *forum shopping* et de lutter contre la formation des « paradis numériques ». Une double relation sera donc créée avec les États : d'une part une relation directe par l'intermédiaire de l'ONU pour les questions de droit international et d'autre part une relation indirecte avec les organes nationaux chargés de la régulation du réseau sur le territoire des États. Ce second type de relation a pour objectif de créer une synergie de rapprochement progressif des mesures nationales dans l'ensemble des domaines concernés par le réseau. - Le CII a également pour mission de promouvoir un accès généralisé à l'ensemble de la communauté internationale aux NTIC. Pour cela il aura la charge de proposer l'adoption de mesures financières visant à aider les pays défavorisés à se doter des structures nécessaires. Il proposera en outre de former des missions chargées d'accompagner l'entrée dans la société de l'information de ces différents États. *Les sanctions* sont indispensables pour garantir l'efficacité de l'action du CII et pour donner à cet organisme les moyens d'exister autrement que d'une manière purement symbolique. Le rôle du CII est consultatif, par conséquent il appartient à l'ONU de prononcer ou non des sanctions en fonction des recommandations du Comité. - Les conclusions du rapport annuel présenté devant l'Assemblée Générale des Nations Unies devront donc inclure des propositions de recommandations à destination des États ne respectant pas les règles adoptées pour l'encadrement du réseau. Il ne s'agit que de propositions qu'il appartiendra à l'ONU de suivre ou non. De telles recommandations, une fois rendues publiques, auront pour but de montrer du doigt les États qui continuent de permettre la propagation de sites terroristes, d'abriter des « paradis numériques », ou encore de censurer les contenus de manière arbitraire etc. - La Charte internationale de l'internet devra comporter des mesures permettant *aux États* signataires de sanctionner les atteintes aux droits et libertés proclamés. - Le CII participe également à l'adoption et à la mise en place de sanctions par les *autorités de régulation* chargées de l'encadrement de l'internet au niveau national et régional. Dans une perspective globale de

si cela est impossible, à l'affirmation d'un *principe de spécialité* grâce auquel chaque institution serait chargée du pan du droit de la communication par internet correspondant à ses compétences. 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 »<sup>1</sup>. Mais cette intention n'a guère été concrétisée et il est difficile d'imaginer comment il aurait pu en aller autrement. Certes, il existe quelques organisations internationales dotées d'un pouvoir de sanction<sup>2</sup> et comportant des organes compétents pour interpréter en lieu et place des États le contenu des conventions et même pour édicter des formes de droit dérivé<sup>3</sup>, celles-ci demeurent néanmoins exceptionnelles, y compris dans le champ du droit applicable aux activités internetiques.

Ainsi, 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 (*a*), seules de rares normes ont émané des Sommets mondiaux sur la société de l'information (*b*) et autres initiatives d'ampleur internationale (*c*). 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 (*d*), mais ils ne contribuent pas à la construction du droit de la communication par internet autant que cela est espéré.

#### **a. L'Union internationale des télécommunications : des travaux internationaux contribuant au seul droit du contenant**

Concernant le rôle joué par l'Union internationale des télécommunications (UIT), celui-ci est maigre et, comme cela est souligné, « 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 »<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>, ne possède

---

rapprochement des législations, le CII aura en charge de veiller à une harmonisation des sanctions prononcées par ces autorités » (S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 156-158 (souligné dans le texte original)).

<sup>1</sup> Cité par N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 34.

<sup>2</sup> Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droit ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruylant (Bruxelles), 1979.

<sup>3</sup> D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 503.

<sup>4</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 195.

<sup>5</sup> 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

aucune compétence de principe. Elle a néanmoins cherché à jouer un rôle dans l'encadrement du développement des communications par internet. Avec près de 3 000 recommandations officielles actuellement en vigueur<sup>1</sup>, élaborées par les représentants de 189 États, elle est une instance cadre en matière de télécommunications ; mais il faut rappeler que le droit des réseaux physiques de communications électroniques n'est pas ici inclus dans le droit du contenant de la communication par internet. L'organe de normalisation de l'UIT joue un rôle important concernant l'interconnexion des systèmes de communication à travers le monde et ses normes (au sens de spécifications techniques) touchent de nombreux problèmes décisifs pour le fonctionnement de l'internet, depuis les plans de numérotation jusqu'à la commutation par paquets. 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<sup>2</sup>. 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 70 normes relatives aux attaques de réseaux, au déni de service, au vol d'identité, aux écoutes clandestines, à la télébiométrie d'authentification etc.<sup>3</sup>. Et l'action de l'UIT 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.

L'UIT est régie par la Constitution de l'UIT et par la Convention de l'UIT, toutes deux entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> 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

---

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.

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 93.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 100.

organisations et agences des Nations Unies. Pour adhérer à l'UIT, un État doit satisfaire à différentes obligations, prendre différents engagements et s'acquitter de sa cotisation annuelle. 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, 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. Elle se réunit tous les quatre ans pour définir les grandes orientations stratégiques de l'organisation et déterminer sa structure, ses activités et son budget. Entre deux plénipotentiaires, le Conseil agit comme l'organe directeur de l'Union et se réunit chaque année. Il est composé de 46 membres et doit refléter équitablement les cinq continents. Il est chargé d'examiner les grandes questions de politique des télécommunications en conformité avec le plan stratégique élaboré par la plénipotentiaire. Dans tous les cas, il faut répéter que les normes en cause ne touchent qu'indirectement le droit de la communication par internet.

Lors de la Conférence mondiale des télécommunications internationales 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 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 leur territoire. Où il apparaît combien, dans le contexte actuel (qui semble devoir perdurer longtemps), un accroissement du rôle joué par l'UIT n'est pas envisageable.

Il faut à présent s'intéresser aux Sommets mondiaux sur la société de l'information, auxquels l'UIT a pris une part active.

## **b. 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 de la première phase 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

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>2</sup> 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.

(SMSI)<sup>1</sup>, 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. 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) »<sup>2</sup>. À Genève, a été retenue à plusieurs reprises l'idée que l'internet constituerait une nouvelle « ressource publique mondiale » justifiant nécessairement une « gouvernance mondiale », une gestion supra-nationale. A même été recouru à la notion de « patrimoine commun de l'humanité », laquelle 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<sup>3</sup>.

Un SMSI peut se définir comme une conférence internationale sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication organisée sous l'égide de l'UIT et, donc, de l'ONU. Le second SMSI, réuni du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis, avait pour ambition de créer un procédé « ouvert et inclusif »<sup>4</sup> de « gouvernance de l'internet », loin des organisations internationales ordinaires donc. Mais d'aucuns de regretter que le travail des SMSI n'a « aucune valeur juridique »<sup>5</sup>. Néanmoins, même si désormais l'organisation de « sommets » devient une méthode de travail courante de la part de l'ONU, les SMSI présentent de grandes originalités dans l'espace des sources publiques externes du droit. Tout d'abord, ils s'organisent autour 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 »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>. 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

<sup>1</sup> UIT, « Plan stratégique de l'Union pour la période 2004-2007 », résolution n° 71, Marrakech, 2002.

<sup>2</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 397.

<sup>3</sup> Par exemple, l'article premier de l'accord international sur la Lune, adopté le 18 décembre 1979, proclame que l'objet céleste est une « ressource naturelle constitu[ant] le patrimoine commun de l'humanité » (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 367).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 196.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>7</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 3.

politiques publiques incluant les « *stakeholders* » entre lesquels les interactions se gèrent essentiellement sur le mode coopératif<sup>1</sup>. Et un auteur de présenter cette structure tripartite comme le « triangle de la gouvernance »<sup>2</sup>. Pour la première fois dans un sommet international organisé dans l'espace onusien, la société civile<sup>3</sup> a ainsi été admise comme membre à part entière des sessions préparatoires et de la session finale du SMSI de Genève<sup>4</sup>. 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, le processus n'est évidemment pas allé sans difficultés : les représentants de la société civile n'ont obtenu dans les réunions qu'un temps de parole limité, alors qu'on observe combien leurs analyses ont très peu pesé dans la rédaction finale des documents officiels<sup>5</sup>. Il convient bel et bien d'évoquer les SMSI dans la présente partie relative aux sources publiques et non dans celle afférente aux sources privées.

De toute manière, très peu de normes, parmi le droit positif de la communication par internet, proviennent de ces SMSI qui ont été des lieux de discussion mais guère des lieux de production normative. Il n'en est ainsi 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 inexistante. On peut dès lors relever que les textes rédigés dans le cadre des SMSI ne comportent que des incitations et des objectifs<sup>6</sup>. 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 Governance » ; 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

<sup>1</sup> Y. PAPADOPOULOS, « Démocratie, gouvernance et “management de l'interdépendance” : de rapports complexes », in *Mélanges Guy Hermet*, Karthala, 2002, p. 134.

<sup>2</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une “privatisation” du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 27.

<sup>3</sup> La définition de la société civile retenue par le SMSI est la suivante : « 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 collectivement via leurs organisations composées de mouvements, d'entités, d'institutions autonomes par rapport à l'État et qui, en principe, sont à but non lucratif. Elles agissent au niveau local, national et international pour promouvoir et défendre au bénéfice de tous des intérêts sociaux, économiques et culturels. Elles jouent un rôle d'intermédiaire entre leurs membres et les États et également les organisations des Nations Unies, par des actions de lobbying ou bien des prestations de service » (cité par F. MASSI-FOLLÉA, « Société civile », in Commission française pour l'UNESCO, *La « société de l'information » : glossaire critique*, La documentation française, 2005, p. 82).

<sup>4</sup> Cf. A. LAKEL, F. MASSI-FOLLÉA, « Société civile et gouvernance de l'internet au Sommet mondial sur la Société de l'information : la construction d'une légitimité ambiguë », *Hermès* 2007, n° 47.

<sup>5</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2076.

<sup>6</sup> *Ibid.*

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 »<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>.

Le Working Group on Internet Governance a bien pu, très vite, publier ses premières conclusions et en premier lieu constater 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 respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'internet »<sup>3</sup>, cela aussi n'ajoute pas de normes au droit de la communication par internet positif et il n'est pas étonnant de voir des commentateurs parler d'« échec des SMSI »<sup>4</sup> ou noter que « les SMSI n'ont résolu aucune question »<sup>5</sup>. Et est remarquable qu'aucun accord n'a jamais été trouvé 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. C'est vainement que le Working Group on Internet Governance a souhaité voir institué un « Conseil mondial de l'internet »<sup>6</sup>. Qualifié de « forum de concertation »<sup>7</sup>, le Forum sur la gouvernance de l'internet ne saurait être celle-là puisqu'il ne possède aucun pouvoir décisionnel, puisqu'il ne s'agit que

<sup>1</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 275.

<sup>2</sup> 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 : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 28)).

<sup>3</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 275.

<sup>4</sup> S. FOUCART, « L'échec du Sommet mondial sur la société de l'information », *Le Monde* 18 nov. 2005 ; également, 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.

<sup>5</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 8.

<sup>6</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 276.

<sup>7</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 7.



d'un moment de débat et de réflexion (il s'est tenu annuellement depuis sa première réunion, à Athènes, du 30 octobre au 2 novembre 2006 et a été plus amplement traité au sein de la première partie de cette thèse relative aux sources privées). Les SMSI demeurent toutefois des moments forts dans la vie des sources internationales du droit de la communication par internet et chacun d'eux a accueilli plus de 10 000 participants, pratiquement tous les pays du monde étant représentés<sup>1</sup>. Leur apport au droit positif de la communication par internet, s'il est relativement négligeable, n'est 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.

Après l'UIT et les Sommets mondiaux sur la société de l'information, reste à interroger les 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.

### **c. Des travaux internationaux démultipliés mais toujours compliqués**

Les conférences et les 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 international, au niveau interétatique. En ce sens, est également fort significative la réunion d'un e-G8 — huit États, même s'ils sont les plus puissants économiquement, ne pouvant potentiellement que contribuer à l'élaboration d'un droit international très imparfait —. 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 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<sup>2</sup>. 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

---

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 274.

<sup>2</sup> Est à noter que certains acteurs de la société civile ont formé un « contre e-G8 » à la manière des contre-sommets qui ont été organisés pour contester les réunions des G7 et G8. On souligne que, « entre les États et le secteur marchand, la société civile peine à se faire reconnaître comme partenaire à part entière dans ce vaste chantier. Le premier G8 de l'internet a de nouveau illustré cette difficulté puisqu'aucun représentant de la société civile n'y avait été associé, tandis que les grandes multinationales du Net étaient surreprésentées » (N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 37).

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.

Si les SMSI et l'e-G8 sont tout à fait remarquables, 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)<sup>1</sup>, laquelle élabore des « textes modèles »<sup>2</sup> notamment en matière de commerce électronique. Ainsi peuvent être citées la « loi-type relative au commerce électronique » et la « loi-type relative aux signatures électroniques ». Seulement, encore une fois, la normativité de ces actes pose question, si bien qu'on les qualifie de « sources d'inspiration »<sup>3</sup> — mais certains y voient un élément central dans la « création d'un droit international »<sup>4</sup> —. 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 »<sup>5</sup>. Quant à la « Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux », elle n'a pas été ratifiée par suffisamment d'États pour devenir applicable.

Diverses autres initiatives éparses pourraient être citées, mais la plupart n'ont pas abouti et ont davantage fragilisé les sources internationales du droit de la communication par internet que renforcé ces sources dès lors qu'elles ont participé de la mise en lumière de leurs grandes lacunes. Tel est le cas, par exemple, de la « charte d'éthique et de civilité sur l'internet » qu'a soutenue la France en 1996, dans le cadre de l'OCDE, mais qui est de nulle importance au sein du droit positif de la communication par internet<sup>6</sup>. Il en va identiquement 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<sup>7</sup>. En revanche, est à citer ici la « résolution de Madrid », adoptée par près de quatre-vingts autorités de protection des

<sup>1</sup> Créée en 1966, la CNUDCI est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international.

<sup>2</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 59.

<sup>3</sup> S. BOLLÉE, « Rapport de synthèse », *RLDI* 2012, n° 81, p. 91.

<sup>4</sup> K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law and Technology Journal* 2006, p. 372.

<sup>5</sup> Aussi observe-t-on 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-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 » (*ibid.*).

<sup>6</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 398.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 397.

données personnelles, le 5 novembre 2009 à l'occasion de la 31<sup>e</sup> 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. 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 »<sup>1</sup>. Pourtant, cette résolution n'est pas juridiquement contraignante ; autrement dit, elle n'engage à rien. 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 »<sup>2</sup>. En effet, il est nécessaire que cette résolution se voit 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 —.

Il est remarquable, en outre, que 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.

#### **d. Des travaux internationaux focalisés sur quelques préoccupations**

Du côté de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), celle-ci 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. Depuis une restructuration intervenue lors de sa session de janvier 2001, le Comité compte aussi deux groupes de travail subsidiaires : l'un sur les projets relatifs aux techniques de l'information (ITPWG) et l'autre sur les normes et la documentation (SDWG). Le groupe de travail ITPWG a pour mandat de donner, dans le cadre des orientations fixées par le SCIT, des conseils sur la conception et la planification des différentes phases des projets relatifs aux techniques de l'information, de surveiller l'exécution de ces projets, de

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 364.

présenter au SCIT des recommandations sur le lancement d'activités nouvelles et de le conseiller en ce qui concerne l'établissement des priorités pour les projets. Le groupe de travail SDWG a, quant à lui, pour mandat de constituer un cadre pour l'adoption de normes, lignes directrices, recommandations et déclarations de principe nouvelles ou révisées de l'OMPI relatives aux données de propriété intellectuelle, aux questions en rapport avec le système mondial d'information, à la prestation de services d'information sur le système mondial, à la diffusion des données et à la documentation, qui pourront être promulguées sur décision du SCIT ou transmises pour approbation à l'Assemblée générale de l'OMPI, par l'intermédiaire du SCIT<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>. Quant au commerce électronique, il a été lui aussi très tôt saisi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> qui, quoique non directement et explicitement, ont parfaitement vocation à s'appliquer aux œuvres mises en ligne ou échangées en ligne.

Il semble que « les systèmes juridiques, naguère indifférents ou ennemis, doivent collaborer d'urgence s'ils veulent conserver quelque effectivité »<sup>5</sup> et peut-être faut-il estimer que la « renaissance du *jus gentium* »<sup>6</sup> qu'observait René David sera de plus en plus confirmée. Et le traité, l'accord formel multipartite, est l'instrument à privilégier. Néanmoins, si le traité est « la forme la mieux reconnue et la moins mal adaptée à la gestion d'une communauté

---

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 168.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Résolution n° 51/162, adoptée le 16 décembre 1996. La loi type sur le commerce électronique annexée à cette résolution (précédemment évoquée) traite d'abord de la question de l'effet juridique, de la validité et de la force exécutoire des informations se présentant sous la forme de « messages de données » (art. 5 à 10), ce qui amène à s'intéresser à l'exigence d'un écrit, de l'apposition d'une signature et de la possession d'un original, mais aussi aux règles d'administration de la preuve et de conservation des informations. Sont ensuite envisagées diverses questions en lien avec les conditions de formation et de validité des contrats électroniques (art. 11 à 15). Enfin, des dispositions spécifiques sont proposées pour certains domaines d'activité.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 360.

<sup>6</sup> R. DAVID, *Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 319.

d'États »<sup>1</sup>, d'aucuns soulignent combien « il faut être modeste quant à la teneur des traités [et] [...] songer à des traités moins ambitieux »<sup>2</sup>, 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. L'idéal serait de consacrer le concept d'« internationalité positive », lequel permet 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 »<sup>3</sup>. Seulement les États ne paraissent-ils guère être prêts à suivre une pareille 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 cyberspace ne suit pas cette voie et, en définitive, cela n'est guère surprenant eu égard aux enjeux qui s'y attachent, très différents de ceux qui s'attachent aux fonds marins ou à l'espace extra-atmosphérique. Il faudra y revenir. Reste que 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. Partant, globalement comprises, les sources internationales du droit de la communication par internet ne présentent guère d'originalité et il n'est pas lieu de davantage les décrire. En revanche, il faudra bientôt s'intéresser aux sources européennes puisque, ainsi que le font observer les ouvrages spécialisés, le droit international « est une voie à privilégier, même s'il ne faut pas se leurrer quant à sa très relative faisabilité. Il ne faut peut-être pas hésiter à s'avancer dans la voie d'accords régionaux, faute de pouvoir parvenir à des accords universels »<sup>4</sup>. Mais, avant d'ainsi se concentrer sur le droit originaire de l'Union européenne, il importe d'expliquer les difficultés que rencontrent les sources internationales du droit de la communication par internet — quoiqu'assez rapidement dès lors que rechercher les causes de la réalité du pluralisme juridique en droit de la communication par internet ne pouvait être l'objet de cette thèse —.

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique* – 2. *Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 216.

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.

<sup>3</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2000, n° 676 (cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001).

<sup>4</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2391.

## Section 2

### L'impossibilité d'ériger un droit mondial

*La section qui débute prend place à l'intérieur d'un titre dont l'objet est d'envisager les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques externes du droit dont témoigne le droit de la communication par internet. En la matière, il importe de séparer les sources internationales et les sources européennes. En effet, les études respectives des unes et des autres amènent à retenir des conclusions relativement antagonistes. Le bilan est donc contrasté au niveau des sources publiques externes. Au sein de la précédente section, a été dépeinte et expliquée l'aspiration naturelle à un droit d'essence publique de dimensions planétaires dès lors que les activités internetiques revêtent le plus souvent de telles dimensions planétaires. A également été constaté à quel point, dans les faits, les actions normatives des sources internationales sont trop peu nombreuses et trop peu efficaces, détonnant ainsi par rapport à cette aspiration à un droit mondial. Il s'agira, au long de la présente section, d'essayer de comprendre cette situation, d'essayer d'expliquer ces lacunes et défauts qui sont propres aux organisations et aux relations interétatiques. Pourront ensuite être envisagées les sources européennes du droit de la communication par internet, dont le développement institutionnel et les productions normatives sont donc autrement satisfaisants mais qui n'interviennent qu'à une échelle continentale, leurs normes ressemblant peut-être davantage à celles d'un droit étatique qu'à celles d'un droit international.*

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 »<sup>1</sup>. Toutefois, à l'aune de l'état du droit international de son époque, le théoricien autrichien s'empressait de préciser que, « à l'heure actuelle, on ne saurait prétendre qu'une telle unité et une telle communauté existent »<sup>2</sup>. Or la situation au XXI<sup>e</sup> s. ne paraît qu'un peu plus

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962 (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. 362).

<sup>2</sup> *Ibid.* (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. 362).

favorable à l'émancipation des sources internationales du droit que la situation au XX<sup>e</sup> s.<sup>1</sup> ; le droit d'origine internationale serait toujours un « droit en devenir »<sup>2</sup>. Le constat ne pourrait être que celui-là : il n'existe guère de véritable « droit international du cyberspace »<sup>3</sup>.

L'unification 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<sup>4</sup>. Seulement, pour des raisons qu'il conviendra en ces lignes d'identifier, cette unification s'avère inenvisageable<sup>5</sup>, le droit de la communication par internet comme l'internet en tant qu'outil ne changeant rien à l'affaire. Cela fait longtemps que des auteurs plaident pour un État mondial<sup>6</sup>, pour une intégration totale qui amènerait à *subroger le supranational à l'international*<sup>7</sup> ; les conditions nécessaires à ces fins ne sont pas réunies et elles ne semblent pas pouvoir être réunies au cours des prochains temps.

Engagée dans une lutte inégale contre le foisonnement des lois, des valeurs et des cultures, l'ambition d'un droit mondial se trouve contenue par une palissade ou lalalissade infranchissable : *comment se ressembler lorsqu'on est différents ?*

L'ordre juridique international, interétatique, ne pourrait être qu'un ordre juridique modeste et superficiel, *institutionnellement trop peu développé* ; 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 positive »<sup>8</sup>. L'ordre juridique le plus « primitif »<sup>9</sup> ou « archaïque »<sup>10</sup> 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

---

<sup>1</sup> J.-M. SOREL, « 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.

<sup>2</sup> Réf. à M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Puf, 1990.

<sup>3</sup> Ph. LAGRANGE, « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'Internet à un droit international du cyberspace ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 65 s.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>5</sup> Ainsi, « cette perfection n'est pas garantie du point de vue empirique car l'unification implique de telles difficultés de mise en œuvre qu'elle risque d'être largement ineffective ; et moins encore d'un point de vue axiologique car sa légitimité, même à une échelle restreinte à l'Europe, est fortement contestée. On ne la voit plus désormais comme une utopie lointaine et irréelle, mais comme un cauchemar dont on craint au contraire qu'il ne se réalise, sur le modèle imaginé par Kant d'une tyrannie mondiale » (*ibid.*).

<sup>6</sup> Par exemple, K. C. DOWDALL, « The World State », *Law Quarterly Review* 1995, n° 153.

<sup>7</sup> P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

<sup>8</sup> 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 ?*, Odile Jacob, 1997, p. 82).

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962 (cité par P. AMSELEK, « Réflexions autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 5) ; également, X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 112.

<sup>10</sup> D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriges-dicos poche, 2003, p. 498.

congénitales »<sup>1</sup>, paraissent grandes — 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 »<sup>2</sup> —. Dans cet ordre, qui prend des allures de « bric-à-brac »<sup>3</sup>, dont « l'autonomie organique est très limitée »<sup>4</sup>, « pas de Constitution, de pouvoir législatif, de pouvoir exécutif, ni de juridiction obligatoire »<sup>5</sup>. 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. Déjà en 1963 un professeur notait que le droit international était de moins en moins « relationnel » et de plus en plus « institutionnel »<sup>6</sup>. Seulement cette situation, bien connue dans l'espace de l'Union européenne, demeure-t-elle plutôt rare — « exceptionnelle » notait Michel van de Kerchove il y a peu<sup>7</sup> — à l'échelle internationale<sup>8</sup> où il reste vrai que les États sont à la fois les auteurs et les destinataires du droit. L'ordre juridique international ne connaît qu'une hiérarchie des normes sommaire — en ce qu'elle peut être matérielle bien plus que formelle<sup>9</sup> — ; il se démarque par l'horizontalité des rapports qui se déroulent en son sein<sup>10</sup>, 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 d'une puissance publique détachée des sujets de droit *rendrait l'horizontalité et donc la fragilité inéluctables*<sup>11</sup>.

Les limites des sources internationales paraissent dès lors inaltérables (A), notamment parce que la diversité des intérêts et des valeurs défendus sur la scène interétatique empêcherait d'y remédier (B).

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 116.

<sup>2</sup> M. VIRALLY, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », in *Le droit international en devenir*, Puf, 1990, p. 92 (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. 15).

<sup>3</sup> J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. droit* 1986, p. 85 s.

<sup>4</sup> 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. 43.

<sup>5</sup> M. DRAIN, *Relations internationales*, 16<sup>e</sup> éd., Larcier, coll. Paradigme, 2012, p. 27.

<sup>6</sup> R.-J. DUPUY, *Le droit international*, Puf, coll. Que-sais-je ?, 1963.

<sup>7</sup> 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. 43.

<sup>8</sup> Cf., par exemple, P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, 1995.

<sup>9</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 254.

<sup>10</sup> Ph. BLACHER, « L'État dans la doctrine "progressiste" du droit international public », *Cités* 2004, n° 18, p. 83.

<sup>11</sup> P. HAGGENMACHER, « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits* 1993, n° 16, p. 11.



## A. Les limites inaltérables du droit à l'échelle internationale

Dans un texte écrit en 1963, Jean Carbonnier assimilait le droit international à un « grand vide juridique »<sup>1</sup>. 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 qui est envisageable avec un État. Au XXI<sup>e</sup> s., le droit international, qu'il soit compris comme droit d'origine internationale ou comme droit régissant les rapports entre nations, continuerait d'être le foyer de plus d'interrogations que de certitudes<sup>2</sup>. Or, au-delà du droit de la communication par internet, ce serait bien dans le domaine international que résiderait le grand défi du droit<sup>3</sup> et 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 contemporaine »<sup>4</sup>.

Concernant le droit de la communication par internet, on souligne que, dans les faits, *les normes privées transnationales sont qualitativement supérieures aux normes publiques internationales* (1). En effet, ces dernières manquent, notamment, de force normative (2) et de précision (3) ; et les incompréhensions entre États touchent *autant si ce n'est plus les moyens à mettre en œuvre que les fins à poursuivre* (4), tandis que la quasi-absence d'instances d'application internationale des éventuelles normes élaborées à ce niveau ne manque pas de rendre la situation des sources internationales encore plus inconfortable (5).

### 1. Le cyberspace 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 »<sup>5</sup> ; 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

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 37.

<sup>2</sup> Par exemple, Y. SANDOZ, dir., *Quel droit international pour le XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Bruylant (Bruxelles), 2007 ; F. ATTAR, *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994.

<sup>3</sup> 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 ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 7 s.

<sup>4</sup> Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford University Press, 1995, 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).

<sup>5</sup> 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. 310.

comme le degré de contrainte font penser à un droit dégradé, dénué de toute portée pratique »<sup>1</sup>. L'« ordre global », dominé par le droit d'origine privée, devrait dominer et conduire à l'effacement de l'ordre international, ordre interétatique<sup>2</sup>. Même la simple coopération, loin du niveau de perfectionnement de l'intégration, peine à être efficace et congruente<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Si le droit international privé de la communication par internet est foncièrement limité<sup>6</sup>, il 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. L'internet étant par nature un objet international et transfrontière, la création d'une agence spécialisée de l'ONU serait peut-être très heureuse<sup>7</sup> ; elle n'est cependant pas à l'ordre du jour et l'ONU peut se voir désignée tel « un forum mondial bien plutôt qu'un gouvernement planétaire »<sup>8</sup>. 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 »<sup>9</sup>.

En outre, le droit d'origine internationale de la communication par internet se trouve grandement limité en raison de la faible force normative qui s'attache à lui.

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 347.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 935 ; T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 141.

<sup>5</sup> En ce sens, 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 s.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 154.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

## 2. Le cyberspace réglé par des actes internationaux à la force normative défectueuse

L'un des principaux problèmes des actes internationaux est celui de la force normative des règles qu'ils portent. 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<sup>1</sup>. Lorsque les organisations internationales ont commencé, tardivement, à s'intéresser à l'internet, ce sont principalement des instruments juridiques relevant du « droit mou » qu'elles ont privilégiés — ce type de normes étant proche d'être le propre des sources internationales<sup>2</sup> —. En témoignent, 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 réglementations et que les organisations gouvernementales, intergouvernementales et 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 et déjà citée. 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. Le problème de l'efficacité des institutions internationales<sup>3</sup> se pose *a fortiori* en matière de régulation des activités internetiques.

Les organisations internationales ne sont 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 »). Illustre 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. 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 »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> 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*).

<sup>2</sup> G. ABI SAAB, « Éloge du “droit assourdi” – Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Mélanges François Rigaux*, Bruylant (Bruxelles), 1993, p. 59 s.

<sup>3</sup> En ce sens, déjà, W. FRIEDMANN, *De l'efficacité des institutions internationales*, Armand Colin, 1970.

<sup>4</sup> 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

Certainement des textes davantage contraignants peuvent-ils être cités : le traité sur les performances et phonogrammes<sup>1</sup>, le traité sur le droit d'auteur<sup>2</sup> ou encore la convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux<sup>3</sup>. 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, ce que confirment les résultats statistiques présentés dans l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*. Et il faut peut-être se méfier de l'idée selon laquelle le « droit souple » ou « mou » serait passé du statut de « pis-aller » à celui de « *must have* »<sup>4</sup> car un droit sans contrainte et sans sanction ne peut être qu'un trop faible droit<sup>5</sup>. De plus, les instruments relevant du « droit dur » aménagent souvent d'importantes marges de manœuvre au profit des États : 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 »<sup>6</sup>.

Les sources internationales du droit de la communication par internet peuvent aussi être critiquées en raison de l'imprécision des normes qu'elles élaborent.

### **3. Le cyberspace visé par des normes internationales à la précision déficiente**

Le droit d'origine internationale, en plus d'être « doux » (non obligatoire) et « mou » (non sanctionné), est également très généralement « flou » (non précis)<sup>7</sup>, ce qui ne contribue pas à redorer son blason. Est significatif, par exemple, le fait que, concernant le caractère vague de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) allégué par ses détracteurs, 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

---

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 ».

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 32 ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDJ* 1998, p. 659 ; 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. 525.

<sup>5</sup> En ce sens, F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 295.

<sup>6</sup> Art. 23.

<sup>7</sup> Sur ces distinctions, cf. C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s.

seront pas directement appliquées par des cours nationales »<sup>1</sup>. Il relèverait ainsi de la définition même du droit d'origine internationale que d'être flou, mais aussi mou et doux, c'est-à-dire fort imparfait. En outre, c'est le contenu même des normes, leur objet et leur portée, que d'aucuns ne manquent pas de critiquer<sup>2</sup>, au-delà des diverses problématiques structurelles et formelles.

Par ailleurs, nombre des difficultés rencontrées par les sources internationales du droit de la communication par internet proviennent du fait que les parties prenantes à la construction de ce droit peinent à s'accorder sur les objectifs à poursuivre et sur les solutions à retenir.

#### **4. Le cyberspace facteur de désaccords quant aux moyens autant que quant aux fins**

Le personnel politique est certainement conscient du fait que le droit devrait être élaboré principalement à l'échelon international et 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 »<sup>3</sup>. Mais pareille intention est utopique car les moyens ne peuvent pas suivre les fins ; plus encore, il est délicat de s'accorder unanimement sur ce que doivent être les fins. Néanmoins, il reste largement permis de se rejoindre sur le constat suivant : « La spécificité d'Internet est d'être un espace sans frontières »<sup>4</sup> — si ce n'est « sans territoire »<sup>5</sup> —, les États sont « menacés dans leurs souverainetés par les flux de communication qui sautent les frontières » et ils sont donc « contraints de collaborer »<sup>6</sup> ; c'est quant aux moyens de cette collaboration qu'il est difficile aux multiples gouvernements du monde de s'aligner les uns sur les autres. Le Conseil social, économique et environnemental peut retenir, en 2014, que « la coopération internationale, en matière d'internet, peine à émerger »<sup>7</sup>. Et cette institution d'appeler à « innover et instituer, en dehors de la coopération intergouvernementale, des formes

<sup>1</sup> Commission européenne, « Appréciation de la Commission européenne à propos de l'ACTA », [en ligne] <ec.europa.eu>, 11 mai 2012.

<sup>2</sup> 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, « Les mutations de la norme en droit international privé », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 157).

<sup>3</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, 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).

<sup>4</sup> D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 467.

<sup>5</sup> B. BEAUDE, *Internet – Changer l'espace, changer la société*, FYP, coll. Société de la connaissance, 2011.

<sup>6</sup> 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 ambiguë », *Hermès* 2007, n° 47.

<sup>7</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 32.

inédites de concertation, de coopération et d'action »<sup>1</sup> ; cet appel, s'il est peut-être entendu, n'est guère suivi d'effet, ce qui est nouveau étant appréhendé généralement avec méfiance parmi les sources internationales du droit, tandis que le mode de réformation de ces dernières, notamment lorsqu'il exige un accord unanime, refreine fortement les velléités de changement dans leurs fonctionnements. 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 la constituent. 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 »<sup>2</sup>. Dans le même temps, 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 »<sup>3</sup> 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>, peut-être la concrétisation de cette intention est-elle fortement chimérique.

Le « Guide de légistique » élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement précise que « l'évaluation préalable est particulièrement utile au stade de l'élaboration de la norme internationale » et que, « ainsi, une loi portant autorisation de convention internationale doit, conformément aux termes de la circulaire du 30 mai 1997 du Premier ministre relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, avoir été précédée de la rédaction d'une étude d'impact “le plus en amont possible de la rédaction de l'accord” »<sup>6</sup>. Dès lors que chaque État joue de la sorte sa propre partition, il est difficile d'imaginer comment quelque acte normatif pourrait s'appliquer utilement aux milliards d'internautes qui habitent les territoires des quelques 200 États qui constellent 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 du droit de la communication par internet, qu'aujourd'hui dominant encore la « revendication à l'échelon national du pouvoir souverain de l'État sur le contrôle du fonctionnement de l'internet » et l'« affirmation, sur l'échiquier international, de la prééminence des États sur les autres acteurs »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>2</sup> B. DE LA CHAPPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », Place de la toile, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>3</sup> Cité par Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 256.

<sup>4</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 256.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>6</sup> Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 9.

<sup>7</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 34.

Un autre problème, déjà évoqué, est que la mondialisation du droit à l'initiative des sources internationales se limite le plus souvent à une définition internationale de la norme applicable et, en règle générale, sa mise en œuvre n'est pas mondialisée mais assurée par chaque État dans le cadre de son territoire<sup>1</sup>.

## 5. Le cyberspace objet d'une épineuse application internationale du droit autant que d'une laborieuse création internationale du droit

Un droit international de la communication par internet devrait aller de pair avec des forces de police et des juridictions internationales<sup>2</sup> et le Professeur Jean-Louis Bergel peut estimer que « le droit international n'a pas, faute de sanction sûre liée à des moyens de coercition absolus, la plénitude des autres ordres juridiques »<sup>3</sup>. À tout le moins le droit international public connaît-il une sanction et une exécution « mal assurées, faute de pouvoir contraindre un État »<sup>4</sup>, et on peut décrire un droit instable et incohérent qu'aucun juge international ne peut redresser<sup>5</sup>. Le risque est grand que, dès lors que n'ont pas été institués de mécanismes centralisant l'interprétation des règles d'origine internationale, 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<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>, l'emportant sur la « justice sans hiérarchie qui se cherche à tâtons »<sup>9</sup> qu'est la justice internationale. Et il n'est guère étonnant qu'un auteur écrive 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 ceci, protégeant l'intérêt privé des plaideurs, paraît plus important que l'intérêt de la souveraineté »<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Cf., notamment, S. CHAUVIER, *Justice et droits à l'échelle globale*, Vrin-EHESS, 2006.

<sup>2</sup> P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDI publ.* 1982, p. 1.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 172.

<sup>4</sup> P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDI publ.* 1982, p. 5.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 501.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cf., par exemple, É. A. CAPRIOLI, « Arbitrage international et commerce électronique », *RLDI* 2012, n° 81.

<sup>9</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

<sup>10</sup> B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 495-496.

Enfin, il faut redire que la souveraineté étatique, considérée comme la « marque indélébile de la société internationale »<sup>1</sup>, est le frein le plus radical à la production internationale des normes, même si cette souveraineté n'est pas nécessairement consubstantielle avec le système international<sup>2</sup>. Le constat opéré par un auteur d'une « rupture structurelle dans les modes et les processus de production de la normativité internationale »<sup>3</sup> semble fort excessif et non conforme à la réalité contemporaine.

Bien sûr, il ne s'agit là que de considérations générales et, dans le détail, il est possible de dénicher quelques améliorations dans le fonctionnement des sources internationales du droit de la communication par internet. Pour ne prendre qu'un exemple, l'UIT a procédé à une révision approfondie de son processus de normalisation, si bien que les délais d'élaboration de ses normes ont été réduits de 95 % — en 1995, la durée d'élaboration moyenne d'une norme était de 48 mois contre huit semaines désormais<sup>4</sup> —. Ces « gains de productivité juridique » sont évidemment très heureux du point de vue du droit de la communication par internet, d'autant plus qu'on relève qu'un autre problème de taille devant la possibilité d'un droit de la communication par internet d'origine internationale est celui de la rapidité, donc celui du pan temporel de l'« impasse des échelles »<sup>5</sup>, « tout accord international [étant] tout de suite dépassé alors qu'il [a] pris des années à être élaboré »<sup>6</sup>.

D'autres progrès structurels du droit à l'échelle internationale pourraient être signalés<sup>7</sup>. Mais reste que les obstacles à un droit commun sont nombreux<sup>8</sup> ; 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

<sup>1</sup> J.-P. COLIN, « Variations sur la souveraineté », *Annuaire Français de Relations Internationales* 2009, n° 10, p. 3.

<sup>2</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 43 (« si les États sont indépendants les uns des autres, cette condition, du point de vue juridique, ne préexiste pas au droit international mais c'est ce dernier qui la pose. [...] L'histoire montre d'ailleurs que le droit international d'autrefois se fondait tout à l'opposé sur le principe de la subordination des États au pouvoir temporel de l'Empire et au pouvoir spirituel de l'Église, pour ne rien dire d'autres subordinations propres à certains d'entre eux. L'indépendance actuelle des États n'est donc point leur condition naturelle, originaire, indépendante du droit international, mais elle est tout à fait contingente ; elle dérive des caractères particuliers que celui-ci a récemment revêtus »). Ensuite, la revendication souverainiste des États, par l'abandon de toute idée de hiérarchie, d'abord sur le plan spirituel à l'égard de la Papauté et ensuite sur le plan temporel à l'égard du Saint Empire germanique, « manifeste une substitution de la “légitimité horizontale” [...] à la “légitimité verticale” » (J. KRULIC, « La revendication de la souveraineté », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 21).

<sup>3</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au XXI<sup>e</sup> siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 19.

<sup>4</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université d'Aix-Marseille III, 2009, p. 98.

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>6</sup> B. DE LA CHAPPELLE, « L'internet est-il vraiment sans frontières ? », *Place de la toile*, France culture, 11 févr. 2012.

<sup>7</sup> Cf., par exemple, S. GUINCHARD, « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'*American Law Institute* et d'*Unidroit* de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.* 2003, p. 2184.

<sup>8</sup> Par exemple, 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. ; O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre *juriglobisme* incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 87.



communes. « Le droit international nécessite une adhésion permanente et réitérée »<sup>1</sup> que l'internet et le web ne suffisent pas à faire advenir, loin de là. 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 »<sup>2</sup>. Partant, c'est beaucoup demander que d'exiger l'élaboration sur la scène internationale de régimes juridiques complets et cohérents pour encadrer les activités internetiques. Dans le cyberspace aussi existent des rivalités géopolitiques<sup>3</sup>, c'est-à-dire des « rivalités territoriales qui font l'objet de représentations contradictoires »<sup>4</sup>. En 1974, la Cour internationale de justice de La Haye retenait très légitimement 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 »<sup>5</sup>. 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.

## B. La diversité inéluctable des intérêts à l'échelle internationale

L'internet ne paraît pas en mesure de permettre le développement des sources internationales tant le cyberspace ne favorise pas plus la paix que la guerre entre les États (1) et tant, à l'échelle planétaire, il n'est semble-t-il pas un vecteur d'unification des cultures (2). Le constat est simple : de nombreux États sont *incompatibles axiologiquement* (3), ainsi qu'en témoignent les exemples des régimes dictatoriaux, en particulier celui de la Chine (4), 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 (5), ce qu'a dernièrement illustré l'échec de l' « Accord commercial anti-contrefaçon ».

<sup>1</sup> F. RIGAUD, *Ordonnements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 295.

<sup>2</sup> D. BATTISTELLA, « Le bel avenir de la théorie de l'État en Relations internationales », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 7.

<sup>3</sup> S. GODELUCK, *La géopolitique d'Internet*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2002.

<sup>4</sup> Y. LACOSTE, *Dictionnaire de géopolitique*, Flammarion, 1993 (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université d'Aix-Marseille III, 2009, p. 369).

<sup>5</sup> CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires*.

## 1. Le cyberspace, lieu de guerre autant que de paix entre les nations

Le cyberspace est devenu le lieu dans lequel se déroulent les guerres, où se développent les conflits entre États au XXI<sup>e</sup> s.<sup>1</sup>, même s'il est peut-être vrai qu'il serait impossible d'avoir un jour un cyberconflit entre États qui ne soit qu'un cyberconflit<sup>2</sup>. 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 le complément indispensable, à tel point qu'il est permis d'estimer que de plus en plus de guerres se gagnent dans le cyberspace plus que dans l'espace physique. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. 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 ; et le Président de la République française déclarait en 2008, à l'occasion d'un discours devant les forces militaires et à la suite des préconisations du dernier livre blanc de la défense : « Nous allons nous doter de capacités informatiques offensives ». Ces enjeux rendent d'autant plus irréaliste la possibilité de disposer d'un droit dont le champ d'application serait mondial. Mais les conflits ouverts entre États ne sont que les cas les plus extrêmes. Ordinairement, sont en cause des tensions latentes entre États qu'engendre la diversité inéluctable des intérêts défendus à l'occasion des relations internationales. 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 »<sup>5</sup> qui est historiquement la marque des États. Et ne dit-on pas que « la diplomatie n'est que la continuation de la guerre par d'autres moyens »<sup>6</sup> ? Surtout, est à l'œuvre une véritable guerre juridique dans laquelle chacun des modèles européen, américain et

---

<sup>1</sup> A. BIAD, « Cyberguerre et *lex specialis* : évolution ou révolution ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 253 s.

<sup>2</sup> A. DESFORGES, « Cyberspace et géopolitique », Place de la toile, France culture, 24 mai 2014.

<sup>3</sup> A. DESFORGES, « Le cyberspace : un nouveau théâtre de conflits géopolitiques », *Questions internationales* 2011, n° 47, p. 46.

<sup>4</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 162. Par 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 ? (*ibid.*).

<sup>5</sup> Réf. à M. FOUCHER, *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007.

<sup>6</sup> C. VON CLAUSEWITZ (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 109).

asiatique, notamment, cherche à triompher des autres<sup>1</sup>, ce qui, selon un auteur, pourrait conduire à la prochaine disparition de l'internet et à son remplacement par des sortes d'intranets régionaux<sup>2</sup>.

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.

## 2. Le cyberspace, foyer d'une diversification autant que d'une unification des cultures

Dans la société internationale contemporaine, la diversité l'emporte sur l'unité<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>, que la « névrose nationale » décrite par Nietzsche serait plus vive que jamais<sup>5</sup> ; 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. « 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 »<sup>6</sup>. Et d'ajouter qu'« il est évident que les trajectoires politiques restent placées sous le sceau de la diversité »<sup>7</sup>, la mondialisation de la culture à laquelle participent les services du web<sup>8</sup> n'exerçant qu'une influence limitée sur les formes et sur l'exercice du pouvoir. Comme le Professeur Mireille Delmas-Marty l'affirme, « bâtir de 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

---

<sup>1</sup> En ce sens, 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 (qui note, par exemple, que « les pays asiatiques concentrent une part de plus en plus importante du PIB mondial et ils 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 »).

<sup>2</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

<sup>3</sup> 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<sup>e</sup> siècle*, Pedone, 1994, p. 79 s.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 362.

<sup>6</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 10.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> 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.

important peut-être autant, sinon plus, que les liens juridiques »<sup>1</sup>. Certainement l'internet permet-il de renforcer ces liens, mais cela ne saurait venir effacer les désaccords entre les multiples gouvernements du monde, ceux-ci étant par trop dissemblables à de nombreux points de vue.

Dans tous les cas, la fusion des sociétés en une seule et même société, animée par la même culture — ce qui comprendrait notamment l'existence d'une religion unique — et poursuivant les mêmes intérêts, est une idée farfelue que personne d'ailleurs ne défend. L'internet sert aussi à défendre et à développer les particularismes socio-culturels, même si cet outil permet en premier lieu la propagation de la culture américaine et occidentale en général. Peut-être est-il vrai que, « suscité par le développement d'un sentiment de faire partie d'une même communauté, un besoin de gestion commune se manifeste en vue de la protection et de la poursuite de ces intérêts communs »<sup>2</sup> et que cela « se reflète au sein de nouvelles institutions émergentes au niveau supranational »<sup>3</sup>, reste qu'un tel sentiment de faire partie d'une même communauté mondiale, de la communauté humaine unique, n'existe pas, y compris dans l'espace internetique, et que, par conséquent, cela ne saurait justifier l'avènement de nouvelles institutions internationales. Le regard pragmatique est bien celui de qui retient 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 »<sup>4</sup>. Une excellente preuve en a été donnée par les fortes résistances provoquées, en France, par les tentatives d'élaboration d'un Code civil européen (limité au seul droit des obligations). Selon la « théorie de la politique étrangère comme jeu à deux niveaux », il faut voir dans les États des acteurs ayant, en politique internationale, des intérêts propres à défendre, et notamment celui qui consiste à s'entendre avec les États étrangers, condition *sine qua non* pour parvenir à des accords en échappant aux intérêts sociétaux qu'ils sont censés défendre et qui sont souvent incompatibles avec les intérêts des acteurs sociaux que défendent les autres États partenaires<sup>5</sup>. Reste que c'est tant à l'un qu'à l'autre niveau que les incompatibilités de cultures et d'intérêts interdisent 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.

---

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I : Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 21-22 (cité par S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement – Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, th., Université Paris X - Nanterre-La Défense, 2000, p. 440).

<sup>2</sup> 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. 349.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>4</sup> M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Pluralisme et unité », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 111.

<sup>5</sup> D. BATTISTELLA, « Le bel avenir de la théorie de l'État en Relations internationales », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 10.

### **3. Le cyberspace, ferment d'un affrontement autant que d'un rapprochement des valeurs étatiques**

Il est 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 branches. Les États situent dans le numérique les enjeux essentiels en termes de compétitivité au XXI<sup>e</sup> 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. La compétition économique, néanmoins, ne saurait être retenue comme explication cadre 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 à l'échelle internationale la mise en place d'un système exclusivement intergouvernemental et, 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. Reste que, avant de chercher à s'accorder sur le contenu du droit, il faudrait déjà s'accorder sur les modalités de production du droit ; or, à ce niveau, il n'est pas envisageable de voir tous les États, ni même tous les États influents, tomber d'accord, y compris à propos des seuls traits généraux que devrait revêtir cette production normative.

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 établissent un cadre juridique commun applicable aux activités internetiques. S'il est vrai que « la trilogie "droits de l'homme-démocratie pluraliste-État de droit" » constitue le sésame pour participer à de nombreuses organisations internationales<sup>1</sup>, il relève de l'évidence que de nombreux États ne peuvent que se retrouver exclus et que le droit à vocation réellement mondiale est à ranger au

---

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 39.

banc des utopies. Il suffit, pour s'en convaincre, de regarder la liste des « ennemis d'internet » — *i.e.* les États qui organisent une censure dans le cyberspace — 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. 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 »<sup>1</sup>. 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 le truchement de la simple harmonisation<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. Les différentes cultures juridiques — qui ne connaissent pas les clivages politiques et sont donc pérennes — 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.

Le droit chinois de la communication par internet se présente peut-être comme le principal témoignage du caractère parfaitement insensé de l'aspiration à un État mondial capable d'établir un droit mondial des activités internetiques.

#### **4. Le cyberspace, 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 et des services qu'il permet dans ce pays. Or ce statut ne partage pour ainsi dire 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'objectif d'en avoir 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 —. Et le Centre chinois

---

<sup>1</sup> B. REMICHE, « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 320-321 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 335).

<sup>2</sup> 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 – Entretien avec Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL », *LPA* 20 oct. 2011, p. 5).

<sup>3</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 356.

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. De plus, en calquant, tout en ajoutant sa griffe très personnelle, les schémas de gestion de l'internet étatsunien, la Chine n'est pas loin de créer un réseau dans le réseau, un intranet monumental. Cet État a, à plusieurs reprises, tenté de s'isoler avec des technologies particulières et non interopérables comme l'IPv9. 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 »<sup>1</sup>. 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 là 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 de sites, des exigences d'authentification des internautes et le filtrage massif des contenus<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. Un journaliste fait remarquer que « cet évènement, passé pourtant inaperçu, est considérable ; il est comparable, dans l'espace virtuel, aux guerres commerciales et coloniales des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> 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 »<sup>5</sup>. 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

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 35.

<sup>3</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 21.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> H. GUILLAUD, « Chine : vers un grand schisme de l'internet », [en ligne] <lemonde.fr>, 19 févr. 2010.

de provoquer un « grand schisme », une « balkanisation » ou une « fragmentation de l'internet »<sup>1</sup>.

La « fusion entre le droit chinois et le droit occidental » devant aboutir à la « grande unité juridique du monde » espérée par le Professeur Mireille Delmas-Marty<sup>2</sup> 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 »<sup>3</sup>. 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 parfait contrôle. 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! 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 »<sup>4</sup>.

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 doit être remarqué que c'est en premier lieu la volonté de reprise en mains par certains États de leur « souveraineté numérique » qui a causé l'échec du sommet international de l'UIT de Dubaï, en décembre 2012. En effet, lors de cette « Conférence

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2006, p. 10.

<sup>3</sup> Lemonde.fr, « 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).

<sup>4</sup> B. BENHAMOU, « Les nouveaux enjeux de la gouvernance de l'Internet », *Regards sur l'actualité* janv. 2007.



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. Enfin, 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 retrouvent la France, le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada ou encore l'Australie.

Par ailleurs, les difficultés qui marquent la construction internationale du droit de la communication par internet s'expliquent encore par la position de domination, tant politique qu'économique et technologique, qui est celle des États-Unis par rapport aux autres États.

## 5. Le cyberspace, 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 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 étatsunienne sur la « gouvernance de l'internet » et sont-ils 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 ». Il va sans dire que la maîtrise des technologies a toujours été l'un des terrains où se joue la puissance économique, militaire et politique. La maîtrise des technologies de l'information, la « suprématie informationnelle », est, à l'heure du XXI<sup>e</sup> s., une des figures universelles de la puissance — 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 —. Aussi le réseau mondial contribuerait-il au renouveau de la guerre froide sous la forme d'une « guerre froide numérique »<sup>1</sup>.

L'internet se présente comme 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

---

<sup>1</sup> Ph. ACHILLEAS, « Guerre froide numérique – Autour de la révision du règlement des télécommunications internationales », *RGDI publ.* 2013, p. 300 s.

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<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup> ou qu'il est une « extension virtuelle des États-Unis »<sup>3</sup>.

Les États-Unis ont une responsabilité historique et technique dans le fonctionnement et le développement de l'internet<sup>4</sup>, bien qu'une loi fédérale du 8 février 1996 ait proclamé très tôt le caractère « international » du réseau<sup>5</sup>. 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 tutelle, laquelle se manifeste notamment dans le fonctionnement de l'ICANN. Cette « anomalie historique »<sup>6</sup> 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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. Depuis l'origine, c'est le Département du commerce américain qui assurait la supervision de cette infrastructure cruciale pour le réseau. Consciente des tensions internationales qui se faisaient jour autour de cette ressource essentielle, l'administration étatsunienne a décidé de confier, en

<sup>1</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 301.

<sup>2</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet, enjeux juridiques*, La documentation française, 1997, p. 93.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Par exemple, Y. EUDES, « Internet, un réseau global sous domination américaine », *Le Monde* 17 nov. 2005.

<sup>5</sup> Cité par I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet, enjeux juridiques*, La documentation française, 1997, p. 104.

<sup>6</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2<sup>e</sup> éd., Basic Books (New York), 2006.

<sup>7</sup> Cf., notamment, R. V. GOLLA, *La régulation de l'internet – Noms de domaine et droit des marques*, Le manuscrit, 2006.

<sup>8</sup> 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.

1998, la gestion du DNS à une structure privée : l'ICANN, association de droit californien sous tutelle du Département fédéral du commerce et supervisée par la National Telecommunications and Information Administration (NTIA). Mais, si l'intention de départ était de couper le cordon ombilical entre l'administration américaine et l'ICANN, les intérêts économiques et stratégiques liés au DNS étaient tels pour les États-Unis qu'aucun des gouvernements successifs n'a souhaité concrétiser définitivement cette séparation, même si l'ancien président de l'ICANN fait observer que les États-Unis ne se sont jamais opposés à aucune décision de l'ICANN ; ils les ont toujours validées historiquement et n'ont donc jamais utilisé leur pouvoir de veto<sup>1</sup>. Peut-être les pressions implicites et les simples discussions suffisaient-elles à produire les effets recherchés.

Les États-Unis ont le pouvoir de suspendre les extensions de noms de domaine et ont, par exemple, rendu inaccessibles les noms de domaine irakiens en 2005 (<.iq>) ; ils peuvent menacer tout État d'une telle suspension. Aussi le fait pour des États souverains de constater que les États-Unis peuvent détenir une autorité importante sur le fonctionnement du réseau à l'intérieur de leurs frontières internes constitue-t-il un fort point de friction lors des rencontres internationales. 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 pour les fonctions liées 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<sup>2</sup>.

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 aux autres non pas par la force mais par la persuasion — tout l'enjeu étant de faire en sorte que la puissance soit perçue comme légitime<sup>3</sup> —, tandis que les États du Moyen-Orient, d'Asie ou même d'Europe entendent limiter au maximum la mainmise étatsunienne sur les contenants, mais aussi sur les contenus. Il relève dès lors de la logique que les États-Unis se soient toujours opposés au renforcement des attributions de l'UIT en matière d'internet quand beaucoup d'États ont à l'inverse souhaité que la « gouvernance de l'internet » connaisse une profonde refonte. Il

---

<sup>1</sup> F. CHEHADÉ, « Rencontre avec le chef d'internet », Place de la toile, France culture, 22 févr. 2014.

<sup>2</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 7. La « gouvernance » de l'internet (et en particulier la « gouvernance » des noms de domaine) était 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. Parmi ces infrastructures clés figure celle qui permet de relier entre eux les objets et les informations qui sont stockées en ligne. Cet « annuaire des objets » ou *Object Naming Service* (ONS) était jusqu'ici géré uniquement depuis les États-Unis. Sous l'impulsion de la France, une première « racine » européenne de l'ONS a été mise en place.

<sup>3</sup> R. KAGAN, *Le revers de la puissance : les États-Unis en quête de légitimité*, Plon, 2004.

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 »<sup>1</sup>. Mais, 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 »<sup>2</sup>.

Toutefois, les pressions exercées sur les États-Unis par ses partenaires sont en passe de porter leurs fruits, dans le pan explicite des choses en tout cas : après des premiers efforts concédés en 2006<sup>3</sup> et en 2009<sup>4</sup>, 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 « gouvernance » fondé sur le consensus entre toutes les parties prenantes — mais dont les contours institutionnels et juridiques restent pour l'heure à définir — ; en conséquence, le contrat avec l'ICANN ne doit pas être renouvelé à son échéance en septembre 2015<sup>5</sup>. 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 d'ici septembre 2015 un nouveau cadre de supervision des fonctions assurées par l'ICANN. Reste à observer si ces déclarations auront été suivies d'actes, suivies d'une mutation réelle de la « gouvernance de l'internet ».

Est significatif le fait que, alors que, dans les années 1990, il n'existait que trois extensions génériques de noms de domaine (<.net>, <.com> et <.org>), a été proposée la création de 150 nouvelles extensions, en collaboration notamment avec l'UIT et l'OMPI. L'Internet Ad Hoc Committee mis en place à ces fins publia en 1997 un rapport dans lequel il proposait la création d'une ONG chargée de gérer les nouvelles extensions. En 1997, une

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, 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.*).

<sup>2</sup> Cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 277.

<sup>3</sup> 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 ».

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Et le Conseil d'État de commenter : « L'annonce de la fin du lien contractuel entre l'ICANN et le Gouvernement américain ouvre des perspectives de réforme de la gouvernance d'internet » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 31).

déclaration de principe sur les noms de domaine génériques de niveau supérieur fut signée par une centaine de parties venant du monde entier et donna naissance à un Council of Registrars. Or le Gouvernement américain s'opposa vigoureusement à cette initiative et fit en sorte de la faire échouer, spécialement car il ne souhaitait pas que l'ONU prenne en charge, de près ou de loin, certains pans du fonctionnement de l'internet. Sans accord de l'administration étatsunienne, il était impossible de créer de nouvelles extensions dans la mesure où la majorité des serveurs racines et surtout le serveur racine A sont sous le contrôle et la responsabilité des États-Unis<sup>1</sup>. Au même moment, un universitaire étatsunien, John Postel, décida d'entreprendre des essais d'introduction de nouvelles extensions sans l'autorisation du Département du commerce. Le test fonctionna correctement et, pendant une courte période, l'internet fut doté de nouvelles extensions. La réaction des autorités publiques fut immédiate et radicale : elles emprisonnèrent John Postel et le contraignirent à cesser toutes ses expérimentations<sup>2</sup>. Et, plus généralement, les États-Unis rejettent systématiquement les appels de la communauté internationale (ou du moins d'une partie d'entre elle) à une réformation du mode de gestion de l'internet en faveur de plus de participation de tous les pays<sup>3</sup>. Cela s'est vu en particulier à l'occasion des SMSI<sup>4</sup>, lors du quatrième forum sur la gouvernance de l'internet qui s'est tenu du 15 au 18 novembre 2009 en Égypte, où aucun accord n'a pu être trouvé<sup>5</sup>, ou encore au moment du forum « NetMundial » organisé au Brésil en avril 2014.

Dans les années 2010, les révélations de l'informaticien Edward Snowden quant à la méga-surveillance exercée par l'administration américaine ont contribué à toujours plus renforcer le clivage entre les États-Unis et le reste du monde. Ces informations ont permis d'entrevoir que le réseau est également 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. 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. En réaction aux révélations sur les pratiques de surveillance du Gouvernement américain, les dirigeants de plusieurs entités impliquées dans la

---

<sup>1</sup> 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 (B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 1).

<sup>2</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III - Paul Cézanne, 2009, p. 241.

<sup>3</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4710.

<sup>4</sup> Par exemple, E. LEDRICH, « La gestion du Domain Name System en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle... », *RLDI* 2006, n° 12.

<sup>5</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 16.

« 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 « appell[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 ».

Enfin, il convient d'ici mentionner 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 1<sup>er</sup> octobre 2011. Les parties négociatrices et signataires du traité sont 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. 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<sup>1</sup>. Seulement, alors que seuls quelques États y étaient parties — 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 qui, le 4 juillet 2012, l'a rejeté en séance plénière par 478 voix contre et 39 pour (165 abstentions). La phase de ratification en cours nécessite l'approbation parlementaire des États signataires ; or elle a été suspendue dans de nombreux pays suite à de vives polémiques<sup>2</sup>. Il n'y a finalement que le Japon qui a à la fois signé et ratifié le traité ; depuis son rejet par le Parlement européen, celui-ci voit son entrée en vigueur repoussée *sine die*.

Par ailleurs, si l'objet de ces pages est de mettre en exergue les difficultés à s'accorder entre États, il faut ajouter à cela les difficultés à s'accorder entre États et représentants de la sphère privée. Par exemple, dans sa contribution au sommet de l'UIT de Dubaï de décembre 2012, l'Internet Society soulignait le succès du modèle multipartite, qui a assuré le développement de l'internet depuis ses origines, et l'opposait aux dangers de rigidification liés au recours à des accords interétatiques.

Tandis que 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 n'est jamais advenu et qu'il n'advient jamais ; « la belle idée messianique propagée par la première génération de

---

<sup>1</sup> Cf. P. ARHEL, « L'accord commercial anti-contrefaçon », *Propr. industr.* 2009, étude 17.

<sup>2</sup> 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, loin de toute transparence. Le 10 mars 2010, le Parlement européen a adopté à une très large majorité une résolution sur la transparence et l'état d'avancement des négociations autour de l'ACTA. Les préoccupations du Parlement étaient nombreuses et avaient trait à la forme prise par ces négociations : en ce qu'il était informé au compte-goutte de la négociation d'un texte qu'il devait approuver avant que celui-ci n'entre en vigueur ; que ces négociations ne prenaient pas place dans des instances internationales déjà existantes ; et que peu de pays émergents étaient parties prenantes à la négociation (J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 338).

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 »<sup>1</sup>, tout comme la vision d'une « citoyenneté transnationale »<sup>2</sup> que permettraient de réaliser les communications par internet. La « communauté internationale » demeure très largement une fiction, une vue de l'esprit<sup>3</sup>. Il n'est donc que possible de rester sceptique face à la vision progressiste d'une société internationale qui évoluerait vers un système aussi perfectionné que le modèle étatique. 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 »<sup>4</sup>. Si les sources internationales souffrent de trop de maux pour pouvoir participer plus et mieux à la production du droit de la communication par internet, peut-être les sources européennes peuvent-elles s'imposer comme un pis-aller, un droit régional étant 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<sup>5</sup> ; cela est peut-être concevable à l'échelle d'un continent mais pas à l'échelle de la planète.

---

<sup>1</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web, 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 6.

<sup>2</sup> W. KYMLICKA, « Le mythe de la citoyenneté transnationale », *Critique internationale* 2004, n° 23, p. 97 s.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, p. 125 (cité par Ph. BLACHER, « L'État dans la doctrine "progressiste" du droit international public », *Cités* 2004, n° 18, p. 83).

<sup>5</sup> P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 49 (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. 349).

## Chapitre 2

# LE DÉVELOPPEMENT DES SOURCES EUROPÉENNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Précédemment en ce premier titre, ont été décrits les efforts des sources internationales dans le but de publiciser, dans la mesure du possible, la production du droit de la communication par internet. Et ont été mises en exergue les profondes limites ontologiques qui interdisent d'imaginer que ces sources pourraient, dans un avenir proche et même dans un avenir lointain, devenir les sources premières du droit de la communication par internet, aussi bien sous l'angle quantitatif que sous l'angle qualitatif. Par conséquent, puisqu'il serait utopique d'imaginer que les sources publiques mondiales pourraient dominer les sources privées mondiales, et puisque, à l'aune de la première partie de cette thèse, il faut espérer que les sources publiques soient capables de maîtriser autant que possible la production du droit de la communication par internet, reste à se tourner en direction des sources étatiques de ce droit. Devant les insuffisances propres aux sources internationales, lesdites sources étatiques s'évertuent à contribuer dans de grandes proportions à la construction des régimes juridiques applicables aux activités internetiques. Pour ce qui est de la présente recherche doctorale, ce constat oblige à étudier les sources étatiques du droit de la communication par internet. Cette étude sera conduite au long du dernier titre de cette thèse. Par ailleurs, entre les sources publiques mondiales mais démunies institutionnellement et les sources étatiques très développées institutionnellement mais ne pouvant régir que les activités d'une population sise sur un territoire, il se trouve certaines organisations régionales et, notamment, l'Union européenne. Aussi le chapitre qui débute visera-t-il à observer en quoi et dans quelle mesure les sources européennes du droit de la communication par internet témoignent de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources européennes du droit. Eu égard aux limites en ces lignes évoquées, l'échelle continentale est peut-être la « moins mauvaise » des échelles, donc l'échelle au niveau de laquelle il faudrait préférentiellement établir le droit de la communication par internet d'origine publique. En réalité, les sources européennes peuvent difficilement ne pas souffrir des mêmes maux que les sources étato-nationales et, d'ailleurs, au-delà des apparences qu'induit la distinction des sources publiques internes et des sources publiques externes, les sources européennes se rapprochent peut-être davantage des sources étatiques que des sources internationales, cela à tous les points de vue.*



« Ce qu'il y a de moins simple, de moins naturel, de plus artificiel dans le monde, écrivait Jules Michelet, c'est l'Europe »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. 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 — mais aussi en termes qualitatifs —. Il existe d'importantes affinités entre l'Union européenne et le droit de la communication par internet<sup>3</sup>. En effet, les sources européennes ont forgé quelques 14 % des normes constitutives du droit de la communication par internet quand les sources internationales sont à l'origine de 8 % seulement de ces normes<sup>4</sup>. La différence est moins flagrante en matière de droit du contenant de la communication par internet (11 % de normes originaires de l'Union européenne contre 8 % de normes d'origine internationale) mais elle l'est davantage dans le domaine du droit du contenu de la communication par internet (17 % de normes originaires de l'Union européenne contre 9 % de normes d'origine internationale)<sup>5</sup>.

Surtout, ces statistiques ne rendent pas justice de *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<sup>6</sup> ; mais, qualitativement, la première semble ô combien supérieure à la seconde dès lors que « les Parlements transposent les directives comme des machines »<sup>7</sup>.

Néanmoins, ces statistiques permettent peut-être d'infirmer le constat selon lequel ce serait « de manière quasi-exclusive » que les directives européennes saisiraient l'internet<sup>8</sup>. Si la loi « pour la confiance dans l'économie numérique »<sup>9</sup> est possiblement le meilleur témoignage de l'influence des directives européennes<sup>10</sup> sur le droit positif de la communication par internet,

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> R. DEBRAY, *L'édit de Caracalla*, Fayard, 2002, p. 81.

<sup>3</sup> Cf., notamment, A. BLANDIN-OBERNESSER, dir., *L'Union européenne et internet*, Apogée, 2001.

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> 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 constitutionnelle. Cf. B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.* 2004, p. 1739 s.

<sup>8</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 346-347.

<sup>9</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>10</sup> En l'occurrence, 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 nombreuses normes formellement d'origine étatique ne possèdent pas leurs doubles au sein d'actes normatifs de l'Union européenne. Pour ne prendre qu'un exemple, dans un contexte européen de pleine réflexion quant au cadre juridique des jeux et paris par internet, marqué par une forte hétérogénéité des législations nationales, la France a fait le choix d'une mutation radicale de régime juridique inédite en Europe<sup>1</sup>.

Ensuite, une grande difficulté sur laquelle semble achopper l'Union européenne est qu'elle ne souffrirait qu'un peu moins que les États du problème des échelles spatiales des activités internetiques et de l'applicabilité du droit<sup>2</sup>. L'europanisation du droit se rapprocherait plus d'une étatisation du droit que d'une mondialisation du droit<sup>3</sup> et il s'agirait d'un pis-aller<sup>4</sup> 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. Il faudrait strictement *séparer la régionalisation et la mondialisation*<sup>5</sup>. Un « intérêt général européen »<sup>6</sup>, 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 »<sup>7</sup> n'est pas le « droit commun »<sup>8</sup>.

Pour autant, l'Union européenne s'avère incontournable au sein de cette thèse en ce qu'elle est peut-être la meilleure illustration du développement d'un droit spécifique, visant l'harmonisation ou même l'uniformisation, à l'échelle continentale<sup>9</sup>. Il existe, à travers le monde, diverses autres organisations à dimensions régionales, mais leur potentiel d'intégration juridique est très différent<sup>10</sup>. 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<sup>11</sup>. Toutes sont des ententes régionales à vocation uniquement

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> Par exemple, B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s. ; 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.

<sup>3</sup> Pour une analyse contraire, cf. A. EPINEY, « Europanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in Ch-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 147 s.

<sup>4</sup> En ce sens, R. HIGGOTT, « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Politique étrangère* 1997, p. 277 s.

<sup>5</sup> En ce sens, J. DE LA ROCHÈRE, « Mondialisation et régionalisation », in É. LOQUIN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 149 s. ; A. EPINEY, « Europanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in Ch-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 147 s.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Réf. à J.-P. GRIDEL, *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, Dalloz, 1999.

<sup>8</sup> Réf., notamment, à B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 s.

<sup>9</sup> M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 356.

<sup>10</sup> Cf. J. TÉNIER, *Intégrations régionales et mondialisation – Complémentarité ou contradiction*, La documentation française, 2003.

<sup>11</sup> Cf. F. SNYDER, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Dr. et société* 2003, p. 435 s.

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<sup>1</sup> et possède réellement un *centre supranational*<sup>2</sup>.

Par ailleurs, il est important de préciser à cet instant 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. Au moment de conduire l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique<sup>3</sup>, a été décidé de distinguer l'Union européenne et les organisations internationales, ce qui a amené à classer le droit produit dans le cadre du Conseil de l'Europe 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<sup>4</sup>. 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.

Les sources spécifiques à l'Union européenne, qui seront donc seules en cause en ces pages, s'avèrent excessivement *perfectionnées et complexes*, en particulier structurellement<sup>5</sup>. D'aucuns posent ainsi la question de savoir si l'Union ne serait pas devenue un « super-État »<sup>6</sup> — ou affirment qu'elle l'est devenue<sup>7</sup> —. Ne sera pas proposée ici une description fine de ces sources, étant entendu qu'il ne se trouve guère de différences fondamentales entre l'Union européenne comprise généralement et l'Union européenne au moment où elle saisit normativement les communications par internet. Il s'agira plutôt de rechercher les éléments faisant que, comparativement aux difficultés que rencontrent les sources internationales, il serait permis de parler de « succès » des sources européennes. Si la sortie à venir du Royaume-

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 55 (« l'Union européenne apparaît comme une exception fondée sur une longue histoire »). Mais, initialement, l'objectif était de bâtir une paix durable en réalisant une union économique — ce qui lui a valu de recevoir le prix Nobel de la paix en 2012 —.

<sup>2</sup> 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. 537.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> Il faut surtout mentionner la Convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la cybercriminalité du 8 novembre 2001. Est tout à fait remarquable que la Convention sur la cybercriminalité a été ouverte par les instances européennes à la signature de pays tiers par rapport au Conseil de l'Europe. La Convention a été signée par les États-Unis, par le Canada, par le Japon, par l'Afrique du Sud et par 39 autres États, ce qui confirme la pertinence du choix d'inscrire le Conseil de l'Europe parmi les sources internationales du droit de la communication par internet.

<sup>5</sup> Cf., notamment, M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s.

<sup>6</sup> S. SAURUGGER, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 13. 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.

<sup>7</sup> G. MAJONE, *La Communauté européenne, un État régulateur*, Montchrestien, 1996.

Un faible 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 »<sup>1</sup>, 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, Conseil de l'Europe compris.

Par comparaison avec le « dénuement normatif » qui empreint les sources internationales du droit de la communication par internet, les sources de ce droit propres à l'Union européenne sont marquées par un réel « développement normatif ». 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 perfectionnée* (*section 2*), loin du fonctionnement relativement archaïque et inadapté à la construction d'un droit des nouvelles technologies des organisations internationales envisagées au sein du chapitre précédent.

---

<sup>1</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 363.



## Section 1

### L'utilité de l'Union européenne face à l'exigence d'un droit supranational

*Cette section intègre un titre dont la finalité est d'observer les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques externes du droit dont témoigne le droit de la communication par internet. En la matière, il importe de précisément distinguer les sources internationales et les sources européennes, car les unes et les autres ne conduisent pas à opérer les mêmes conclusions relativement à l'état des sources publiques externes. Précédemment en ce titre, ont déjà été étudiées les sources internationales. Il s'est avéré qu'elles ne sauraient être et ne sauraient devenir des sources centrales du droit de la communication par internet tant elles achoppent sur des problèmes structurels, idéologiques, culturels et surtout politiques qui freinent toutes les vellétés de produire des régimes juridiques précis, complets et efficaces applicables partout sur la planète, partout où le web et les autres services de l'internet sont accessibles. Pourtant, de tels régimes juridiques de dimensions mondiales apparaissent ô combien nécessaires dès lors que les objets à encadrer présentent eux-mêmes de telles dimensions mondiales. Reste que, après avoir constaté les limites du droit d'origine internationale, il faut se tourner vers le droit d'origine européenne. Or l'Union européenne, ainsi qu'expliqué au sein de la section qui débute, joue un rôle décisif et remarquable, à différents points de vue, dans l'élaboration du droit de la communication par internet d'origine publique — mais à l'échelle d'un continent seulement —. À ces fins, les sources européennes s'appuient sur une savante légistique et s'efforcent, par divers biais, d'être à l'écoute de la société civile, ce que la prochaine section cherchera à montrer.*

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 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<sup>1</sup> et intégré<sup>1</sup>. À la

<sup>1</sup> CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/92, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise* (« la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; partant, le

différence des autres organisations régionales, l'idée directrice qui a présidé à la construction européenne est *l'intégration*<sup>2</sup>, 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*<sup>3</sup>.

Il convient, à présent, de relever combien, 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).

## 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 et des activités qu'il permet. Partant des lignes directrices de la communication de la Commission en date du 27 juillet 1998, elle a joué un rôle significatif dans la création du comité des gouvernements placé auprès de l'ICANN et dans le cadre onusien du Sommet mondial sur la société de l'information en se faisant le défenseur d'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, rôle central du secteur privé dans la gestion quotidienne de l'internet<sup>4</sup>,

---

droit communautaire, indépendant des législations des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leurs patrimoines juridiques »).

<sup>1</sup> CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ ENEL* (« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »). En France, la Cour de cassation, dès 1975 dans l'affaire « Jacques Vabre », a admis que le traité de Rome a institué un « ordre juridique propre intégré à celui des États membres » et que « l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions » (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*). Plus tardivement, le Conseil d'État a également affirmé la primauté du droit communautaire sur les normes internes (CE Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*).

<sup>2</sup> Cf., notamment, M. ALBERT, dir., *Regards croisés sur l'Europe*, Puf, 2005.

<sup>3</sup> P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration – Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des communautés européennes*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 65. L'Union européenne est un ordre créé par le droit et créant du droit (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9<sup>e</sup> 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, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, 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 toute la différence entre les sources européennes et les sources internationales envisagées à l'intérieur du précédent chapitre.

<sup>4</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 35.

notamment. Seulement, en ces pages, est-il question de l'Union européenne en tant que source(s) directe(s) et formelle(s) de normes, non en tant qu'artisan des négociations internationales traitées au sein du chapitre précédent. Or, ainsi compris, le droit originaire de l'Union européenne joue un rôle cardinal et il faut strictement le séparer des autres sources publiques externes du droit de la communication par internet qui bien davantage que lui méritent les critiques que Carbonnier adressait au « droit venu d'ailleurs, intrus par excellence »<sup>1</sup>. Autant l'internationalisation du droit de la communication par internet demeure largement ineffective en même temps qu'utopique, autant l'eupéanisation de ce droit est, elle, un phénomène qu'il importe de relever — cela valant, il faut le répéter, sous l'angle qualitatif et sous l'angle quantitatif dès lors que les institutions de l'Union jouent autant le rôle de sources matérielles que celui de sources formelles ; la rédaction de nombreux livres verts encourageant les réflexions communes en témoigne —<sup>2</sup>.

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 Europe »<sup>3</sup>. Le droit de la communication par internet est un droit qui s'organise largement autour du « Léviathan communautaire »<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup> en est l'une des dernières et des plus pertinentes 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. Avec la directive précitée, est poursuivi ce but d'encouragement de l'octroi de licences valables simultanément dans plusieurs pays.

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 internetiques, « si un législateur doit intervenir, ce ne peut qu'être le législateur européen »<sup>6</sup>. Peut-être une même

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006, p. 48.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> L. AZOULAY, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 284 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 186).

<sup>5</sup> 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*.

<sup>6</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 397 ; également, C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, p. 4.



conclusion peut-elle être retenue à l'égard de l'intervention du juge<sup>1</sup>. Ce sont 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<sup>2</sup>. Ainsi l'un des objectifs de la directive européenne du 8 juin 2000 a-t-il été d'« assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> — ; le droit de la communication par internet n'a pu qu'à plus forte raison suivre ce mouvement<sup>5</sup>. Dès 1993, l'Union européenne prit conscience de l'importance de développer une « infrastructure paneuropéenne de l'information »<sup>6</sup> et la Commission publia un livre blanc intitulé « Croissance compétitivité, emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>e</sup> 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.

Du fait de la mobilisation et de l'orientation 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. Nées en 1995, les « autoroutes de l'information »<sup>7</sup> 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. 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<sup>8</sup>. 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

---

<sup>1</sup> J. PASSA, « Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur internet », *RLDI* 2010, n° 63.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1643.

<sup>5</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 345.

<sup>6</sup> K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL et alii, *Droit du cyberspace*, Thémis (Montréal), 1997, p. 45.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 346.

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 réglementaire uniforme sur la protection des droits de propriété intellectuelle et de la vie privée. Ce rapport, déposé peu avant le sommet de Corfou des 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>.

Plus fortement encore, les textes à portée normative des années 2000, spécialement les célèbres directives qui constellent le droit des communications électroniques<sup>4</sup>, achèvent de

---

<sup>1</sup> Ce livre vert 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 (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1632).

<sup>2</sup> Cf. F. MEURIS, « Le centre européen de lutte contre la cybercriminalité : la réponse européenne au développement d'une criminalité nouvelle », *Comm. com. électr.* 2012, alerte 53.

<sup>3</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1561.

<sup>4</sup> 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. n° 2014/26/UE, 26 févr. 2014, *Concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et*

convaincre du fait que, si l'Union européenne a un rôle 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<sup>1</sup>. Et, si son domaine de prédilection est le droit économique, il est jusqu'à certains droits et libertés fondamentaux que l'Union européenne a cherché à forger — quelques-uns pouvant d'ailleurs interférer dans la régulation économique —. Ainsi le Parlement européen a-t-il pu reconnaître un droit fondamental inédit à l'époque : la liberté d'accéder à l'internet<sup>2</sup>.

À l'heure actuelle, il ne paraît guère possible de ne pas penser comme le Conseil d'État que « les internautes européens doivent se voir appliquer en priorité des règles européennes. L'Union européenne constitue, en opportunité, le niveau pertinent d'action »<sup>3</sup>. Pour autant, le processus d'europeanisation du droit de la communication par internet est peut-être loin d'être achevé ; il est en cours, même si de nombreux pas importants ont déjà été franchis.

## **B. L'inaboutissement du processus d'europeanisation du droit de la communication par internet**

Le droit façonné par les sources relevant de l'Union européenne ne saurait être parfaitement pertinent et efficace. Ces sources sont contraintes de faire face à diverses pierres d'achoppement (3), au nombre desquelles figurent, en particulier, l'existence inévitable de tensions entre États membres (1) et la lenteur excessive de la transposition de beaucoup de directives (2).

### **1. Les tensions entre États membres au sein de l'Union européenne**

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 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

---

*l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.*

<sup>1</sup> 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 ».

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 334.

propres vues. 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<sup>1</sup> l'essentiel des dispositions consacrées par la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978<sup>2</sup>. En matière de réglementation des activités internetiques 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.

Par ailleurs, 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<sup>3</sup>. En ces matières, toute réglementation se heurte à des coalitions d'intérêts nationaux divergentes, rendant impossible tout accord sur des règles européennes communes<sup>4</sup>. Or l'internet et la communication par internet s'inscrivent davantage parmi les problématiques dont on accepte aisément de les voir encadrées par des normes établies par les instances de l'Union européenne que parmi les problématiques que les États rechignent à abandonner à des organes supérieurs leur imposant la marche à suivre, cela même si, de plus en plus, des commentateurs politiques posent la question d'une « souveraineté numérique » — il s'agit davantage d'une métaphore que d'un concept à portée politique et juridique —. Cela est bien sûr 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<sup>5</sup>.

Une autre difficulté, loin d'être anecdotique eu égard à l'importance des directives comme source de droit, réside dans la lenteur parfois excessive de leur transposition.

## **2. Les transpositions parfois chaotiques des directives de l'Union européenne**

Une 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 d'élaboration dudit droit au niveau européen. Ce problème se matérialise en particulier avec la France qui, dans un classement récent relatif à la rapidité de

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> L. n° 78-17, 6 janv. 1978, *Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

<sup>3</sup> F. SCHARPF, « La diversité légitime : nouveau défi de l'intégration européenne », *RF sc. pol.* 2002, p. 615.

<sup>4</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Larcier (Bruxelles), coll. Petites fugues, 2014, p. 363.

<sup>5</sup> S. SAURUGGER, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 14.

transposition des directives par les États membres, apparaît au 21<sup>e</sup> rang<sup>1</sup>, situation dont la responsabilité n'incombe toutefois pas uniquement au législateur, certaines directives devant être transposées en droit français au moyen d'actes réglementaires<sup>2</sup>. Dans le domaine de la communication par internet, la France tarda d'abord à transposer la directive du 8 juin 2000<sup>3</sup> et celle du 12 juillet 2002<sup>4</sup>, ce qui lui valut d'être menacée par la Commission européenne de l'introduction d'une procédure en manquement. Ces transpositions furent finalement opérées à l'occasion de la loi du 21 juin 2004<sup>5</sup>. Par ailleurs, la France mit si longtemps à transposer complètement la directive du 22 mai 2001<sup>6</sup> que, lorsqu'elle y fut irrémédiablement contrainte suite à sa condamnation par la Cour de justice des communautés européennes<sup>7</sup>, 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<sup>8</sup>.

Certaines explications à la lenteur du travail des institutions françaises sont à rechercher au sein du « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires » élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement. Amenant à contredire qui retient que le Parlement transpose les directives « comme [une] machine »<sup>9</sup>, 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 »<sup>10</sup>. 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 »<sup>11</sup>. En

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 382.

<sup>2</sup> 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*).

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> 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*.

<sup>5</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-59/04, *Commission c/ République française*.

<sup>8</sup> L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Cf. A. BENSAMOUN, « La loi du 1<sup>er</sup> août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.* 2007, p. 328 s.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 5.

<sup>11</sup> *Ibid.* Est, en outre, précisé que « l'élaboration du droit communautaire requiert une discipline comparable de la part de 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

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<sup>1</sup>.

Quelques autres problématiques malmenant la production européenne du droit de la communication par internet méritent enfin d'être relevées.

### **3. Les autres limites des interventions des instances de l'Union européenne**

Peut encore être signalé le fait qu'il n'y a pas au niveau européen, en l'état, 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 l'Union dispose de la compétence et des institutions pour assurer la fonction de création du droit ; en revanche, elle ne peut appliquer elle-même ce droit que de manière très partielle<sup>2</sup>. 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 ou les contradictions. En outre, comme le relève le Conseil économique, social et environnemental, 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<sup>3</sup>. Ainsi, « l'Union européenne est handicapée par un manque de stratégie politique »<sup>4</sup>. Matériellement, il est également devenu courant de critiquer la trop grande place laissée, au sein des instances européennes, au lobbying, aux pressions en tous genres<sup>5</sup>.

Mais la principale pierre d'achoppement sur le chemin du droit de l'Union européenne reste son caractère régional et territorialisé, quand l'internet est un outil naturellement mondial. Partant, 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

---

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).

<sup>1</sup> 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 ».

<sup>2</sup> J. ZILLER, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RF adm. publ.* 2004, n° 109, p. 21.

<sup>3</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 36.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>5</sup> 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.

l'individu dans la révolution numérique » ont pu estimer, au sein d'une déclaration commune, que l'avenir réside dans l'élaboration d'instruments internationaux, allant au-delà du cadre européen qui, en définitive, n'est 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 »<sup>1</sup>. Enfin, ce sentiment est renforcé par le fait que l'Union européenne, sorte de méga-État ou d'États-Unis d'Europe, participe activement à toutes les négociations internationales et cherche à y être la plus influente possible. Il reste donc beaucoup de chemin à parcourir avant que les représentants des États membres de l'Union européenne déclarent, comme les délégués des jeunes États d'Amérique du nord réunis lors de la Convention de Philadelphie, en 1787, parmi les premières lignes de ce qui allait devenir la Constitution des États-Unis d'Amérique, que le but est de créer « l'union la plus parfaite » (« the Most Perfect Union »).

Dans une résolution portant sur la « délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres », la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen le soulignait : 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 »<sup>2</sup>. Peut-être en raison de ce besoin d'adaptation, le succès du droit originaire de l'Union européenne est notamment à rattacher aux efforts entrepris par les institutions de l'Union afin d'accompagner l'établissement des normes par une légistique efficace et légitime. Aussi les observateurs en viennent-ils à relever l'existence d'une véritable « doctrine de l'Union européenne en matière de gouvernance »<sup>3</sup> 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 régler le développement numérique, une normativité plus réactive et plus souple que celle de l'État et une efficacité technique avérée »<sup>4</sup>. Ces efforts afin de légitimer la production normative au niveau de l'Union européenne sont d'autant plus nécessaires et bienvenus que, comme le remarque un professeur, la principale limite de l'Union est que « ce n'est qu'un objet institutionnel qui par nature peine à susciter l'adhésion des populations »<sup>5</sup>. De jeunes chercheurs montrent que l'Union européenne est un « laboratoire du droit global » où de

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 310.

<sup>2</sup> PE, résolution n° 2001/2002, 16 mai 2002, *Sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres*.

<sup>3</sup> Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 247 s. En ce sens, également, M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s.

<sup>4</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 342.

<sup>5</sup> D. BLANC, « Crises institutionnelles (France-Europe) », cycle de conférences 2012 des midis du CERTAP, [en ligne] <plus.franceculture.fr>, 27 févr. 2012.

nouvelles formes de « gouvernance » et de dispositifs normatifs sont testées<sup>1</sup> ; 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 »<sup>2</sup>. Cela se vérifie de manière tout à fait remarquable dans la branche du droit originale et neuve qu'est le droit de la communication par internet ; il faut s'attarder quelques instants sur ce point.

---

<sup>1</sup> D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 251 s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 273.





## Section 2

### **L'affinité entre l'Union européenne et l'édiction d'un droit supranational**

*La section qui débute est la dernière d'un titre consacré aux sources publiques externes du droit de la communication par internet. Tout au long de ce titre, il s'est agi d'étudier les moyens qu'ont mis en œuvre et que continuent à mettre en œuvre ces sources supraétatiques dans le but de publiciser autant que possible le droit de la communication par internet et, plus spécialement, le droit du contenu de la communication par internet. Ainsi l'enjeu premier était-il 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 dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources publiques externes du droit ? Tout d'abord, a été insisté sur l'intimité problématique qui relie ces sources au droit de la communication par internet dès lors que les activités internetiques se développent souvent de façon transnationale et à l'échelle de la planète. Ensuite, a été expliqué le caractère utopique de l'intention de construire le droit de la communication par internet principalement dans l'antre de quelques organisations internationales. En effet, des pierres d'achoppement structurelles, idéologiques, culturelles et, surtout, politiques empêchent de produire des régimes juridiques précis, complets et efficaces applicables partout sur la planète. Puis, ont été envisagées les sources européennes de la branche du droit en cause. A alors pu être souligné le caractère approfondi, bien qu'inabouti, du processus d'eupéanisation du droit de la communication par internet. Il reste à étudier plus en détails, à travers la présente section, les modalités de l'élaboration de ce droit dans le cadre de l'Union européenne, lesquelles permettent peut-être de comprendre les relatives efficacité et pertinence des interventions normatives des sources européennes. Le particularisme desdites modalités rendrait leur examen particulièrement digne d'intérêt. Pourra ensuite être quittée la recherche relative aux sources publiques externes et entamée la recherche propre aux sources publiques internes (i.e. étatiques) du droit de la communication par internet.*

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).

## A. L'attention de l'Union européenne à la légistique

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, celui-ci « appelle une intervention réglementaire légère, suffisante cependant pour que son potentiel en termes de création d'entreprises et d'emplois soit pleinement encouragé ». C'est là une approche quantitative de la production du droit. Mais l'Union européenne doit surtout la prospérité des normes qu'elle produit à *une savante approche qualitative*<sup>1</sup>. Le droit de l'Union est particulier déjà en raison du fait que, plus que tout autre ordonnancement juridique, il octroie une place très importante aux normes secondaires au sens de 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. Les États se trouvent de la sorte soumis à un important corpus normatif procédural issu des sources européennes, y compris en matière d'édition du droit de la communication par internet. 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*<sup>2</sup>.

Mais 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 »<sup>3</sup>, tandis qu'on fait de ce droit 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 »<sup>4</sup>.

Cette attention de l'Union européenne envers la légistique se matérialise donc par la construction d'un droit « en réseau » plus que « pyramidal » (1). 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 (2), à travers la quête d'un droit flexible et souple (3), à travers le recours à l'évaluation (4), ainsi qu'à travers quelques autres éléments remarquables (5).

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 107. En ce sens, également, M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 s. ; D. DOGOT, A. VAN WAEBENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 251 s.

<sup>4</sup> 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.

## 1. Un droit et une fabrique du droit « en réseau »

L'« identité organisationnelle » de l'Union européenne apparaît en particulier 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 ». Recherchant « la conjugaison des stratégies d'intégration et de coopération »<sup>1</sup>, l'Union utilise des outils à tendance « réseautique »<sup>2</sup> qui conduisent la doctrine à évoquer un étonnant « jeu des compétences exclusives / partagées / concurrentes / retenues / réservées / impliquées »<sup>3</sup>. Et un commentateur de noter que la directive — instrument privilégié du droit européen par excellence — repose sur une association coopérative de première importance<sup>4</sup>. Tout cela joue en sa faveur quant à l'élaboration du droit de la communication par internet. A déjà été mise en exergue l'intimité problématique entre « droit du réseau » et « droit en réseau »<sup>5</sup> — paradigme qu'il faudrait comprendre comme équivalent de l'idée de « gouvernance »<sup>6</sup> —. Dès lors, l'Union européenne serait capable de réguler les communications par internet mieux que toute autre organisation 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 globalisé tel que devrait l'être le droit de la communication par internet.

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 l'activité législative dans des rapports annuels intitulés « Mieux légiférer » ou « Smart Regulation » (« régulation/réglementation intelligente »)<sup>7</sup>. En ce sens, est particulièrement instructif le livre blanc que la Commission européenne a consacré en juillet 2001 à la « Gouvernance européenne » — qui a fait entrer le terme « gouvernance » dans le

<sup>1</sup> 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 : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, th., Université de Rennes I, 2004, p. 443).

<sup>2</sup> 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*, 3<sup>e</sup> éd., Puf, 2001, p. 127 (cité par 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. 443)).

<sup>3</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Puf, 2001, p. 131 (cité par 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. 443)).

<sup>4</sup> 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. 26.

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, *Repenser la pyramide à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, *passim*.

<sup>6</sup> Cf., en particulier, N. SCANDAMIS, *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruylant (Bruxelles), 2009 ; Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 247 s.

<sup>7</sup> C. BROUARD-GALLET, « Les mutations de la norme et le renouvellement des sources du droit : questions pratiques de légistique », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 67.

vocabulaire politique<sup>1</sup> — en ce qu'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 »<sup>2</sup>. Chaque page dudit livre blanc, fondé, selon ses propres termes, sur une « conception procédurale de la rationalité », semble pétrie d'une philosophie savamment organisée autour des idées de « consultation, partenariat et réseau »<sup>3</sup>. Entre autres, la Commission propose d'appliquer une « approche qui parte davantage de la base que du sommet »<sup>4</sup>, 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 »<sup>5</sup>. Et le texte de préciser, en outre, que l'outil réglementaire doit évoluer fortement et que, à côté des classiques directives, doivent apparaître les recommandations et l'« autorégulation dans un cadre convenu en commun »<sup>6</sup> ; tandis qu'est aussi évoquée la « corégulation [qui] associe mesures contraignantes et mesures prises par les acteurs »<sup>7</sup>. 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 »<sup>8</sup>. La Commission a notamment eu l'occasion de confirmer ces éléments 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<sup>9</sup>, dont les mots d'ordre sont « ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence »<sup>10</sup>.

Cela, spécialement dans le cadre de la « gouvernance européenne », a vocation à favoriser l'amélioration de la qualité des normes.

## 2. Une « gouvernance » au profit d'une haute qualité des normes

La Commission définit la « gouvernance européenne », dans son livre blanc sur la question, comme 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

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 338.

<sup>2</sup> 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. 32.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>4</sup> Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 4.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>9</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 49.

<sup>10</sup> Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 12.

l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence »<sup>1</sup> ; cela avant d'ajouter que « l'application de ces cinq principes renforce ceux de proportionnalité et de subsidiarité »<sup>2</sup>. Et la « bonne gouvernance » d'être entendue comme la « gouvernance » qui repose précisément sur la mise en œuvre de ces principes<sup>3</sup>. L'extrait suivant d'une communication de la Commission sur le thème « gouvernance et développement », datée d'octobre 2003, est également 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 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.*

Une « mesure fondamentale de la qualité et de la performance » d'un système de gouvernement (au sens matériel), une « mesure de base de la stabilité et des acquis de toute société » : la « gouvernance » est ici 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 institutionnels internationaux 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<sup>4</sup>. Comme le note un commentateur, « 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* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *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.

<sup>2</sup> Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> J. ZILLER, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RF adm. publ.* 2004, n° 109, 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.*).

L'attention portée aux procédures juridiques vise l'application du droit et le contentieux, certains principes se trouvant affectés par une « complexité congénitale » typique de la postmodernité juridique<sup>1</sup>, tout particulièrement la coopération juridictionnelle et le mécanisme des questions préjudicielles qui fait de la CJUE le collaborateur direct des juges nationaux<sup>2</sup>. Plus encore, elle se rapporte à la création des normes, donc aux sources du droit. Elle aboutit à la consécration de ce que certains appellent la « gouvernance multi-acteurs »<sup>3</sup>, ensemble de modalités souples et ouvertes de confection des normes, dont les buts poursuivis sont la légitimité et l'efficacité — ce qui, en définitive, revient au même —, qui ne ressemblent que peu aux procédures étatiques et dont il est tentant de dire que les États devraient largement s'en inspirer — en matière de production du droit de la communication par internet en tout cas —. Peut-être influencée par l'objet initialement et aujourd'hui encore principalement économique de l'Union<sup>4</sup>, cette « gouvernance » va de pair avec ou, plutôt, est le résultat d'un haut niveau d'exigence quant à la qualité des normes, niveau qui ne connaîtrait pas d'équivalent parmi les États<sup>5</sup>. 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.

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, 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 »<sup>6</sup>. De nombreux

---

<sup>1</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Puf, 2001, p. 474 (cité par 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. 445)). L'auteur explique que cette « complexité congénitale » provient du « hiatus logique entre les rapports d'ordres normatifs structurés hiérarchisés et les rapports d'ordres juridictionnels, articulés selon un principe de partage coordonné » (*ibid.* (cité par 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. 445)).

<sup>2</sup> Toutefois, la CJUE ne se substitue pas aux juges nationaux puisqu'elle rend des « décisions abstraites [leur] laissant le soin d'en tirer les conséquences dans le litige » (J.-C. GAUTRON, *Droit européen*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Mémento, 1995, p. 139 (cité par 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. 26)).

<sup>3</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 35.

<sup>4</sup> B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudouin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 53.

<sup>5</sup> Cf. R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 177 s.

<sup>6</sup> 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.

éléments pourraient, en la matière, être relevés. 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<sup>1</sup>. De plus, des auteurs saluent la clarté et la simplicité rédactionnelle de ces textes<sup>2</sup>. 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 ». Par ailleurs, 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<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>.

Mais cette « gouvernance » implique, tout d'abord, le recours à une dose élevée de flexibilité et de souplesse.

### **3. Une recherche de flexibilité et de souplesse des normes**

La directive est, aujourd'hui, l'instrument privilégié d'intervention des autorités de l'Union européenne dans l'encadrement normatif des activités de l'internet. Or il est significatif que ces directives sont souvent adoptées dans des temps record et s'accompagnent de délais de transposition particulièrement brefs (pour des directives, soit souvent dix-huit mois au lieu de trois ans habituellement). Cette relative célérité est une réponse fort opportune à l'aspect temporel de l' « impasse des échelles » qui rend l'édiction du droit de la communication par internet périlleuse<sup>5</sup>. En effet, avec l'internet, le « temps du droit »<sup>6</sup> connaît une mutation

---

<sup>1</sup> Néanmoins, peut être observé que, si, pour optimiser la diffusion de l'information et faire des économies, le journal officiel de l'Union européenne est diffusé par voie électronique depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013 et si cette version digitale, publiée dans les langues officielles de l'Union, fait foi dans les procédures, la France, en comparaison, offre depuis 2004 une version numérique du journal officiel national sans qu'il soit nécessaire de faire valoir la version imprimée dans les procédures.

<sup>2</sup> R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 192.

<sup>3</sup> Cf. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4700-4703.

<sup>4</sup> CJCE, 23 nov. 1977, aff. 38/77, *ENKA*.

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>6</sup> Réf. à F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.



profonde, si ce n'est une révolution, que l'internet soit considéré comme objet à régir ou comme moyen pour régir d'autres objets<sup>1</sup>. Comme l'écrit un auteur, l'internet et les activités qu'il permet requièrent des « modes de production du droit fondés sur les caractéristiques de l'internet qui impliquent une norme quasi instantanée et largement harmonisée »<sup>2</sup>. Le problème de l'harmonisation renvoie à l'aspect spatial de l'« impasse des échelles »<sup>3</sup>, auquel l'Union européenne ne peut, par nature, que répondre un peu mieux que les États<sup>4</sup>, quand le problème de l'instantanéité renvoie à son aspect temporel ; quant à ce dernier, les efforts des institutions de l'Union sont significatifs et, parfois — mais seulement parfois —, suffisants. La lenteur du processus législatif européen a souvent été dénoncée, *a fortiori* dans les cas où est exigée une transposition par les États membres. L'Union européenne s'efforce d'améliorer cette situation en instituant diverses procédures 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<sup>5</sup>. Si « une législation doit demeurer pertinente dans le temps »<sup>6</sup>, cela ne peut qu'être permis par une adaptation constante, par des révisions multiples, ce qui, par ailleurs, met gravement en péril 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 »<sup>7</sup>.

La « flexibilité » est ainsi au cœur des procédés d'élaboration du droit de la communication par internet de l'Union européenne et peut-être faut-il s'en féliciter, loin de gronder avec Guy Carcassonne : « *Exeunt* immutabilité et permanence ! »<sup>8</sup>. Pour fondées que soient les critiques adressées au terme de « flexibilité » dans le domaine juridique<sup>9</sup>, il a le mérite à la fois de marquer le lien avec certaines préoccupations dominantes aujourd'hui dans le

<sup>1</sup> Cf., tout spécialement, P. FLEURY-LE GROS, dir., *Le temps et le droit*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010.

<sup>2</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 143.

<sup>3</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s.

<sup>4</sup> Sur ce point, par exemple, R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 131.

<sup>5</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 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 1998 », et précisait que, si le secteur financier n'appliquait pas volontairement les exigences, « la Commission serait amenée à proposer une directive ».

<sup>6</sup> T. R. FENOULET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *LPA* 21 févr. 2002, p. 12.

<sup>7</sup> 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 cyberspace », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 133.

<sup>8</sup> G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cah. Cons. const.* 1999, n° 7, p. 95.

<sup>9</sup> Par exemple, G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social* 1985, p. 810 s.

champ social, en économie ou en politique, et de souligner par là les nécessités actuelles de souplesse et d'adaptation du système juridique face aux multiples évolutions technologiques 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, dans son *Flexible droit*, que, « sa rigueur, [ce droit] ne l'avait que par affection ou par imposture »<sup>1</sup> ; cependant, le regard posé sur le droit de la communication par internet originaire de l'Union européenne amène à relever que la tendance est à la flexibilisation, à l'abandon du droit par trop rigide qui met longtemps à naître et dont l'espérance de vie est élevée. Et on souligne que « la régulation étatique est plus adaptée à une “guerre de positions” qu'à une moderne “guerre de mouvement” »<sup>2</sup>.

L'Union européenne abandonne de plus en plus ses structures de prise de décision jugées lourdes et inadaptées et les remplace par des procédés simplifiés<sup>3</sup>. Privilégiant la technique de la recommandation tout en prévoyant des mécanismes de révision à court terme lui permettant de faire planer la menace 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<sup>4</sup>.

Et la souplesse s'accompagne d'un développement important de l'évaluation, 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 des instruments utiles afin d'établir les nouvelles normes les plus légitimes et efficaces<sup>5</sup>.

#### **4. Une utilisation de l'évaluation *a priori* et *a posteriori* des normes**

Au-delà du secteur de la communication par internet, le recours aux indicateurs et aux méthodes du « *benchmarking* » est courant<sup>6</sup> ; 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

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 19.

<sup>2</sup> A. CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Dr. et société* 1989, p. 425.

<sup>3</sup> D. DOGOT, A. VAN WAHEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 253.

<sup>4</sup> 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 cyberspace », in G. CHATILLON, dir., *Le droit international de l'internet*, Bruylant (Bruxelles), 2002, p. 133.

<sup>5</sup> En ce sens, R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 177 s.

<sup>6</sup> J. PITSEYS, « La méthode ouverte de coordination au cœur de la gouvernance européenne », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2005, p. 13 s.

central de la régulation. La MOC est définie comme une « régulation par objectifs avec critères d'évaluation servant à identifier les meilleures pratiques »<sup>1</sup> ; 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 »<sup>2</sup>. 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 internet, apparaît nécessaire ; or elle touche les sources européennes bien plus profondément que les sources étatiques et que les sources internationales<sup>3</sup>. Pour ne prendre que quelques exemples, les directives « commerce électronique » de 2000<sup>4</sup> et « DADVSI » de 2001<sup>5</sup> confiaient à la Commission européenne le soin d'établir régulièrement des rapports relatifs à leurs applications, tandis que la directive de 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle disposait 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 »<sup>6</sup>. 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.

Enfin, quelques dernières spécificités de la légistique européenne méritent d'être ici soulignées.

---

<sup>1</sup> D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 261.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Peut toutefois être remarqué que, en droit international, il existe un moyen de ne pas renoncer à adopter un instrument de portée générale tout en se laissant la possibilité de le compléter, éventuellement selon une procédure allégée, lorsque les conditions seront réunies. Il consiste à adopter une convention cadre ayant vocation à être complétée par un ou plusieurs protocoles. Dans le domaine de l'internet, cette stratégie a été utilisée dans le cadre du Conseil de l'Europe : la Convention sur la cybercriminalité a été complétée, le 28 janvier 2003, par un Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Mais, en réalité, l'article 46 de cette convention prévoit simplement que les parties se concertent périodiquement, notamment en vue d'examiner l'opportunité éventuelle de la compléter.

<sup>4</sup> 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. Selon cette disposition, 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).

<sup>5</sup> 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. La périodicité des rapports est ici de trois ans.

<sup>6</sup> PE et Cons. CE, dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, *Relative au respect des droits de la propriété intellectuelle*, art. 18.

## **5. Une variété d'éléments remarquables dans la légistique européenne**

Le droit originaire de l'Union européenne se caractérise encore par des mécanismes innovants de contrôle et de sanction. 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 l'internet et la communication par internet<sup>1</sup>. Elle 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<sup>2</sup>. Le contrôle et la sanction sont ainsi moins axés sur l'interdiction, la discipline et la contrainte, et davantage sur l'incitation, l'influence et la négociation<sup>3</sup>. C'est là le témoignage de l'aspiration de l'Union européenne à consacrer sa propre « doctrine de la gouvernance »<sup>4</sup>. Et il faut observer que « 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 »<sup>5</sup>. Les livres verts sont ainsi utilisés par la Cour de justice de l'Union européenne pratiquement comme s'il s'agissait de « droit dur » à la portée normative réelle.

Doit enfin être relevé que la mise en place de l'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 », et qu'elle aurait pour tâche notamment de « faciliter la coopération entre la Commission et les États membres dans l'élaboration de

---

<sup>1</sup> D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 272. Les auteurs parlent d' « éclatement et externalisation du contrôle [qui] modifient le paradigme du contrôle politique et juridictionnel du droit » (*ibid.*). Ils évoquent également une « déjudiciarisation » (*ibid.*, p. 270).

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 268. Ces observateurs notent 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.

<sup>3</sup> Quant aux sanctions, elles reposent régulièrement sur la figure du « mauvais élève de la classe » véhiculée par les publications de classements : *naming, blaming, shaming*.

<sup>4</sup> Th. GEORGOPOULOS, A. PRAT, « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 247.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 119.

méthodologies communes destinées à prévenir les problèmes de sécurité des réseaux et de l'information, à les gérer et à y faire face »<sup>1</sup>. Cela aussi participe d'une légistique très spécifique et inhabituelle.

Et l'institution d'un nombre toujours croissant de règles techniques — qu'il est tentant d'opposer aux « règles politiques » — elle-aussi est symptomatique de ce phénomène<sup>2</sup>. Il est vrai que la régulation de l'internet exige en priorité l'affirmation de telles normes, mais celles-ci se retrouvent tout particulièrement parmi le droit originaire de l'Union européenne. En droit de l'Union européenne, il existe une véritable constellation 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, la gestion, l'exécution ou la régulation en vue de porter main forte à l'exécutif communautaire, spécialement dès que les questions deviennent plus techniques<sup>3</sup>. 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))<sup>4</sup>. Ensuite, les entreprises sont incitées à respecter ces normes et à labelliser leurs produits, car cela crée une présomption de conformité aux exigences essentielles.

Cependant, ces divers éléments restent significatifs mais non décisifs dans l'affirmation d'une légistique ou gouvernance « postmoderne » ; ce qui achève de convaincre du fait que la façon qu'a l'Union européenne de produire les normes dans le domaine de la communication par internet est tout à fait spéciale, tout à fait novatrice, est l'importance accordée à l'ouverture et à la participation de la société civile — comprise au sens large, soit comme incluant des acteurs marchands comme des acteurs non marchands —.

---

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> A. PENNEAU, « Règles de l'art et normes techniques », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1330.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Cf. F. GAMBELLI, *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne*, Eyrolles, 1994 ; 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 », in E. BROSSET, É. TRUILHÉ-MARENGO, dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, 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<sup>1</sup>. 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 : « La Commission européenne évolue de la figure d'arbitre à celle de chef d'orchestre »<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, si le Conseil d'État a consacré son rapport public pour l'année 2011 à la problématique « Consulter autrement, participer effectivement »<sup>4</sup> et si la loi semble évoluer en ce sens<sup>5</sup>, est-ce toutefois au niveau de l'Union européenne que cela s'exprimerait de la manière la plus significative<sup>6</sup>.

Les sources européennes sont peut-être plus que toutes autres favorables à l'autorégulation et à la corégulation (1) ; mais, dans ces cadres, ce sont des sources privées qui sont formellement à l'origine des normes. En tant que sources formelles, les sources européennes se montrent à l'écoute des acteurs intéressés (2), spécialement en recourant aux livres verts et livres blancs de la Commission (3). Un régime juridique précis encadre les consultations afin de préserver les organes européens d'une excessive influence des lobbies (4) et l'Union européenne pourrait être désignée en tant que terre d'élection de la démocratie participative. 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* (5), 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 rédigeaient et voteraient

---

<sup>1</sup> 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 ».

<sup>2</sup> D. DOGOT, A. VAN WAEBENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 265.

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, 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.

<sup>4</sup> EDCE 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*.

<sup>5</sup> Notamment, L. n° 2011-525, 17 mai 2011, *De simplification et d'amélioration de la qualité du droit*.

<sup>6</sup> En ce sens, 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. 276. À noter que cela se retrouve au niveau interaméricain puisque la « Charte démocratique interaméricaine », adoptée le 11 septembre 2001, souligne l'importance de la « participation » citoyenne. Ainsi, selon son article 2, « l'exercice effectif de la démocratie représentative constitue le fondement de l'État de droit ». Quant à l'article 6, il prévoit que « la participation des citoyens à la prise de décisions concernant leur propre développement est un droit et une responsabilité ».

des lois portant sur des objets dont ils saisiraient très approximativement les possibilités et les enjeux technologiques.

## 1. 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 consacrerait par la suite »<sup>1</sup>. L'Union est ainsi friande de la corégulation, définie 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 »<sup>2</sup>, et de l'autorégulation, 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 »<sup>3</sup>.

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 décisions pertinentes, cela tout particulièrement dans le domaine de l'internet et de la communication par internet<sup>4</sup>. Le Conseil économique, social et environnemental le met en exergue : « L'Union européenne a toujours promu le rôle central du secteur privé dans la gestion de l'internet »<sup>5</sup> ; et les ouvrages spécialisés soulignent eux-aussi que « la plupart des domaines abordés par les textes européens font l'objet de dispositions promouvant clairement l'autorégulation »<sup>6</sup>. Les directives régissant le domaine insistent sur la nécessité de l'élaboration de codes de conduite par les acteurs concernés. 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<sup>7</sup>, tout comme celui de

<sup>1</sup> É. COHEN, *Le nouvel âge du capitalisme*, Fayard, 2005, p. 364 (cité par M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *Arch. phil. droit* 2005, p. 242). Également, H. KORTENBERG, « Comitologie : le retour », *RTD eur.* 1998, p. 317 s.

<sup>2</sup> R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 191.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> En ce sens, C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, p. 28 ; 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. 276.

<sup>5</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 35.

<sup>6</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4708.

<sup>7</sup> 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*.

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<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>. 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 preuve de leur utilité »<sup>3</sup>. Peut-être l'expérience à laquelle il est fait référence est-elle déjà celle du droit de la communication par internet. Enfin, est une excellente illustration l'accord européen ayant pour objectif de favoriser un usage protégé du web 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 été rendu possible grâce aux travaux d'un groupe, le Social Networking Task Force, établi par la Commission en avril 2008 et réunissant des services du web, des ONG et des chercheurs<sup>4</sup>.

Dans ces différents cas, les sources européennes ne produisent pas de normes ; ce sont les sources privées qui le font. 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. 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 comprennent des consultations et autres avis censés permettre d'améliorer la qualité substantielle de ces normes — ce qui est un défi d'autant plus remarquable que l' « identité postnationale » décrite par certains<sup>5</sup> est encore loin

---

<sup>1</sup> PE et Cons. CE, dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, *Relative au respect des droits de la propriété intellectuelle*.

<sup>2</sup> 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*. Il y a encore la directive sur le traitement des données personnelles de 1995, laquelle 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*).

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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



d'être devenue une réalité —. En ce sens, la directive « SMA » à l'instant citée ajoute 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 »<sup>1</sup>. Une abondante doctrine souligne la densité et l'originalité de cette « eurocratie »<sup>2</sup> — s'il est vrai que « le peuple est encore largement absent du droit de l'Union européenne »<sup>3</sup>, ce droit est cependant celui qui permet le plus aux destinataires des normes de participer à leur conception<sup>4</sup> —. Par exemple, on note qu'« il s'agit, contre toute logique strictement intergouvernementale, de favoriser le multipartenariat (secteur privé, société civile) »<sup>5</sup> ; ou bien on relève la multiplication des consultations et autres procédures d'échange, dans lesquelles intervient tout spécialement la Commission<sup>6</sup> ; encore, on fait des institutions européennes le meilleur exemple du « dialogue social » et de l'« échange d'expériences et d'informations »<sup>7</sup>. Le phénomène est tellement développé qu'il est parfois difficile de savoir qui joue le rôle de source formelle et qui joue le rôle de source matérielle ; 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 »<sup>8</sup>.

Si les Nations Unies se sont engagées dans une politique partenariale vis-à-vis des organisations non gouvernementales, si bien 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

---

virtuelle et citoyenneté participative – L'expérience du Forum permanent de la société civile », in J.-C. BOUAL, dir., *Vers une société civile européenne*, L'aube éditions, 1999, p. 145 s.

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> Réf. à B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, p. 73 s.

<sup>3</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 322.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, 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.

<sup>6</sup> A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *D.* 2011, p. 1773.

<sup>7</sup> A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation – Quelques observations critiques », *Dr. et société* 1997, p. 33. Également, S. ROBIN-OLIVIER, « Consultations, négociations, accords... : recherche sur les voies de développement du droit dans l'Union européenne », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM (Aix-en-Provence), 2007, p. 63 s.

<sup>8</sup> D. DOGOT, A. VAN WAHEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 257.

à ses actions des firmes multinationales, des syndicats et aussi des ONG<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>.

Comme le précise le livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001 — qui part du postulat, qui mériterait d'être discuté, selon lequel « la démocratie dépend de la capacité des citoyens de prendre part au débat public »<sup>4</sup> —, « les avis des personnes concernées ne sont pas une entrave à l'efficacité de la décision mais en sont un ingrédient indispensable »<sup>5</sup> et il est 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 »<sup>6</sup>. La Commission européenne propose de « renforcer la culture de la consultation et du dialogue »<sup>7</sup> et d'appliquer une « approche qui parte davantage de la base que du sommet »<sup>8</sup>, 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 »<sup>9</sup>. Profitant du déploiement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, l'institution bruxelloise entend offrir à la société civile un « canal structuré pour ses réactions, ses critiques et ses protestations »<sup>10</sup>. 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. Elle espère par là « créer un espace de débat transnational »<sup>11</sup>. Surtout, elle utilise abondamment la technique

---

<sup>1</sup> 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 ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 13 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 101 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 41.

<sup>2</sup> 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. 475.

<sup>3</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 15.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 14.

des « livres verts »<sup>1</sup>. Devant la conjoncture postmoderne qui lui est proposée, elle semble avoir saisi l'enjeu, à l'égard de l'efficacité du droit, de mieux relayer les aspirations, préoccupations et opinions des associations et des citoyens<sup>2</sup>. La Commission 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 »<sup>3</sup>. Le droit de l'Union européenne est ainsi quasiment par principe établi suite à une concertation avec la société civile, avec les parties prenantes, notamment via les nombreuses consultations organisées par la Commission lors de sa phase préparatoire à l'enclenchement ou à la réforme d'une politique. La société civile est perçue telle une « source de légitimité à exploiter »<sup>4</sup> et s'applique un « principe de proximité » qui n'est paradoxal qu'à première vue<sup>5</sup>. Partant, il n'est pas excessif de parler de véritable « culte du compromis »<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. Pour prendre un exemple précis, elle a, en matière de lutte contre la piraterie 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 »<sup>8</sup>. Aussi une plate-forme de discussion a-t-elle été mise sur pieds, offrant un cadre de discussion et de négociation au niveau européen. 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.

---

<sup>1</sup> Cf. D. DERO-BUGNY, « Le “livre vert” de la Commission européenne », *RTD eur.* 2005, p. 71 s. ; C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : Les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 s.

<sup>2</sup> Comm. UE, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », 25 juill. 2001, p. 20.

<sup>3</sup> R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 183.

<sup>4</sup> R. SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p. 300 (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. 477).

<sup>5</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 86.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>7</sup> R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 192.

<sup>8</sup> Cité par M. BRISSE, « Retransmission sportive et piratage en ligne : la nécessaire évolution du droit », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2008, p. 65. L'auteur qui 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 ».

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 »<sup>1</sup>. Font de même les réflexions menées autour d'une potentielle réforme de la directive « commerce électronique » de 2000<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

Ensuite, est tout spécialement remarquable le recours régulier, par la Commission européenne, aux outils des livres verts et des livres blancs.

### **3. L'usage des livres verts et des livres blancs de la Commission européenne**

Une large gamme d'instruments permet les consultations et témoigne de la réalité de la « pratique que la Commission s'est engagée à appliquer et à développer le plus possible, selon laquelle, avant de formuler une proposition, elle consulte et se consulte avec les "intéressés" »<sup>5</sup> : les livres verts et blancs, les communications, les comités consultatifs, les observatoires, les 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<sup>6</sup>. La Commission européenne a notamment créé une plateforme internationale (le Global Internet Policy Observatory) qui associe États et ONG et qui entend être une « boîte à outils » aidant à identifier, évaluer et communiquer sur les développements technologiques et politiques de l'internet dans un cadre international et multi-acteurs.

---

<sup>1</sup> P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 117. 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.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> Th. VERBIEST et alii, « Study on the Liability of Internet Intermediaries », [en ligne] <ec.europa.eu>, novembre 2007 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 397).

<sup>4</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 397. L'auteur est cependant pessimiste quant à l'intérêt de cette consultation : « Le document de synthèse des réponses apportées se montre relativement décevant pour qui chercherait une solution claire à la question de l'avenir des prestataires techniques. Les réponses à la consultation montrent que la situation ne convient qu'à peu d'acteurs : une majorité souhaite, soit que le régime de responsabilité allégée soit étendu, soit qu'il soit restreint » (*ibid.*, p. 398). Et de parler d'une « insatisfaction partagée sur la base de motifs divergents » (*ibid.*).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Cf., notamment, P. MAGNETTE, *Le régime politique de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> éd., Presses de Sciences Po, 2009.

Il convient de tout spécialement distinguer les livres verts et les livres blancs et d'expliquer cette distinction, tant ce sont là les outils auxquels il est le plus fréquemment recouru au sein de l'Union, outils bien connus des spécialistes du droit de l'Union mais qui n'en sont pas moins très atypiques. 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. « Instrument de démocratisation et d'impulsion »<sup>1</sup>, un livre vert est un « document de réflexion publié par la Commission sur un domaine spécifique destiné aux parties concernées qui sont invitées à participer à un processus de consultation et à un débat sur le sujet en cours »<sup>2</sup> ; tandis qu'un livre blanc « présente des orientations précises pour l'action communautaire, sans chercher à clore le débat »<sup>3</sup>. « L'esprit des livres de la 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. En ce qui concerne les Livres blancs, ils interviennent 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 »<sup>4</sup>. 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 ce qui importe ici est que les objectifs qu'ils poursuivent sont « l'harmonisation consensuelle, la démocratisation des institutions et la construction dynamique »<sup>5</sup>. Un spécialiste

<sup>1</sup> D. DERO-BUGNY, « Le “livre vert” de la Commission européenne », *RTD eur.* 2005, p. 87.

<sup>2</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne », Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 75. Cf., également, D. DERO-BUGNY, « Le “livre vert” de la Commission européenne », *RTD eur.* 2005, p. 71 s. ; C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : Les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 s.

<sup>3</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « 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. 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 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.*).

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 79.

d'en conclure : « 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 »<sup>1</sup>. Et d'ajouter que, « en bref, 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 »<sup>2</sup>.

En outre, il est important 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.

#### **4. Le recours aux consultations encadré par des procédures anti-lobbying**

Des normes précises arrêtent les modalités du recours à la consultation et à la négociation<sup>3</sup>. Des consultations et des négociations sont même entreprises à ces fins. 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 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.

L'existence de telles normes est importante car le risque accompagnant mécaniquement cette grande ouverture est celui, déjà souvent dénoncé, d'une explosion du lobbying, c'est-à-dire d'une participation de la société civile aux processus d'édiction des normes n'allant pas dans le sens de la préservation de l'intérêt général<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. 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

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>3</sup> Cf., par exemple, L. DUTOIT, *Parlement européen et société civile – Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Publications de l'Université de Genève, 2009.

<sup>4</sup> Cf., sur ce point, M. CLAMEN, J. NONON, *L'Europe et ses couloirs : lobbying et lobbyistes*, Dunod, 1991.

<sup>5</sup> R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », 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. 184.

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 »<sup>1</sup>. C'est donc de manière fort nécessaire que l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 31 décembre 2003 prévoit que « la Commission doit s'assurer que l'intervention des opérateurs non institutionnels constitue une modalité satisfaisante de réalisation de l'intérêt général, offrant des solutions rapides et flexibles et n'affectant ni les principes de concurrence ni l'unicité du marché intérieur ». Et cet accord prend soin de rappeler que ces mécanismes 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. Et le Parlement européen et, plus récemment, la Commission ont mis en place des codes de conduite obligatoire que doivent accepter les entités demandant à être accréditées<sup>2</sup>, tandis que 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 »<sup>3</sup>. 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.

Par ailleurs, la production européenne du droit de la communication par internet se distingue 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.

---

<sup>1</sup> [en ligne] <afa-France.com>.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

## **5. Le concours abondant et important des avis d'experts**

Les organes de l'Union européenne disposent de réseaux de correspondants nationaux experts dans la plupart des domaines pouvant faire l'objet de politiques publiques<sup>1</sup> et en particulier dans le domaine des activités et des technologies internetiques. Est un bon exemple la branche du Comité européen de normalisation (CEN) spécialisée dans les technologies de l'information et de la communication, créée en 1997 et qui publie des recommandations dont l'influence est importante<sup>2</sup>. Peut également être cité le Réseau européen d'évaluation parlementaire de la technologie (EPTA), qui 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 les parlements des États européens ou des organisations internationales de la même région géographique 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<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation – Quelques observations critiques », *Dr. et société* 1997, p. 33.

<sup>2</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2009, p. 91.

<sup>3</sup> Cf., pour plus d'explications, [en ligne] <eptanetwork.org>.

<sup>4</sup> Auparavant, la Commission a possédé un commissaire en charge de l'industrie, des technologies de l'information, de la science et de la recherche (entre 1985 et 1988), un commissaire en charge de la science, de la recherche, du développement, des télécommunications et de l'innovation (entre 1990 et 1993), un commissaire en charge des affaires industrielles et de la politique de l'information (entre 1993 et 1995), un commissaire en charge des affaires industrielles et des technologies de l'information et des télécommunications (entre 1995 et 1999), un commissaire en charge des entreprises et de la société de l'information (entre 2000 et 2005) et, enfin, une Direction générale « Société de l'information et médias » (entre 2005 et 2010),

<sup>5</sup> Ce Groupe est composé de l'Institut d'évaluation technologique et d'analyse des systèmes, qui assure l'évaluation technologique pour le parlement allemand, du Comité sur les technologies danois, de l'Institut pour l'évaluation scientifique et technologique, qui assure l'évaluation technologique pour le parlement flamand, de l'Office parlementaire de la science et des technologies, qui est rattaché au parlement britannique, et enfin de l'Institut Rathenau, qui assure l'évaluation technologique pour le parlement des Pays-Bas.



Encore, il y a le « Groupe 29 » ou « G29 » (*i.e.* le groupe relevant de l'article 29 de la directive) créé par la directive de 1995 sur la protection des données personnelles, aux caractères consultatif et indépendant, composé de représentants des autorités de contrôle désignées par chacun des États membres et de représentants des institutions européennes<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Et Isabelle Falque-Pierrotin de préciser que le G29 collabore régulièrement et intensément avec les grands acteurs privés du secteur<sup>3</sup>, 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.

L'expert se comprend en tant que détenteur d'un savoir qui met ses connaissances et compétences au profit d'une autorité chargée de prendre une décision. Son rôle repose donc sur l'idée d'une expertise purement technique et extérieure à la prise de décision politique<sup>4</sup>. 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 il lui est attribué un rôle grandissant qui cache en réalité des responsabilités politiques<sup>5</sup>. Partant, le droit originaire de l'Union européenne participe de la « technicisation » ou « technocratisation » du droit ; c'est alors 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.

---

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> Cf. C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, p. 29.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 WAHEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 265). D'ailleurs, le Conseil d'État n'a-t-il pas reconnu que « l'expertise produit directement un ordre de normes et de règles juridique » (CE, 2 nov. 1973, *Librairie François Maspero*) ?

L'ordre juridique de l'Union se dirige progressivement vers la corégulation, notamment sous l'impulsion d'une forte volonté politique de la Commission de Bruxelles<sup>1</sup>. De par sa nature, il « assure l'interaction avec d'autres ordres juridiques, tant nationaux et internationaux que transnationaux, et facilite, en ce sens, un pluralisme juridique ordonné »<sup>2</sup>. 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. Conscient qu'une norme censée régir des activités internetiques connaît une efficacité peu ou prou proportionnelle à son étendue spatiale, le système de l'Union cherche à se rapprocher de l'UIT, de l'OMPI ou encore de l'OCDE, cela afin de faire valoir son modèle de société de l'information.

Tous ces éléments témoigneraient de l'entrée 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 »<sup>3</sup>. Seulement cette démocratie d'un nouveau type, fort palpable parmi les sources européennes du droit de la communication par internet — à l'égard desquelles la critique basée sur leur « déficit démocratique »<sup>4</sup> doit de plus en plus être relativisée —, se laisse-t-elle beaucoup moins aisément envisager à l'intérieur des sources étatiques du droit, lesquelles ne sauraient évidemment ne pas être étudiées au sein d'une thèse relative aux sources du droit. Les sources privées et les sources publiques externes du droit de la communication par internet à présent décrites, reste à s'intéresser aux sources publiques internes de ce droit, soit aux sources étatiques. Si les sources non étatiques présentent une certaine originalité relativement à la « taxinomie » ordinaire des sources, il en va également ainsi des sources étatiques, celles-ci revêtant quelques aspects spéciaux dès lors qu'elles se chargent d'édicter des normes applicables aux activités ou aux technologies internetiques.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *Arch. phil. droit* 2005, p. 16.

<sup>3</sup> G. TMSIT, « Normativité et régulation », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21. Également, S. ROBIN-OLIVIER, « Consultations, négociations, accords... : recherche sur les voies de développement du droit dans l'Union européenne », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, dir., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM (Aix-en-Provence), 2007, p. 63 s.

<sup>4</sup> 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. 87.



## 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 »<sup>1</sup>. Cette coopération internationale s'avère cependant très imparfaite ; on la décrit sous les traits d'un « étrange ballet sans chorégraphe »<sup>2</sup>. *In fine*, il ne serait donc que possible de s'accorder avec qui explique que « le meilleur arsenal législatif national ne permet pas de réguler l'internet sans une coopération interétatique impeccable, qui à ce jour ne présente ce caractère que rarement »<sup>3</sup>.

En raison de *la diversité des intérêts et des conceptions de l'office du droit défendus par les États*, il paraît 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. Si quelques auteurs observent une « unification du droit »<sup>4</sup>, celle-ci demeure, semble-t-il, très partielle et imparfaite — à tel point que d'aucuns évoquent la « défaillance » du système juridique international<sup>5</sup> — et, en 2014, le Conseil économique, social et environnemental pouvait convenir que « le cadre de la gouvernance internationale de l'internet reste à construire »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>, soit resté lettre morte et doive le rester encore longtemps.

---

<sup>1</sup> EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques* (cité par P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 348).

<sup>2</sup> J.-M. SOREL, « 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.

<sup>3</sup> 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. 56.

<sup>4</sup> 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., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 96 (l'auteur parle d'un « véritable droit uniforme au plan international » et d'un « véritable droit mondial »). Également, M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 21.

<sup>5</sup> B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 492.

<sup>6</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 5.

<sup>7</sup> 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*.

Ensuite, la situation des sources publiques externes du droit de la communication par internet est actuellement pour le moins contrastée : tandis que les sources internationales peinent à se développer et continueront peut-être longtemps à peiner à se développer — tant l'internet favorise au moins autant les « cyberguerres » que les « cyberpaix »<sup>1</sup>, tant il ne contribue pas moins au renouveau de la guerre froide qu'au réchauffement des relations diplomatiques à travers le monde<sup>2</sup> —, 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 »<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup> y serait développée avant tout sous l'action des sources privées.

Reste que la condition 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<sup>6</sup>. D'une part, l'étatisme prend le pas sur l'interétatisme et les aspirations à un droit mondial et à un État mondial devront peut-être encore longtemps demeurer déçues. Il n'existe ainsi guère de véritable « droit international du cyberspace »<sup>7</sup> et 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 »<sup>8</sup>. 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

---

<sup>1</sup> A. BIAD, « Cyberguerre et *lex specialis* : évolution ou révolution ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 253 s.

<sup>2</sup> Ph. ACHILLEAS, « Guerre froide numérique – Autour de la révision du règlement des télécommunications internationales », *RGDI publ.* 2013, p. 300 s.

<sup>3</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 1.

<sup>4</sup> 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. 50.

<sup>5</sup> Gh. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Gh. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 vents, 2012, p. 18.

<sup>6</sup> Par exemple, A.-Th. NORODOM, « 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.

<sup>7</sup> Ph. LAGRANGE, « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'Internet à un droit international du cyberspace ? », in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Pedone, 2013, p. 65 s.

<sup>8</sup> O. ITÉANU, « Internet et le droit », conférence Il était une fois Internet, [en ligne] <iletaitunefoisinternet.fr>, 2015.

échelles »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>.

Il n'est pas lieu, en cette thèse, de réfléchir aux évolutions légistiques à espérer afin de diminuer la réalité du pluralisme juridique en droit de la communication par internet. Néanmoins, il importe de souligner que, si de telles évolutions sont peut-être envisageables dans l'espace étatique, elles ne paraissent guère pouvoir l'être dans l'espace international, où les modes de production du droit ne semblent pas en mesure d'être améliorés tant les obstacles et les limites ontologiques sont grands. En d'autres termes, ce qui a été réalisé à l'échelle d'un continent (l'Europe) ne saurait l'être à l'échelle du monde. Les droits, les cultures juridiques et les systèmes juridiques se conjugueront peut-être toujours au pluriel ; ce serait faire œuvre vaine que de quêter les moyens d'établir un droit uniforme applicable partout sur la planète.

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. Seulement les sources étatiques, en particulier le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre, sont-elles bien connues des juristes. D'ailleurs, entre les sources étatiques dites « politiques » et les sources étatiques dites « non politiques » que sont les juridictions et les autorités spécialisées, une attention toute particulière sera accordée à ces dernières tant il semble qu'elles posent plus de questions nouvelles et qu'elles appellent moins de réponses évidentes.

---

<sup>1</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s.

<sup>2</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 22.



## Titre 2

# L'ORGANISATION CONTRARIÉE DES SOURCES PUBLIQUES INTERNES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*La présente thèse a permis de constater combien les sources privées du droit de la communication par internet sont plutôt originales, ce qui serait riche d'enseignements dès lors que la branche du droit en cause est peut-être symptomatique du droit baroque appelé à devenir à plus ou moins long terme la forme de droit dominante, en lieu et place du droit étatique moderne qui demeure pour l'heure au premier plan du paysage juridique. Puis, cette thèse a conduit à considérer que la production publique devrait, dans l'ensemble, être préférée à la production privée du droit de la communication par internet tant cette dernière poserait régulièrement problème en termes de sauvegarde de l'intérêt général, de la démocratie, de la sécurité ou encore des droits et libertés fondamentaux. Partant, il fallait interroger les sources publiques après avoir interrogé tout d'abord les sources privées et parce qu'avaient été interrogées tout d'abord les sources privées. Or cette thèse a également abouti, avec le premier titre de cette seconde partie, à souligner combien les sources internationales connaissent trop de limites ontologiques pour espérer pouvoir être les principales sources du droit de la communication par internet, tandis que les sources européennes, pour leur part, s'avèrent très développées mais ne sauraient fonder qu'un droit continental, loin du droit mondial attendu dès lors que les objets et les activités en cause présentent souvent des dimensions transnationales et mêmes mondiales. Des trois ensembles de sources du droit que sont les sources étatiques, les sources privées (qui questionnent la puissance de l'État) et les sources publiques externes (qui questionnent la souveraineté de l'État), seules les premières n'ont donc pas encore été étudiées. Alors que, classiquement, on est tenté de réduire le champ des sources du droit au champ des sources étatiques de normes et spécialement aux champs de la loi (lato sensu) et de la jurisprudence, le fait de n'envisager ainsi les sources étatiques qu'au sein du dernier titre de la thèse témoigne peut-être de quelque renversement à venir parmi la réalité des sources du droit et, surtout, parmi la pensée des sources du droit — toutes deux étant plus ou moins interdépendantes —. En tout cas faut-il à présent observer et expliquer ce que sont (mais aussi ce que ne sont pas) les sources étatiques du droit de la*



*communication par internet. À l'aune des enseignements qui seront tirés de cette « présentation critique », pourra ensuite être proposée une forme de conclusion-ouverture visant à interroger la « crise de l'État » que l'étude des sources du droit de la communication par internet contribuerait à révéler, aussi bien à travers ses aspects quantitatifs qu'à travers ses aspects qualitatifs — les uns n'allant pas sans les autres —.*

Il peut paraître paradoxal de terminer l'étude des différentes sources du droit de la communication par internet en s'intéressant aux sources étatiques tant celles-ci sont, ordinairement, les sources premières, si ce n'est uniques, du droit ou, du moins, du droit tel que se le représentent ceux qui le pensent. En tout cas, si le choix d'étudier les sources privées pose question et ne va pas de soi, le présent travail ne pourrait-il que comporter quelques pages consacrées aux sources étatiques. Comme le remarque un auteur, le pluralisme juridique a toujours pour objet de mettre en évidence la « dimension non étatique du droit »<sup>1</sup>, si bien que, même parmi les tenants d'un pluralisme juridique « radical »<sup>2</sup>, il reste toujours au moins une dimension du droit qui est étatique. D'ailleurs, la plupart de ceux qui acceptent la possibilité puis la réalité du 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<sup>3</sup> — tel était le cas y compris de Santi Romano, qui exprimait cela au moyen de son fameux concept de « relevance »<sup>4</sup> —. En envisageant ici les sources étatiques en dernier

<sup>1</sup> D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 76.

<sup>2</sup> Notamment, S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002. Cet auteur explique, par exemple, que « le pluralisme n'est pas la situation qui prévaut lorsque l'État accepte, tolère ou régularise l'existence d'une multiplicité de régimes juridiques particuliers sur lesquels il conserve la mainmise ultime. L'unitarisme de l'État n'est pas fondé sur l'uniformité des règles qu'il édicte mais plutôt sur son rôle central d'arbitre final de la légitimité et de l'applicabilité des règles. Cette posture sous-tend une hiérarchisation qui présuppose une volonté d'instrumentalisation des autres ordres normatifs. Au mieux pourrait-on parler dans ces circonstances de pluralité juridique ou, en d'autres termes, de faux pluralisme. Et c'est cette voie qu'ont généralement emprunté les premières études portant sur le pluralisme juridique lorsqu'elles ont postulé que la normativité alternative se situait à la marge ou dans l'ombre de la normativité étatique, qui demeurerait ainsi hiérarchiquement supérieure » (*ibid.*, p. 61).

<sup>3</sup> Par exemple, B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit* 1982, p. 45.

<sup>4</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975. Selon Santi Romano, un ordre juridique, qu'il soit reconnu ou non, existe dans sa propre sphère. Mais le problème est alors de caractériser les rapports d'un ordre juridique avec un autre et principalement ceux des ordres juridiques non étatiques avec celui de l'État. C'est pourquoi, dans sa typologie des ordres juridiques, Santi Romano définit l'importance de chacun d'eux par rapport à l'État. Il parle de relevance ou d'irrelevance pour signaler si un ordre tient compte ou non de l'existence d'un autre. Et, selon lui, l'État jouit, 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 sera de toute façon, directement ou indirectement, subordonné à l'État. Le droit de l'État est toujours relevant pour les ordres juridiques non étatiques (D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 77). L'auteur italien écrit ainsi que « tout un tas d'ordres juridiques sont entièrement dépendants de celui de l'État parce qu'ils concourent à sa substance ; ou bien ils en sont partie intégrante comme les institutions publiques ; ou bien, comme les institutions privées, ils en forment des ramifications plus ou moins lointaines. Il s'agit d'ordres qui exercent leur pouvoir sur les personnes et les choses mêmes auxquelles s'applique la puissance supérieure de l'État. Cela signifie que ce dernier, non seulement peut reprendre à chaque institution

lieu, après s'être concentré sur les sources privées et 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 apparaît pas moins inévitable.

Il faut rappeler que l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques a permis de révéler que le droit de la communication par internet est composé de 38 % de normes d'origine étatique contre 40 % de normes d'origine privée et 22 % de normes d'origine publique externe<sup>1</sup>. À titre de comparaison, une matière plus classique, moins représentative du droit transnational, telle que le droit des réseaux de communications électroniques est composée de 65 % de normes d'origine étatique, 3 % de normes d'origine privée et 32 % de normes d'origine publique externe<sup>2</sup> ; tandis que le droit de la communication audiovisuelle comprend 74 % de normes d'origine étatique, 14 % de normes d'origine privée et 12 % de normes d'origine publique externe<sup>3</sup>. Les différences entre les structures normatives de ces branches du droit sont ainsi significatives et le droit de la communication par internet témoigne d'un retrait partiel des sources étatiques concomitant à un développement relatif des sources publiques externes et à une expansion importante des sources privées. Puisque, par ailleurs, les sources privées semblent nettement plus originales que les sources étatiques, tandis que les sources publiques externes sont un peu plus extraordinaires que la loi ou la jurisprudence internes, il est apparu possible, si ce n'est opportun, d'étudier les sources privées, puis les sources publiques externes et, enfin, les sources étatiques.

Ensuite, à l'intérieur des sources étatiques, les *sources dites « politiques »* (Constitution, loi et règlement) produisent 21 % des normes constitutives du droit de la communication par internet, alors que les *sources étatiques spécialisées* en fabriquent 3 % et que les *sources étatiques juridictionnelles* en engendrent 14 %<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>, le droit de la communication par internet ne vient que très imparfaitement confirmer cette prophétie. *La loi demeure la source étatique quantitativement première* dans cette branche du droit, tandis que *la jurisprudence y joue un rôle plus important que dans nombre de matières* — ce qui est peut-être

---

ce pouvoir d'autonomie qu'il lui a accordé, mais peut aussi s'en prendre aux sujets de cette institution, car ils sont aussi les siens, pour contrecarrer et neutraliser les pouvoirs de celle-ci, qui ont pu se tourner contre lui. En d'autres termes, c'est de l'État que dépend tant l'existence de son ordre juridique en général que celle, en particulier, de chacune de ses manifestations » (S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 111). Partant, un commentateur peut considérer que, « en dépit de ses développements pluralistes, Santi Romano ne s'est finalement pas départi d'une vision unitaire du droit issue des lumières et de la doctrine de la souveraineté » (L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 136).

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> 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).

lourd de sens — et que *la faible implication des autorités spécialisées* peut éventuellement surprendre<sup>1</sup>.

Reste qu'il faut convenir que la réflexion autour des sources étatiques du droit de la communication par internet, si elle est peut-être inévitable en cette thèse, ne présente, semble-t-il, qu'un caractère novateur limité, spécialement en ce qui concerne les sources étatiques dites « politiques » que sont la Constitution, la loi et le décret. Aussi s'agira-t-il simplement, en s'attachant à la problématique présentée en introduction, de rechercher en quoi et dans quelle mesure les sources étatiques du droit de la communication par internet sont révélatrices de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources du droit. Et cela explique pourquoi les sources étatiques « non politiques » seront davantage au centre des attentions et seront donc traitées plus longuement. Enfin, ne seront envisagées ni les sources contractuelles<sup>2</sup> ni les sources infra-étatiques<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Professeur Jacques Chevallier relève un « mouvement d'agencification » : « La fragmentation de l'État prend des formes plus systématiques, à travers la prolifération d'agences spécialisées disposant d'une autonomie de gestion » (J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 106). Le rôle très limité que joue le droit d'origine administrative spécialisée n'amène guère à retenir pareille conclusion en matière de droit de la communication par internet. Le professeur explique : « Ce mouvement d'agencification s'appuie sur deux modèles différents : celui des *Agencies* à l'américaine, dotées de la personnalité juridique, dont la forte autonomie par rapport à l'exécutif est contrebalancée par l'existence de liens étroits avec le Congrès ; celui des *Executive Agencies* à la britannique, lié au réformisme thatchérien, consistant à donner aux services gestionnaires une plus large autonomie de décision et d'action, sans aller pour autant jusqu'à leur conférer la personnalité morale. La combinaison de ces deux processus, le premier relevant d'une "décentralisation fonctionnelle" et le second d'une "déconcentration fonctionnelle", fait apparaître l'appareil administratif sous la forme d'un assemblage hétéroclite de dispositifs disposant de leur rationalité propre de fonctionnement » (*ibid.*, p. 106-107).

<sup>2</sup> Les contrats que l'administration passe avec des personnes privées ne peuvent, par nature, être rangés ni parmi les sources étatiques ni parmi les sources privées. Dans tous les cas, ils ne constituent qu'une source très secondaire du droit de la communication par internet. Les sources étatiques ici prises en compte ne seront donc que des sources s'exprimant au moyen d'*actes unilatéraux*. Un acte unilatéral est un acte destiné à *régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition*, c'est-à-dire qui sont des tiers par rapport à lui et à son auteur. Selon Charles Eisenmann, l'unilatéralité d'un acte juridique réside dans le rapport d'extranéité entretenu entre l'auteur de l'acte et ses destinataires, à la différence de l'acte plurilatéral qui règle les rapports mutuels entre ses auteurs et donc implique une identité entre ceux-ci et les destinataires (Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1980, p. 420 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 70)). L'effet le plus important de l'unilatéralité est que l'acte s'impose à son destinataire sans que celui-ci soit libre d'y consentir. Il doit s'y conformer, sous peine de sanction. Depuis Bodin, la prérogative de « donner la loi » a pour conséquence de différencier l'État de ses sujets en obligeant ceux-ci à obéir à celui-là (« La loi, écrivait Bodin, est commandée et publiée par puissance, et bien souvent contre le gré des sujets » (J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 73))). Et cette relation indissociable entre la prérogative de puissance publique et la sujétion des particuliers fait partie des lieux communs de la doctrine moderne du droit public. Il n'est pourtant pas impossible que, à l'échelle du droit de la communication par internet, ce schéma soit en « crise », ainsi que pourrait l'illustrer une étude consacrée à l'effectivité des normes d'origine étatique.

<sup>3</sup> Ne seront donc guère évoquées les sources rattachées à l'« ordre juridique infranational » (X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 106), c'est-à-dire aux services déconcentrés et aux collectivités territoriales. En effet, celles-ci ne produisent que quelques actes normatifs destinés à régir le contenu des communications par internet et pratiquement aucun acte normatif destiné à régir le contenu des communications par internet. Le droit des activités internetiques ne permet pas de tirer des enseignements quant au fait que « le champ du droit des collectivités territoriales est l'espace dans lequel la notion de pluralisme juridique acquiert [...] ses lettres de noblesse » (G. KOUBI, « Pluralisme et libertés fondamentales au prisme de

Seront examinées, au sein de deux chapitres successifs, les sources constitutionnelles, les sources législatives et les sources décrétales, d'une part (*chapitre 1*), et les sources étatiques juridictionnelles et les sources étatiques spécialisées — expression désignant les autorités étatiques *ad hoc* —, d'autre part (*chapitre 2*). Cette séparation correspond à celle 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 créent les normes au nom des sources étatiques « non politiques », dont la légitimité ne pourrait que découler de leurs compétences. Seront mis tout spécialement en avant *les paradoxes ou contradictions qui marquent ces sources*, 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, résiderait en ce fait le premier de leurs paradoxes ou contradictions.

---

l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 316). Il est intéressant sous l'angle du droit d'origine supra-étatique, mais il l'est très peu sous l'angle du droit d'origine infra-étatique, auquel il n'est donc pas lieu de consacrer des développements *ad hoc*.



## Chapitre 1

# LES PARADOXES DES SOURCES CONSTITUTIONNELLES, DES SOURCES LÉGISLATIVES ET DES SOURCES DÉCRÉTALES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Au sein de la seconde partie de cette thèse, a jusqu'à présent été observé combien, si elle est une nécessité, la construction du droit de la communication par internet au niveau international achoppe sur des difficultés et des limites ontologiques semble-t-il insurmontables. A également été souligné le rôle important que jouent les sources européennes dans la production du droit de la communication par internet, en particulier grâce à une légistique très développée qui leur permet d'élaborer des règles précises et pertinentes. Seulement ces sources européennes sont-elles loin de pouvoir construire un droit présentant les dimensions mondiales espérées dès lors que les objets et les activités à régir sont foncièrement transnationaux et planétaires. Puisque, ainsi que soutenu au terme de la précédente première partie, il faut plaider pour une production du droit de la communication par internet principalement prise en charge par les sources publiques et secondairement prise en charge par les sources privées (en termes quantitatifs comme en termes qualitatifs), reste à étudier les sources étatiques de ce droit et à voir en quoi et dans quelle mesure elles témoignent de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit. Or, tant au niveau des sources étatiques dites « politiques » (envisagées au sein du présent chapitre) qu'au niveau des sources étatiques dites « non politiques » (qui seront l'objet du prochain chapitre), les organes étatiques producteurs de normes applicables aux technologies et, surtout, aux activités internetiques ne sont en soi guère originaux et sont déjà bien connus des chercheurs en droit. Néanmoins, à l'aune de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques, dont les prémisses et les résultats sont exposés dans un ouvrage intitulé Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience, quelques enseignements intéressants peuvent peut-être être tirés du regard porté sur les sources étatiques du droit de la communication par internet. Ainsi, par exemple, les sources étatiques a priori les plus légitimes à élaborer le droit des activités internetiques, soit parce qu'elles jouissent de l'onction démocratique (le Parlement) soit parce qu'elles profitent de compétences spécialisées (les*

*autorités ad hoc), paraissent souvent dépassées nomo-quantitativement et/ou nomo-qualitativement par des sources à la légitimité plus contestable, dont beaucoup sont des sources privées mais aussi dont certaines sont des sources publiques, ce qui est paradoxal. Ce constat et d'autres amèneront à conclure cette thèse par une « ouverture » interrogeant la perturbation de l'État dont témoigneraient les sources du droit de la communication par internet puis la rénovation de l'État que celles-ci appelleraient. Encore une fois, les sources étatiques peuvent être remarquables en raison de ce qu'elles ne sont pas au moins autant qu'en raison de ce qu'elles sont. En ces pages, seront étudiés les continuités, les mouvements et les ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit. S'il s'avérait que les continuités étaient autrement nombreuses que les mouvements et que les ruptures, pareille observation serait peut-être très significative et ne poserait pas moins de questions que s'il s'avérait que les mouvements et les ruptures étaient plus nombreux que les continuités.*

Si « trois sources du droit sont généralement reconnues : le législateur, le juge et la société, qui produisent la loi, la jurisprudence et la coutume »<sup>1</sup>, 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. Devraient ainsi être distingués la loi, la Constitution et le règlement (ou, plus précisément, le décret). Ce sont là, en quelque sorte, *les sources « officielles » du droit*, « officielles » aux yeux de l'État et aux yeux des « juristes d'État » œuvrant à la « légitimation juridique de l'autorité de l'État »<sup>2</sup>. Comme l'expliquent des auteurs, « à grands renforts de Raison et d'Expression de la Volonté Générale, 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 »<sup>3</sup>. En effet, la modernité a consacré non seulement l'association ontologique du droit et de l'État mais même celle du droit et de la loi<sup>4</sup>. Et Carbonnier pouvait rappeler que « l'esprit de légalité a dominé tous les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle, en réaction contre les abus d'arbitraire dont l'ancien régime semblait s'être rendu coupable. La légalité fut alors constamment exaltée, parce qu'elle apparaissait

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 54.

<sup>2</sup> L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une “privatisation” du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 10.

<sup>3</sup> 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. 1432. Les auteurs notent aussi que « loi et État entretiennent des rapports de connivence tels qu'ils se soutiennent et se servent l'un l'autre : l'État trouve dans la loi le fondement et le moyen de son autorité ; la loi trouve dans l'État le fondement et le moyen de son autorité » (*ibid.*).

<sup>4</sup> Cf., par exemple, Th. HOBBS, « La loi, source unique du droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, 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).

comme la garantie essentielle de la liberté, de l'égalité et de la sécurité des citoyens »<sup>1</sup>. Cet « esprit de légalité » — dont témoigne peut-être la formule « nul n'est censé ignorer la loi »<sup>2</sup> —, s'il est aujourd'hui loin d'empresoir la conscience de tous les *jus-universitaires* et, plus encore, celle de tous les juristes, semble demeurer très influent. Les sources du droit en cause dans le chapitre qui débute seraient donc les sources du droit par excellence.

Ensuite, les sources constitutionnelles, les sources législatives et les sources décrétales, sources étatiques « politiques » par opposition aux autorités *ad hoc* et aux juridictions qui se présentent telles des sources étatiques « non politiques », produisent 21 % des normes constitutives du droit de la communication par internet<sup>3</sup>. C'est là une proportion faible tant, traditionnellement, on s'attend à ce que la loi, au sens large qui englobe l'ensemble de ces sources étatiques « politiques », soit la source première, si ce n'est unique, du droit. Il y aurait donc de lourds 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.

Plus précisément, le droit du contenant de la communication par internet comporte 15 % de normes d'origine étatique « politique » quand le droit du contenu de la communication par internet est composé de 27 % de normes d'origine étatique « politique »<sup>4</sup>. 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 (51 %) que dans le droit du contenu de la communication par internet (29 %)<sup>5</sup>.

En ces lignes, il conviendra donc de présenter les sources constitutionnelles, législatives et décrétales du droit de la communication par internet. Puisque ces sources ne présentent guère de grande originalité, ce premier chapitre sera relativement bref quand le second chapitre à venir devra être davantage substantiel tant ce sont peut-être surtout les décalages entre les

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 76.

<sup>2</sup> En effet, pourquoi ne dirait-on pas « nul n'est censé ignorer le droit » ?

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.* 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 45 % du droit des réseaux de communications électroniques et de 43 % du droit de la communication audiovisuelle (*ibid.*). 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. Pour ne citer qu'un exemple, quant à la norme technique choisie pour la Radio numérique terrestre, le CSA peut critiquer le fait que la France soit le seul pays à l'avoir fixée par voie d'arrêté ministériel (A. 3 janv. 2008, *Relatif à la radio diffusée en mode numérique par voie hertzienne terrestre ou par voie satellitaire en bande L ou en bande S fixant les caractéristiques des signaux émis* ; CSA, « Le cadre juridique de la radio numérique », [en ligne] <csa.fr>, 2011). Ensuite, ces remarques amènent à la question de la nécessité, de la possibilité et des moyens d'une (r)évolution légistique, question à laquelle il n'est pas permis de chercher à répondre en ces pages mais à laquelle d'autres se sont intéressés, parlant notamment de « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la "qualité des normes" » (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. 77 s.).



importances attendues et les importances réelles des décisions de justice et des actes normatifs provenant des autorités spécialisées qui interrogent<sup>1</sup>.

Pour l'heure, l'observation importante est qu'il existerait un paradoxe dans le fait que les sources étatiques « politiques » occupent souvent toute la place ou presque dans l'esprit des commentateurs du droit alors que, en réalité, elles sont fortement concurrencées tant par les sources publiques externes que par les sources privées<sup>2</sup>. Cela vaut quant aux sources législatives principalement (*section 1*) et quant aux sources constitutionnelles et décrétales secondairement (*section 2*), la loi étant la source emblématique du droit étatique quand la Constitution et le décret n'arrivent qu'ensuite, surtout sous un angle quantitatif.

---

<sup>1</sup> On souligne que, « concernant les sources du droit, les mutations les plus importantes s'opèrent à l'intérieur des systèmes étatiques [...] [où] l'organisation des sources établie il y a deux cents ans est mise à bas » (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. 1432), si bien qu'il y aurait nécessairement plus d'éléments significatifs à relever au moment d'étudier les sources étatiques « non politiques » du droit de la communication par internet qu'au moment d'étudier ses sources étatiques « politiques ».

<sup>2</sup> En somme, il existerait aujourd'hui un décalage entre les faits 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 psyché juridique collective, 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-AYOU, 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.

## Section 1

### La législation, une source première mais fragile

*Cette section est la section initiale d'un titre dont l'objet est d'observer les continuités, les mouvements et les 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. À des fins pédagogiques, il paraît peut-être utile de scinder les sources étatiques en deux ensembles en fonction du caractère politique ou non politique du processus de désignation des individus appelés à exercer des fonctions de sources du droit, c'est-à-dire amenés à prendre des décisions au nom d'organes ayant la capacité de produire des normes d'essence étatique. Ainsi les sources étatiques à caractère politique que sont le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre sont-elles distinguées des sources étatiques à caractère non politique que sont les tribunaux, cours et autres conseils ainsi que les autorités spécialisées. Sera en premier lieu — avec la présente section — envisagé l'acte normatif étatique le plus classique en même temps que le plus symbolique, à savoir la loi. Or le droit de la communication par internet semble la mettre grandement au défi. La question posée est ainsi celle de la capacité de la législation et du Parlement à demeurer au cœur du jeu des sources du droit au moment où le droit « postmoderne » aurait subrogé le droit moderne étato-national qui est ontologiquement lié à la loi et, grâce à la loi, à l'État.*

Telles que comprises en ces lignes, les lois sont les actes à portée normative, dotés de force obligatoire et pouvant être exécutés par la contrainte<sup>1</sup>, qui émanent du pouvoir législatif, du Parlement — soit, en France, l'Assemblée nationale et le Sénat — intervenant dans son domaine constitutionnel de compétence<sup>2</sup> et ayant vocation à représenter le peuple ou la nation, ce qui en fait la source étatique « politique » par excellence. Une loi serait donc un acte normatif élaboré et voté par la ou les assemblée(s) démocratique(s) de dimension nationale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2006, p. 399.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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

Ensuite, la présentation du droit s'appuie aujourd'hui encore largement sur le « triptyque règle de droit, loi, État »<sup>1</sup>. La juridicité (fait d'être droit) est souvent réduite ou assimilée à la légalité (fait d'être loi). Cette *emprise moderne* — confinant au « monopole »<sup>2</sup> — *de la loi sur la pensée du droit*, mais aussi, dans une certaine mesure, sur la réalité du droit, ne fait guère de doute. Néanmoins, à l'heure du XXI<sup>e</sup> s., le droit de la communication par internet, témoin du mouvement de « globalisation » du droit, paraît remettre en cause ce légicentrisme, cela parce que des sources privées concurrencent la loi mais aussi parce que des sources publiques, *externes et étatiques*, tendent à la subroger. Le droit de la communication par internet illustrerait ainsi un certain « déclin » *de la loi*<sup>3</sup>. Cette dernière profite d'une force symbolique historique qui résiste difficilement à l'observation de la réalité du pluralisme juridique en droit de la communication par internet. Dès lors que les prémisses théoriques de l'étude permettent d'y intégrer toutes les sources de normes, il s'avère que le législateur, quantitativement, est loin de dominer outrageusement la matière<sup>4</sup>. Quant à l'aspect qualitatif, celui-ci est peut-être le lieu de difficultés plus profondes encore pour le Parlement, ce qui d'ailleurs pourrait expliquer le développement des autres sources du droit<sup>5</sup>.

On convient que « l'histoire française de la loi est l'histoire d'un déclin progressif, mais qui ne s'assimile jamais à une chute »<sup>6</sup>. C'est, semble-t-il, exactement ce constat que conduirait à opérer l'étude du droit de la communication par internet. Celui-ci tendrait à attester le « passage du culte de la loi à la culture des droits »<sup>7</sup>. Le législateur n'intervient pas moins en

---

latin « *lex* » ou « *legis* » qui signifie « chose édictée ». Elle est la chose édictée par le législateur, par les organes étatiques disposant du pouvoir législatif, la « règle de droit écrite, générale et permanente élaborée par le Parlement » ainsi que le précisent les lexiques juridiques (V<sup>o</sup> « Loi », in S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, dir., *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, p. 402). C'est là la définition classique que retenait déjà Kelsen : les lois correspondent aux « normes juridiques générales en forme de loi, c'est-à-dire celles qui ont été votées par le Parlement et [...] suivant un certain mode » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 309). Cf., en particulier, B. MATHIEU, *La loi*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010 ; A. HAQUET, *La loi et le règlement*, LGDJ, coll. Systèmes, 2007.

<sup>1</sup> P. CORNIOU, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Mémentos, 2005, p. 8.

<sup>2</sup> Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 123.

<sup>3</sup> 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<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 433).

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>5</sup> L'auteur d'une thèse consacrée à la production des normes notamment en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication 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, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, 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.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 173. Également, B. MATHIEU, *La loi*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010 ; F. TERRÉ, « La “crise de la loi” », *Arch. phil. droit* 1980, p. 17 s. ; J. CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

<sup>7</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française – Entre mythes et réalités – XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> 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, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 131) et différentes théories ont, dès

droit de la 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 était hier aux yeux du citoyen* (B).

## A. Des interventions législatives nombreuses mais à l'effectivité précaire

L'ensemble des observations telles que celle selon laquelle le prestige du Parlement « se délite »<sup>1</sup> ou celle selon laquelle les lois actuelles « attestent la décadence de la pensée juridique » — en ce qu'elles sont mal rédigées, équivoques, sans objet etc. —<sup>2</sup> vaut à plus forte raison en matière de droit de la communication par internet, celui-ci connaissant 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, Carbonnier relevait que celle-ci a cru sans cesse jusqu'au moment où il écrivait, c'est-à-dire jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> s. ; et l'illustre doyen expliquait 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<sup>3</sup>. Certainement l'effectivité des lois s'est-elle maintenue à un haut niveau jusqu'à aujourd'hui ; mais le droit de la communication par internet compte parmi ces branches du droit

---

le XX<sup>e</sup> 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*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, 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<sup>e</sup> 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. Ainsi le théoricien du droit autrichien remarquait-il, par exemple, que « toutes les Constitutions des États modernes [...] instituent des organes de législation spéciaux qui sont compétents pour créer des normes générales qu'auront à appliquer les tribunaux et les autorités administratives, de sorte que l'étape de la législation constituante est suivie par l'étape de la législation — ou législation simple ou ordinaire —, et celle-ci ensuite par l'étape de la procédure juridictionnelle et de la procédure administrative » (*ibid.*, p. 309). Et c'est surtout à l'aube du XXI<sup>e</sup> s. et du III<sup>e</sup> 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. (cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2016, n° 70 s.).

<sup>1</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 111.

<sup>2</sup> *Ibid.* L'auteur parle encore de « figure de la loi brouillée » (*ibid.*, p. 109) et de « démenti de la souveraineté de la loi » (*ibid.*).

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 147.

transnationales dans lesquelles elle est ô combien malmenée. Et, quand une loi interdit aux libraires électroniques de ne faire payer aucuns frais de ports à leurs clients<sup>1</sup> et que ces derniers contournent cette disposition très aisément, soit en faisant payer des frais de port à hauteur d'un centime d'euro, peut-être s'agit-il d'une forme d'ineffectivité de la loi. On va jusqu'à évoquer la « médiocrité de la loi »<sup>2</sup> ; dans ces conditions, il n'est guère surprenant de voir des actes législatifs connaître des « crises d'effectivité ». Parmi les lois *ad hoc* établies afin d'encadrer les activités internetiques, l'« impuissance » des unes rivalise avec la désuétude (quasi-immédiate) des autres<sup>3</sup>. En ce sens, le Professeur Christophe Caron, à propos des lois relatives à l'internet qui ne produisent aucun résultat satisfaisant, parle de « malédictions numériques »<sup>4</sup>.

Les interventions législatives en matière d'usage de l'internet et du web ne manquent pas. En témoignent, par exemple, les nombreuses dispositions pénales spécifiques, dispersées entre le Code pénal, le Code de la propriété 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 édictées, cela étant notamment la conséquence des difficultés du législateur à édicter un droit conséquent et efficace. 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> F. SAINT-BONNET, « Loi », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 964.

<sup>3</sup> 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 – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 134). Le juriste-sociologue d'écrire que les lois « impuissantes » sont des lois qui « sont conceptuellement sans avoir jamais été matériellement » (*ibid.*). Et d'expliquer que l'expression « impuissance des lois a été popularisée par Jean Cruet avec son ouvrage *La vie du droit et l'impuissance des lois*, publié en 1908. Enfin, il faut signaler, toujours avec Carbonnier, que « la phrase banale selon laquelle les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoi qu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité générale. [...] S'il est des règles qui ont dans leur vocation d'être appliquées, et pour lesquelles, partant, l'inapplication peut être présumée échec, il en est d'autres dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne l'être pas constamment, ni jusqu'au bout » (*ibid.*, p. 143). Cependant, le plus souvent, les normes législatives applicables aux activités internetiques mais qui sont inappliquées ne relèvent pas de ce cas de figure ; le législateur qui les édicte aspire à ce qu'elles soient effectivement appliquées par leurs destinataires. En revanche, peut être reprise, à l'égard de ces règles, l'idée qu'il peut être opportun de conserver des normes inefficaces : « une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de “mauvaise conscience”, qui s'oppose à des violations plus étendues » (*ibid.*, p. 145).

<sup>4</sup> Ch. CARON, « Malédictions numériques », *Comm. com. électr.* 2009, repère 8.

méta-branches du droit au sein desquelles les sources publiques ne risquent pas d'être concurrencées par des sources privées.

Au-delà de la matière pénale, les textes d'origine législative ne manquent pas : le législateur, au cours des années 2000, est intervenu afin de saisir le traitement des données à caractère personnel<sup>1</sup>, le commerce électronique<sup>2</sup>, la protection du droit d'auteur et des droits voisins<sup>3</sup>, la cybercriminalité<sup>4</sup>, les jeux d'argent et paris par internet<sup>5</sup>, la preuve et la signature électroniques<sup>6</sup>, la protection des mineurs<sup>7</sup>, l'accessibilité des services dématérialisés de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics qui en dépendent aux personnes handicapées<sup>8</sup>, le vote électronique<sup>9</sup>, la lutte contre la fracture numérique<sup>10</sup>, le prix du livre vendu par les services de commerce électronique<sup>11</sup> etc.

Par ailleurs, il convient de mettre en exergue le rôle joué par les organes parlementaires de prospective et d'évaluation dans le but d'améliorer la qualité substantielle des lois censées régir les technologies ou les activités internetiques, malgré leurs défauts structurels ontologiques.

Si le problème de la loi réside dans ses difficultés à répondre adéquatement aux attentes et aux besoins, car une « loi technicienne »<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>, le recours aux organes parlementaires de prospective et d'évaluation ne peut qu'être bénéfique, bien qu'il ne soit pas une solution miracle puisque restera toujours ladite « impasse des échelles ». Il s'agit tout d'abord de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques

---

<sup>1</sup> L. n° 2004-801, 6 août 2004, *Relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> L. n° 98-536, 1<sup>er</sup> juill. 1998, *Portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE* ; L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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*.

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> L. n° 2007-297, 5 mars 2007, *Relative à la prévention de la délinquance*, art. 35.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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*.

<sup>10</sup> L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009, *Relative à la lutte contre la fracture numérique*.

<sup>11</sup> 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*.

et technologiques, lequel témoigne de la volonté du Parlement d'acquérir une capacité minimale d'expertise et de proposition sous son contrôle direct. L'Office est en réalité une délégation parlementaire créée par la loi du 8 juillet 1983<sup>3</sup> et, 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 parlementaires, il a également pour fonction d'éclairer les décisions du Parlement. Ainsi recueille-t-il des informations, met-il en œuvre des programmes d'études et procède-t-il à des évaluations. 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. Sa légitimité n'a cessé de croître, si bien que 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. L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques 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. 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.

En outre, a été créée une « Délégation sénatoriale à la prospective » auprès du Sénat — qui a remplacé en 2009 le « Groupe de prospective du Sénat » —, chargée d'anticiper les mutations technologiques et d'anticiper les futures pratiques. Comme l'explique un sénateur, cette initiative était justifiée 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 »<sup>4</sup>. Ainsi le Sénat a-t-il décidé de réagir en créant en son sein un organe collégial chargé d'anticiper l'évolution des technologies et des pratiques à elles liées. D'aucuns perçoivent logiquement un « paradoxe à ce que la chambre la

---

<sup>1</sup> Par exemple, 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.

<sup>2</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s. ; B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>3</sup> L. n° 83-609, 8 juill. 1983, *Tendant à la création d'un office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*. 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.

<sup>4</sup> 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.

plus conservatrice se penche vers un futur fantasmatique »<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, elle a pour fonction de rendre des avis et des recommandations afin de « veiller à l'évolution équilibrée du secteur des communications électroniques »<sup>3</sup>. 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, donc relative au contenant de la communication par internet. Sa spécificité est d'être une commission parlementaire mixte intégrant des personnalités qualifiées ; 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. 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<sup>4</sup>. Elle n'a cependant joué qu'un rôle très minime dans l'établissement du régime législatif de la communication par internet. Enfin, il faut encore relever l'action du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, lequel a vocation à mener des travaux d'évaluation portant 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 à valoriser les différents travaux d'évaluation menés par les différentes structures rattachées à l'Assemblée nationale. Seulement n'est-il que possible de retenir que ces divers travaux — et les autres (« rapport Olivennes », « rapport Lescure » etc.) — n'ont pas permis au Parlement de voter des lois capables de susciter un large consensus auprès de leurs destinataires et de ne pas engendrer la polémique.

Tous ces efforts ne sont guère parvenus à faire de la loi la source qualitativement omnipotente ou même centrale du droit de la communication par internet, ce qui témoigne de son retrait progressif à l'heure du droit transnational.

---

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 212.

<sup>2</sup> L. n° 90-568, 2 juill. 1990, *Relative à l'organisation du service public des postes et télécommunications*.

<sup>3</sup> L. n° 2005-516, 20 mai 2005, *Relative à la régulation des activités postales*, art. 25.

<sup>4</sup> Et la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques établit un rapport annuel remis au Parlement et au Premier ministre dans lequel, parmi d'autres éléments, figure une évaluation de l'action de l'ARCEP.



## B. Des instances législatrices concurrencées signes du déclin de la force symbolique de la loi

Au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> s. — quoiqu'alors de façon déjà moindre —, la loi était idéalisée : toute loi, du seul fait qu'elle était loi, se voyait parée des vertus de « rationalité, impérativité, stabilité, généralité, clarté [et] parcimonie »<sup>1</sup> ; en somme, elle incarnait « la raison faite droit »<sup>2</sup>. Aujourd'hui, la loi est plus souvent critiquée qu'idéalisée ; « Sous le nom de loi, observait Michel Villey, [...] viennent des textes qui n'offrent plus ses caractères spécifiques de généralité, d'abstraction, de rigueur de l'énoncé et de permanence »<sup>3</sup>. Et cela vaut tout spécialement en matière de « gouvernance » de l'internet et de régulation des activités internetiques. Dans l'esprit des internautes, la différence entre l'ordre de l'agent du fisc et celui du gangster se fait de plus en plus ténue<sup>4</sup>. « La certitude et la majesté de la légalité », dont se félicitait Portalis à l'aube du XIX<sup>e</sup> s.<sup>5</sup>, paraît de plus en plus devenir un lointain souvenir. Cette critique de la qualité de la loi est 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. 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 »<sup>6</sup> ou, du moins, avec Hauriou, que « tout le droit est centralisé sur la loi et toutes les autres sources du droit lui sont subordonnées »<sup>7</sup> — 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 » —.

Dans l'espace du droit de la communication par internet, la loi est concurrencée par des sources non étatiques, mais aussi, ce qui est peut-être davantage remarquable, par d'autres

---

<sup>1</sup> 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 ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 79).

<sup>2</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 54.

<sup>3</sup> 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 », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 16).

<sup>4</sup> Kelsen recourait à l'image de l'agent du fisc et du gangster : « L'injonction qu'un gangster adresse à une personne de lui remettre une certaine somme d'argent a la même signification subjective que l'ordre de même contenu émanant d'un fonctionnaire de l'Administration fiscale, à savoir que celui à qui le commandement est adressé doit payer une certaine somme d'argent. Mais, seul des deux, l'ordre du fonctionnaire du fisc a signification de norme valable obligeant le destinataire, seul il est un acte créateur de norme ; l'ordre du gangster n'a pas ces caractères ; et cette différence résulte de ce qu'une loi fiscale confère ce pouvoir à l'acte du fonctionnaire du fisc, alors que l'acte du gangster ne repose pas sur une semblable loi qui lui conférerait ce pouvoir » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 11).

<sup>5</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 236.

sources étatiques. Il ne semble plus réaliste, aujourd'hui, de soutenir la « royauté incontestée de la loi »<sup>1</sup>. Sa « force formelle »<sup>2</sup> ne suffit plus à la rendre légitime ou même acceptable sans autre forme de procès ; semble révolu le temps où la loi 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 »<sup>3</sup>. Elle doit 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 »<sup>4</sup>. Or le contenu normatif de la loi, dans le domaine des activités internetiques, est quasi-systématiquement dénoncé par ses destinataires. Il n'est plus vrai que « l'idée de loi reste encore imprégnée — l'on dirait presque enduite — par celle de force brute »<sup>5</sup> ; il devient au contraire courant de l'associer à la faiblesse et à l'insuffisance<sup>6</sup>. 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 —<sup>7</sup>.

Au début du XX<sup>e</sup> s., Carré de Malberg convenait qu'

*Il est un point certain : c'est 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*

<sup>1</sup> G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Puf, coll. Les voies du droit, 1997, p. 235 (cité par M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2347).

<sup>2</sup> 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. 281.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 158.

<sup>4</sup> 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. 309.

<sup>5</sup> R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 35.

<sup>6</sup> Ch. JUBAULT, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 31.

<sup>7</sup> EDCE 1991, *De la sécurité juridique* ; également, EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*. 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, 1<sup>er</sup> 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., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 455)).

déterminer par sa propre puissance les règles — de quelque source qu'elles découlent — qui seront érigées en lois.<sup>1</sup>

À moins de faire œuvre peut-être peu conséquente et utile, il faut croire que pareil discours ne saurait être tenu par un spécialiste du droit de la communication par internet. Les sources indifférentes à la loi et indépendantes de la loi prolifèrent, quand les sources soumises à la loi possèdent une importance déclinante. « Jusqu'à une époque récente, écrit-on, la réflexion sur les sources du droit fut essentiellement étayée 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 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. Seul le règlement administratif faisait un peu exception, mais on voyait en lui une sorte de "loi matérielle" »<sup>2</sup>. Il faut insister sur le fait que cela valait « jusqu'à une époque récente » ; le droit de la communication par internet témoigne du recul tant qualitatif que quantitatif de la loi comme source du droit — le premier induisant peut-être pour partie le second —. Le « net reflux du légicentrisme sous la V<sup>e</sup> République »<sup>3</sup> se poursuit et même s'accélère, ainsi que l'enseigne la branche du droit ici étudiée. Quant à cette dernière, il n'est guère permis 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 »<sup>4</sup>. Bien 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, ce qui est de moins en moins souvent le cas. Est ainsi illustrée l'importante révolution que connaît la légitimité démocratique dans les sociétés contemporaines<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>, se trouve infirmé par le 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. Bien plutôt, le regard porté sur le droit de la communication par internet conduit à confirmer les constats d'une « crise de la loi » et d'une « revanche du pluralisme contre le monisme »<sup>7</sup>, ou encore celui selon lequel « le règne de la loi [...] est l'histoire d'une grande espérance déçue »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> 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. 207.

<sup>2</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 20.

<sup>3</sup> M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 432.

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 179. L'auteur note que « la crise de la loi risque de durer aussi longtemps que l'affichage du vote d'une loi sera symboliquement plus important que les effets réels de son application » (*ibid.*). Mais tel ne paraît pas être le cas dans les esprits des internautes.

<sup>5</sup> Cf. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 179.

<sup>7</sup> F. TERRÉ, « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* 1980, p. 20.

<sup>8</sup> G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi », *Arch. phil. droit* 1939, p. 30 (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. 63).

Demeure valide l'analyse que proposait Charles Eisenmann : les lois possèdent une « puissance initiale absolue », soit le pouvoir de poser des dispositions qui ne se rattachent à aucune autres données normatives préexistantes<sup>1</sup>. Seulement l'acte législatif n'est-il plus le seul acte normatif à profiter de cette puissance. S'il s'agissait là d'une mutation générale, non cantonnée au droit de la communication par internet et à quelques rares branches du droit — il n'appartient pas à l'objet de cette étude de mesurer l'ampleur des phénomènes qui se remarquent dans le droit de la communication par internet —, ce serait un changement fondamental que connaîtrait la matière juridique. En effet, aujourd'hui encore n'est pas isolée l'opinion selon laquelle, les facultés de droit étant tellement légicentrées, « la loi [y] est première et le droit second »<sup>2</sup>.

Peut-être la loi étatique est-elle devenue, en France, à compter de 1789, le « paradigme de la politique »<sup>3</sup> et le légicentrisme a-t-il marqué de son empreinte le XIX<sup>e</sup> s. et le XX<sup>e</sup> s.<sup>4</sup>, à tel point que la loi était toute puissante et qu'« aucune force ou légitimité ne pouvait rivaliser avec elle »<sup>5</sup> ; mais la réalité du droit de la communication par internet ne paraît pas être celle-là, que ce soit dans les faits ou dans les esprits. C'est même de manière générale que quelques auteurs, tels que Georges Ripert, ont très tôt mis en doute la domination de la loi, tant quantitative que qualitative<sup>6</sup>, ont contesté le « culte de la loi [avec lequel] le respect des lois prend un aspect quasi-religieux »<sup>7</sup>. Si « le paysage juridique se recompose à partir de la base »<sup>8</sup>, cela ne peut que valoir *a fortiori* concernant les normes applicables aux communications par internet ; si l'État doit s'abstenir de créer le droit et abandonner cette mission aux acteurs privés car il est « trop peu au fait des informations pertinentes », ainsi que l'affirmait Friedrich Hayek<sup>9</sup>, cela ne peut que valoir *a fortiori* concernant les normes applicables aux communications par internet. *La*

<sup>1</sup> Ch. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 205.

<sup>2</sup> Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, Puf, coll. Thémis, 1999, p. 150.

<sup>3</sup> O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle », 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. 65. Michelet notait que « la Révolution a signé l'avènement de la loi » (J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, t. I, 1847 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 173)).

<sup>4</sup> O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle », 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. 65.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 173.

<sup>6</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949 ; J. CRUET, *La vie du droit ou l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908 ; F. TERRÉ, « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* 1980, p. 17 s. ; B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n<sup>o</sup> 4, p. 9 s. ; 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.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 110.

<sup>8</sup> 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. 108.

<sup>9</sup> F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. III, trad. R. Audouin, Puf, 1980 (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 140).

*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 neufs et novateurs<sup>1</sup>.

Sous l'angle théorique, Carbonnier remarquait que « le problème du critère de la juridicité de la loi ne se pose pas parce que, par définition, la loi, qui est la règle formulée par l'intermédiaire d'un organe spécialisé du pouvoir, porte sur elle-même l'estampille de la juridicité, une estampille d'autant mieux reconnaissable qu'elle est un signe formel »<sup>2</sup>. Il n'est bien sûr en aucun cas lieu de critiquer les auteurs qui retiennent la juridicité des normes d'origine législative ; en revanche, l'étude des normativités entourant les communications par internet invite à dénoncer comme par trop dogmatiques et insuffisamment pragmatiques ceux qui ne voient de juridicité que dans les normes d'origine législative ou que dans les normes d'origine publique. Un tel droit purement public est un droit coupé de la réalité et la dénonciation de l'assimilation des critères du droit aux critères de la loi<sup>3</sup> ne peut qu'être accueillie positivement. Mais ces pages ne sont pas l'endroit où poursuivre la réflexion théorique sur le droit et ses frontières.

Reste que l'étude de la place de la loi dans le droit de la communication par internet ne présente qu'un intérêt limité dès lors que l'auteur de ces lignes n'est autorisé ni à rechercher les causes de la « crise de la loi » — et, en conséquence, celles de la « crise du modèle légicentrique »<sup>4</sup> —, ni à proposer quelques évolutions de la légistique nécessaires afin que la loi se présente tel un outil normatif davantage adapté à cet objet mouvant et singulier que sont les activités internetiques. Aussi n'est-il guère pertinent de dissenter plus longtemps autour des actes législatifs et faut-il, de même, traiter de manière relativement brève les sources constitutionnelles et les sources décrétales du droit de la communication par internet. Les sources étatiques juridictionnelles et les sources étatiques spécialisées étant davantage originales, le chapitre qui leur est consacré sera nettement plus substantiel. Le Professeur Philippe Jestaz convient que « personne n'envisage de faire des règlements une source distincte

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 167. Ainsi, le texte de loi est « un discours normatif qui porte, dans sa structure, les marques linguistiques de la fonction législative, souveraineté et généralité » (G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 957). Et Carré de Malberg de préciser : « Cette force et cette puissance supérieures par où se caractérise la loi découlent directement de son origine et tiennent essentiellement à des causes formelles. Elles proviennent de la supériorité propre à la volonté de l'organe législatif statuant législativement. Finalement, donc, la notion de loi se ramène, en droit positif français, à une notion purement formelle » (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. 370).

<sup>3</sup> Par exemple, P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 102.

<sup>4</sup> D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », in 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, p. 17.

de la loi »<sup>1</sup>. C'est néanmoins le choix ici opéré : traiter les sources constitutionnelles et les sources décrétales à part des sources législatives, cela parce qu'il semble que, quelle que soit la profondeur de la « crise » qu'elle traverse, il s'avère toujours légitime d'étudier la loi au sein de paragraphes *ad hoc*. 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<sup>2</sup> ?

---

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 27.

<sup>2</sup> 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).



## Section 2

### La Constitution et le décret, des sources attendues mais discrètes

*La section qui débute prend place au sein d'un titre consacré aux sources étatiques du droit de la communication par internet. Au long de ce titre, il s'agit d'effectuer des observations et de procéder à des analyses afin 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 dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit ? Grâce à la précédente section, a déjà été évalué l'état de la loi à l'aune de la réalité des sources du droit de la communication par internet, étant entendu que, en ces pages relatives aux sources étatiques dites « politiques », lesdites sources ne sauraient, semble-t-il, être intéressantes en elles-mêmes tant elles sont déjà bien connues des chercheurs en droit. Ce qui motive la rédaction de ces paragraphes est surtout la question de la réaction (ou absence de réaction) des sources les plus ordinaires du droit face à l'essor de sources extraordinaires du droit, privées en particulier. Partant, si la loi, ainsi que souligné parmi les pages antérieures, connaît à tout le moins quelques difficultés à l'échelle de cette branche du droit spéciale qu'est le droit de la communication par internet, en va-t-il de même des autres sources étatiques à caractère politique ? Leur situation est-elle également, d'une façon ou d'une autre, paradoxale ? Une fois répondu à ces questions, il sera temps de porter le regard sur les sources étatiques à caractère non politique que sont les juridictions et les autorités spécialisées.*

Tant la Constitution (A) que 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 moderne, étatiques en particulier, peinent à trouver leur place et à conserver le premier rôle<sup>1</sup>. Y compris à l'intérieur

<sup>1</sup> Le Professeur Jacques Chevallier explique, notamment, que « la perte par le droit des attributs conquis avec l'avènement de la modernité tend du même coup à le fragiliser : tout se passe comme s'il était devenu, au stade de l'État providence, un colosse aux pieds d'argile ; le droit est partout, mais aussi plus vulnérable. Il suffira que l'État providence entre en crise pour qu'un doute s'installe sur les bienfaits de ce droit nouveau. Le mouvement de déréglementation qui se développera à partir de la fin des années 1970 est l'indice de cette *perte de fiabilité* du droit : il montre que le droit peut être considéré, non plus comme le garant nécessaire du progrès, mais aussi



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 des activités internetiques

La Constitution est décisive du point de vue des sources publiques du droit. En effet, elle comporte le *droit des sources*. C'est elle, surtout lorsqu'elle est approchée formellement plutôt que matériellement, qui régit la production étatique de règles de droit. En revanche, pour ce qui est de la Constitution non comme droit des sources mais comme source de droit, il se trouve peu de normes d'ordre constitutionnel au sein du droit de la communication par internet. Cela n'est peut-être guère surprenant tant il n'appartiendrait pas à l'office du constituant de chercher à établir les régimes juridiques applicables aux technologies et, quoique dans une moindre mesure, aux activités de l'internet (2). En particulier, le champ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne toucherait qu'à la marge les innombrables statuts juridiques qui constellent le droit de la communication par internet (1).

### 1. Les difficultés à placer l'internet et les activités internetiques dans le champ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Certains professeurs, Louis Favoreu tout spécialement, ont entendu positionner la Constitution au centre des études et de la pensée juridiques<sup>1</sup>. Néanmoins, en conclusion d'une thèse consacrée au thème « Constitution et Internet », une jeune chercheuse ne peut que se résoudre à relever que, « depuis 20 ans, le droit du réseau se construit en marge de l'ordre constitutionnel »<sup>2</sup>. Et un autre auteur de 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 »<sup>3</sup>. Le droit de demain porterait ainsi profondément atteinte à l'éminence de la Constitution dans la réalité et dans la pensée du droit. Le regard posé sur le droit de la communication par internet amène plutôt à confirmer ce diagnostic. Certes, qualitativement parlant, l'article 11 de la Déclaration des droits

---

comme un frein et un obstacle, entravant le dynamisme de l'économie et de la société, voire comme un instrument d'intervention dans les rapports sociaux immoral et injuste. Néanmoins, la crise de la modernité juridique ne signifie pas la mort du droit : elle annonce et prépare tout au plus le développement d'une conception nouvelle, donc "post-moderne", du droit, qui, sans rompre radicalement avec la conception précédente, n'en relève pas moins d'une logique différente » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 107 (souligné dans le texte original)).

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 340.

<sup>3</sup> C. COLLIOT-THÉLÈNE, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 3.

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 du contenu de la communication par internet d'origine étatique, mais, globalement, les normes d'ordre constitutionnel ne sont qu'une très petite partie du droit de la communication par internet, si bien qu'il serait peu opportun de dissenter à leur sujet au long de nombreuses pages.

Simplement faut-il brièvement insister sur le fait qu'il apparaît rarement justifié de vouloir incorporer les activités et, surtout, les technologies internetiques parmi l'objet de la Constitution.

## **2. Les difficultés à inclure l'internet et les activités internetiques dans l'objet de la Constitution**

Le terme « Constitution » n'a pas toujours désigné la « charte fondamentale » d'un État ; il ne doit notamment pas être confondu avec les premières Constitutions des empereurs en droit romain<sup>1</sup>. C'est avec la philosophie des « Lumières » et les révolutions américaine et française que la Constitution a acquis son sens moderne, politique et juridique. Aujourd'hui, la notion de Constitution, instrument essentiel dans l'entreprise moderne de domestication du pouvoir par le droit, n'est guère discutable<sup>2</sup>. Il convient donc de ne pas s'attarder sur sa définition, même si, en ce que le pouvoir constituant originaire appartient entièrement au domaine du fait et nullement au domaine du droit, quelques-uns hésitent quant au sens et à la place à lui octroyer — Georges Burdeau mettait 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 »<sup>3</sup> — ; et même s'il faut distinguer la Constitution au sens formel et la Constitution au sens matériel<sup>4</sup>. Il est simplement loisible de rappeler que 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 »<sup>5</sup>, « le pouvoir constituant [étant] la forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 166.

<sup>2</sup> Cf., néanmoins, P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1966, p. 171 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 124). La norme fondamentale de l'ordre juridique français est « la Constitution du 4 octobre 1958 doit être respectée en tant qu'ensemble de normes juridiques valides ». Mais reste la question de savoir quelle norme confère sa validité à la norme fondamentale. S'il appartient au caractère de la norme fondamentale de ne pas avoir besoin de norme validante, il est permis d'en dire de même de la Constitution ou, en tout cas, de la première Constitution.

<sup>4</sup> Le texte de la Constitution se double d'une « Constitution réelle », née de la pratique du pouvoir, et d'une « Constitution vivante », née des interprétations du juge constitutionnel. Cf., en particulier, G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 s. Il n'y a toutefois en cette observation rien d'extraordinaire tant le décalage entre la Constitution écrite et la Constitution réelle est aujourd'hui accepté comme un fait naturel et ordinaire.

<sup>5</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Coursus-philosophie, 1999, p. 47.

<sup>6</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 201. Le professeur explique également que « le contrat social est une notion de droit naturel alors que la Constitution est une notion de droit positif ; le premier est l'acte par lequel la nation acquiert son unité en tant qu'être de droit naturel, tandis que la seconde organise l'État » (*ibid.*, p. 238). Aussi s'efforce-t-il, au long de plusieurs pages, de démontrer que le contrat social n'est pas

Georges Burdeau pouvait ainsi écrire que « souveraineté du peuple et constitution créatrice, c'est tout un »<sup>1</sup>. Néanmoins, peut-être vaudrait-il mieux se borner à retenir que « la Constitution est une loi où s'exprime la volonté du souverain »<sup>2</sup>, ce dernier n'étant pas nécessairement le peuple ; ou bien, avec 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 »<sup>3</sup>. Mais ces lignes ne sont pas le lieu où débattre plus en profondeur de ce point.

Ensuite, en tant qu'acte normatif suprême de l'ordre juridique, la Constitution exprime la souveraineté interne de l'État. Et, étudiée du point de vue du droit international, elle manifeste la souveraineté extérieure. L'existence d'une Constitution prouve qu'un État est maître de son droit positif puisqu'il se donne librement son propre régime politique<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. Le texte de la Constitution étant le socle fondateur de l'entité étatique, il produit des « effets » qui sont à la fois juridiques et politiques. Du point de vue juridique, les effets constitutionnels se manifestent d'abord par l'établissement des organes institutionnels du pouvoir, déterminés en leur nature et en leur fonction ; ces effets résident aussi dans les procédures de distribution et d'inter-relation des compétences respectives de chacun d'eux<sup>6</sup>. Les lois constitutionnelles édictent 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 charge d'exercer la puissance publique ; elles établissent également ce que doivent être leurs relations réciproques<sup>7</sup>. Du point de vue politique, les effets constitutionnels se déchiffrent dans la typologie des modes de gouvernement et, partant, définissent traditionnellement les divers régimes. *Comprise de la sorte, la Constitution ne peut entretenir quelque intimité problématique que ce soit avec le droit des activités internetiques.*

---

une Constitution (*ibid.*, p. 238 s.). 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.

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1966, p. 89 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 126).

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 808 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 126).

<sup>3</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1916, p. 217.

<sup>4</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 217-218.

<sup>5</sup> D. GRIMM (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 204). Le Professeur Olivier Beaud explique : « Le juge Marshall a formulé le théorème de la constitution dans la célèbre décision *Marbury v. Madison* : “tous ceux qui ont élaboré des constitutions écrites les considèrent comme formant la loi fondamentale et suprême de la nation, et par conséquent la théorie de toute forme de gouvernement de ce type doit être qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul”. Une telle notion de Constitution présuppose donc l'idée d'une différenciation des normes juridiques, ce qu'on appelle depuis Kelsen la hiérarchie des normes. Cette infériorité de la loi ordinaire à la Constitution ou cette subordination du Parlement au Constituant constitue la grande innovation de la révolution américaine » (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 206).

<sup>6</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 52.

<sup>7</sup> *Ibid.*

Par le terme « Constitution », est désigné l'acte de souveraineté qui, par un texte le plus souvent, pose, de manière solennelle, les règles fondamentales que doit observer la mise en mouvement des instances de l'État. Il est absolument nécessaire qu'un corps politique ait une Constitution, « il ne peut exister sans elle » disait Sieyès<sup>1</sup>. Il faut croire, en revanche, qu'un droit tel que le droit de la communication par internet, d'autant plus qu'il est à ranger dans la sphère du droit privé davantage que dans la sphère du droit public, peut se passer de normes étatiques à valeur constitutionnelle. Comme l'écrivait Kelsen, « l'essence d'une Constitution réside dans la réglementation de la création des normes »<sup>2</sup>. Dans son acception formelle du moins, une Constitution ne sert donc qu'à encadrer la production normative, et non pas toute la production normative mais seulement la production normative étatique. Elle est le foyer du droit des sources étatiques — ou, dit autrement, la « loi des lois »<sup>3</sup> — ; il est inimaginable qu'elle puisse, d'une façon ou d'une autre, dominer une matière telle que le droit de la communication par internet. D'ailleurs, Portalis remarquait que, y compris quant aux régimes juridiques applicables au fonctionnement des institutions de l'État, la Constitution ne joue toujours, quantitativement parlant, qu'un rôle bien secondaire<sup>4</sup>. Ce n'est pas autre chose qui a conduit Kelsen à recourir à la métaphore de la « pyramide » des normes : plus une catégorie de normes étatiques a de valeur, moins elle comporte un nombre élevé de normes<sup>5</sup>.

Comme l'écrivent des professeurs, « la théorie de la Constitution et le droit constitutionnel semblent se suffirent à eux-mêmes »<sup>6</sup>. Historiquement, il y a coïncidence entre l'apparition des Constitutions et l'émergence de l'État moderne. On considère en conséquence que « la Constitution et le droit constitutionnel ont pour objet l'État et les limites de son pouvoir »<sup>7</sup> ; ils ne peuvent guère que très marginalement avoir pour objet les communications électroniques ou, à plus forte raison, les communications par internet. Néanmoins, au-delà,

---

<sup>1</sup> E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État ?* (1789), Puf, 1982 (cité par S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 47).

<sup>2</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, Puf, coll. Léviathan, 1996. Ailleurs, l'illustre penseur viennois 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*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 300).

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 167.

<sup>4</sup> En effet, l'illustre jurisconsulte observait qu'« on parle du pouvoir constituant comme s'il était toujours présent ; quand la constitution d'un peuple est établie, le pouvoir disparaît, c'est la parole du créateur qui commande une fois pour gouverner toujours ; c'est sa main toute-puissante qui se repose pour laisser agir les causes secondes après avoir donné le mouvement et la vie à tout ce qui existe » (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 441).

<sup>5</sup> Et il existe peut-être même une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le principe de souveraineté prévaudrait sur toute autre disposition constitutionnelle y portant atteinte. Tel est notamment le cas si la souveraineté se définit comme un « droit au droit », si la souveraineté est assimilée à la « Grundnorm » kelsénienne.

<sup>6</sup> O. JOUANJAN, É. MAULIN, « La théorie de l'État entre passé et avenir – Journées en l'honneur de Carré de Malberg », *Jus Politicum* 2008, n° 12, p. 3.

<sup>7</sup> F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2014, p. 5. Également, O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 355 s.

peut-être la Constitution est-elle « plus que ce qu'en dit le texte : elle est une expression substantielle des droits de l'homme et de la démocratie dont le Conseil constitutionnel est le gardien, le "conservateur" »<sup>1</sup>. La Constitution, approchée matériellement et non formellement, pourrait alors jouer un rôle cardinal dans le domaine du droit de la communication par internet et, plus spécialement, dans celui du droit du contenu 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. L'observation amène cependant à considérer que, sans normes constitutionnelles, le visage du droit de la communication par internet ne serait que peu changé.

Transnational et fuyant, l'internet est un espace original pour le droit ; mais il est un espace qui, comme les autres, est en théorie soumis au respect des droits et libertés fondamentaux consacrés par le « bloc constitutionnel ». Seulement ne se trouve-t-il guère d'élément original en cela. Éventuellement faudrait-il débattre autour du problème de l'effectivité des normes d'origine étatique, problème qui se pose quant à la Constitution — laquelle est loin d'être un « infracturable verrou »<sup>2</sup> — 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<sup>3</sup>. 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. Pour autant, certaines des problématiques juridiques que posent les communications par internet peuvent être ramenées à des problématiques très classiques et être soumises, dès lors, aux normes de valeur constitutionnelle qui leur préexistaient. Mais, de cela, il n'y a guère de grands enseignements à tirer quant à l'évolution des sources constitutionnelles. Et, concernant l'évolution des sources du droit en général, il n'est que possible de remarquer le retrait, éventuellement le déclin, de la Constitution, retrait ou déclin qui suit très exactement celui des sources étatiques dans leur globalité.

En outre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel — qu'il faut précisément séparer de la Constitution ici envisagée — paraît constituer une source nettement plus importante du droit de la communication par internet que les textes à valeur constitutionnelle<sup>4</sup>, ce qui est une donnée d'importance et sur laquelle il s'agira de revenir par la suite.

---

<sup>1</sup> F. SAINT-BONNET, « Loi », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 963.

<sup>2</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 357.

<sup>3</sup> M. DE VILLIERS, « Le principe de constitutionnalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 375.

<sup>4</sup> En particulier, Cons. const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*

La Constitution de la V<sup>e</sup> République est la plus durable de l'histoire constitutionnelle de la France, mise à part la III<sup>e</sup> République qui ne disposait pas à proprement parler d'une Constitution au sens formel et habituel du terme et « dont la vie ne fut, en réalité, de 1875 à 1940, qu'une succession de survies »<sup>1</sup>. Il y aurait bien sûr d'innombrables thèses à écrire sur et autour de la Constitution française ou bien sur et autour de l'idée et de la notion de Constitution, notamment car, si l'outil constitutionnel a peu entravé l'action législative tout au long du XIX<sup>e</sup> s. et même durant la plus grande partie du XX<sup>e</sup> s., il en va aujourd'hui très différemment<sup>2</sup>. En ces pages, toutefois, il n'est pas lieu de poursuivre plus avant la discussion et il faut sans attendre descendre de quelques étages au sein de la « pyramide », cela afin d'envisager le décret en tant que source du droit de la communication par internet. Lui-aussi n'occupe qu'une place secondaire à l'intérieur du droit d'origine étatique applicable aux activités internetiques. C'est cette donnée qui explique le rapprochement, en ces développements, de la Constitution et du décret et leur traitement à part de la loi.

## B. L'insuffisance du décret en matière de régulation des activités internetiques

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. Les décrets correspondent aux règlements et mesures individuelles pris par le Président de la République (décrets délibérés en Conseil des ministres) et par le Premier ministre (décrets en Conseil d'État et décrets simples) en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par la Constitution de la V<sup>e</sup> République, spécialement à ses articles 13 et 21<sup>3</sup>. Souvent décriés en ce qu'ils incarneraient un droit bureaucratique et technocratique, préparé dans le secret des cabinets et « bouffi de précisions techniques »<sup>4</sup>, ces actes administratifs unilatéraux pourraient cependant être les bienvenus dès lors qu'il s'agit pour le droit étatique de saisir les activités

---

dans la société de l'information ; Cons. const., déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

<sup>1</sup> J. CHASTENET, *Cent ans de République*, Hachette-Tallandier, 1970.

<sup>2</sup> Partant de l'analyse des institutions de la III<sup>e</sup> République, Carré de Malberg constatait l'omnipotence parlementaire et le règne de l'État légal, cela au détriment de l'État de droit puisque le pouvoir législatif n'était soumis à aucune limitation. L'illimitation de la puissance parlementaire lui paraissait avoir pour cause la notion de volonté générale. La situation a très fortement évolué avec la consécration d'un contrôle de constitutionnalité dans la Constitution du 4 octobre 1958 et son renforcement progressif, jusqu'à la question prioritaire de constitutionnalité et donc le contrôle de constitutionnalité a posteriori permis par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (L. constitutionnelle n° 2008-724, 23 juill. 2008, *De modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*). Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie du Recueil Sirey, 1932 ; D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale – L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », *Jus Politicum* 2012, n° 8.

<sup>3</sup> Aux termes de l'article 13, « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres », l'article 19 précisant que ces actes doivent être « contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables ». Quant à l'article 21, il prévoit que, « sous réserve des dispositions de l'article 13, [le Premier ministre] exerce le pouvoir réglementaire », l'article 22 ajoutant que les actes du Premier ministre doivent être « contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ».

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 180.

internetiques, d'autant plus qu'ils répondent à des procédures d'édiction plutôt rapides. Pourtant, *de facto*, les sources décrétales sont loin de jouer un rôle central et décisif en matière de production du droit de la communication par internet. Certains observateurs, qui ne se focalisent pas sur cette branche du droit, soulignent d'ailleurs la « crise du pouvoir réglementaire »<sup>1</sup>. 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 (1) ; et ils servent en particulier à mettre en place des instances ministérielles spécialisées dépourvues de pouvoir créateur (2).

## 1. Des décrets d'application des lois plus souvent que des décrets autonomes

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. Le législateur trouve dans ce dernier article des justifications à sa compétence en matière d'internet et de communication par internet<sup>2</sup>. Cela vaut d'ailleurs pour le droit des communications électroniques et pour le droit de la communication plus généralement. 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 »<sup>3</sup> — de prendre des décrets autonomes afin d'intervenir dans la matière. Restent les décrets d'application des lois mais, comparativement aux dites lois, ils sont secondaires<sup>4</sup>. Assurer l'exécution de la loi est la fonction traditionnelle du règlement en général et du décret plus particulièrement. Portalis le rappelait : « C'est aux lois à poser en chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance d'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements »<sup>5</sup>. Par exemple, la loi a reconnu la valeur de la preuve électronique<sup>6</sup>, tandis que des décrets sont venus détailler les modalités techniques de la signature

<sup>1</sup> B. FAURE, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, p. 547 s.

<sup>2</sup> L'article 34 de la Constitution prévoit notamment que « la loi fixe les règles concernant [...] la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

<sup>3</sup> Kelsen traduisait cela par ces mots : « La Constitution remet la création des normes juridiques générales en principe à un Parlement élu par le peuple, mais permet que les lois soient précisées et complétées par des normes générales qu'éditeront certains organes administratifs ; il se peut même que la Constitution habilite le Gouvernement à édicter à la place du Parlement, dans certains cas exceptionnels [...] certaines normes générales. [...] Ce sont soit des règlements complémentaires ou d'application des lois, soit des règlements supplétifs des lois » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 309).

<sup>4</sup> Pour ne prendre qu'un exemple, peut être cité le décret sur la conservation des données d'identification du 1<sup>er</sup> mars 2011, publié plus de six ans après l'adoption de la LCEN, laquelle prévoit, à son article 6-II, une obligation de conservation des données d'identification des créateurs de contenus en ligne.

<sup>5</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

<sup>6</sup> L. n° 2000-230, 13 mars 2000, *Portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*.

électronique<sup>1</sup>. Seulement n'y a-t-il pas grand-chose à dire en la matière à l'aune du droit de la communication par internet. Partant, il faut évoquer succinctement la place du décret dans ce droit. Il est très peu d'enseignements inédits à en tirer.

La séparation des fonctions dans la pensée de Jean Bodin a pour effet de faire triompher, à tous les degrés de la hiérarchie, l'administration. C'est l'administration qui, au moyen des corps et des collèges, étend son réseau sur toute la société<sup>2</sup>. Le droit de la communication par internet montre que, tout au contraire, l'administration est soumise au Parlement, formellement du moins puisqu'il est bien connu que neuf lois promulguées sur dix environ ont pour origine une initiative gouvernementale. Et, dans tous les cas, le pouvoir exécutif connaît autant de difficultés que le pouvoir législatif face à cet objet complexe et délicat 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.

L'un des seuls éléments réellement remarquables est que le Gouvernement a adopté, le 27 septembre 2004, 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<sup>3</sup>. En parallèle, le Parlement devait « améliorer les conditions d'examen des textes concernés »<sup>4</sup>. 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 ». Ce fait invite à revenir sur le constat qu'opérait Louis Favoreu, selon lequel l'article 38 serait « neutralisé » depuis la fin des années 1970<sup>5</sup>. Il paraît néanmoins excessif de parler de « détournement de la Constitution » à la seule vue de ce phénomène<sup>6</sup>. Les ordonnances relevant de l'article 38 ne sont porteuses que d'une toute petite part du droit de la communication par internet.

Si les décrets intervenant dans le domaine du droit de la communication par internet sont donc davantage des décrets d'application des lois que des décrets autonomes, leur objet est tout spécialement d'instituer des instances ministérielles *ad hoc*, lesquelles ne disposent généralement pas de la capacité de créer du droit et jouent ainsi un rôle accessoire dans la construction de ce droit.

---

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 145.

<sup>3</sup> Circ., 27 sept. 2004, *Relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées au sein des institutions européennes*.

<sup>4</sup> C. PHILIP, « La Transposition des directives européennes », rapport à l'Assemblée nationale n° 1709, juill. 2004.

<sup>5</sup> L. FAVOREU, « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFD const.* 1997, p. 677 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 189).

<sup>6</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 190.



## 2. Des décrets de création d'institutions ministérielles spécialisées dépourvues de fonction normative

L'internet a 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. 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<sup>1</sup>, de la « mission pour l'économie numérique », établie par décret en 2001<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>, et de la « délégation aux usages de l'internet », instituée par décret en 2003<sup>4</sup>. 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. Elle, dont les missions ont été élargies en 2008 au développement de nouveaux usages liés aux évolutions de l'internet et de l'internet mobile, 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 »<sup>5</sup> ; 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 »<sup>6</sup>. Elle satisfait à cette mission en assurant 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.

Le « comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire », auquel s'est ensuite substitué le « comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires »<sup>7</sup>, bientôt rebaptisé « délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale » (DATAR)<sup>8</sup>, s'est à quelques reprises intéressé à des questions en lien

---

<sup>1</sup> D. n° 99-1048, 14 déc. 1999, *Portant création d'une mission pour le commerce électronique*.

<sup>2</sup> D. n° 2001-1060, 14 nov. 2001, *Portant création de la mission pour l'économie numérique*.

<sup>3</sup> D. n° 2000-1167, 1<sup>er</sup> déc. 2000, *Portant création d'une mission interministérielle pour l'accès public à la micro-informatique, à l'internet et au multimédia*.

<sup>4</sup> D. n° 2003-1168, 8 déc. 2003, *Portant création d'une délégation aux usages de l'internet*.

<sup>5</sup> [en ligne] <delegation.internet.gouv.fr>.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> D. n° 2005-1270, 12 oct. 2005, *Relatif à la création du comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires*.

<sup>8</sup> D. n° 2009-1549, 14 déc. 2009, *Créant la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale*.

avec le développement de l'internet, en particulier celles touchant à l'accès au réseau<sup>1</sup>. Il en va similairement du « comité interministériel pour la réforme de l'État »<sup>2</sup>, qui s'était penché spécialement sur l'administration électronique. La Direction générale des entreprises<sup>3</sup> (antérieurement Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services<sup>4</sup>), 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<sup>5</sup>, 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 que de participer aux négociations internationales dans ces domaines<sup>6</sup>. 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. Peut encore être mentionnée l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, créée par le décret du 7 juillet 2009<sup>7</sup>, en ce qu'elle est 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. Pour sa part, le Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, créé par décret en 2009 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<sup>8</sup>. Pour l'essentiel, ses attributions se cantonnent à l'exercice d'un pouvoir

---

<sup>1</sup> 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>).

<sup>2</sup> 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, 1<sup>er</sup> juill. 2010, *Relatif à la suppression de commissions et instances administratives*.

<sup>3</sup> Cette direction était intégrée au ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur (D. n° 93-1272, 1<sup>er</sup> déc. 1993, *Relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur*, art. 1<sup>er</sup>). 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*).

<sup>4</sup> D. n° 2009-37, 12 janv. 2009, *Relatif à la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services*.

<sup>5</sup> D. n° 2005-52, 26 janv. 2005, *Modifiant le décret n° 93-1272 du 1<sup>er</sup> décembre 1993 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>6</sup> Cf. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1697.

<sup>7</sup> 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*).

<sup>8</sup> D. n° 2009-64, 16 janv. 2009, *Relatif au Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies*.

consultatif, recommandatoire et évaluatif<sup>1</sup>. Mais ces diverses institutions rattachées au Gouvernement et à l'exécutif participent de la constitution du droit de la communication par internet de façon bien trop modeste pour pouvoir être étudiées plus en détails.

Quant à la Direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC), placée auprès du ministère de la culture et de la communication, elle 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<sup>2</sup>. 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. Et elle sert de relais à des travaux réalisés par ou pour le compte d'autres organes publics tels que le Premier ministre, le ministre délégué à l'industrie, le Commissariat général au plan, le Conseil d'analyse économique, l'Observatoire européen de l'audiovisuel ou encore le Centre national de la cinématographie. Aussi l'observateur est-il conduit à considérer que les décrets servent surtout à instituer des organes dont la fonction est de servir de sources matérielles, de fournir une expertise aux diverses sources formelles étatiques non décrétales.

Enfin, mérite d'être mentionnée à cet instant 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 », en précisant que des peines de nature exclusivement pécuniaire apparaissaient parfaitement adaptées et proportionnées à la répression de ce type de faits et que l'amende délictuelle pourrait 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<sup>3</sup>, ainsi qu'à violer la loi du 1<sup>er</sup> août de la même année<sup>4</sup>. Où il s'avère que l'internet sème la confusion parmi les sources étatiques. Ce constat est d'autant plus vrai dès lors que sont prises en compte les sources étatiques juridictionnelles et les sources étatiques spécialisées, c'est-à-dire les sources étatiques « non politiques ». Davantage intéressante que la réflexion sur la Constitution et sur le décret est la réflexion sur ces dernières sources. Il faut donc y consacrer de plus substantiels développements.

---

<sup>1</sup> [en ligne] <cgeiet.economie.gouv.fr>.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> 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 DES SOURCES ÉTATIQUES SPÉCIALISÉES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

*Précédemment en cette thèse, a été insisté sur les enjeux attachés à la capacité des sources publiques à abandonner le moins possible la production des normes constitutives du droit de la communication par internet aux sources privées, surtout dès lors qu'est en cause la régulation des activités internetiques, donc le droit des contenus. Ensuite, il s'est agi d'interroger les sources publiques de la branche du droit en cause en conservant à l'esprit cet enjeu et en ayant pour objectif de tirer quelques enseignements sous cet angle — car, si les sources privées du droit de la communication par internet sont plutôt originales en elles-mêmes, il n'en va pas à l'identique des sources publiques —. Or il s'est avéré que les sources internationales font face à des difficultés et à des limites ontologiques difficilement surmontables, ce qui interdit d'imaginer qu'elles pourraient, d'une façon ou d'une autre, en venir à dominer la création du droit de la communication par internet, cela malgré le fait que l'échelle internationale soit a priori la plus naturelle dès lors qu'il s'agit d'encadrer des activités transnationales souvent planétaires. Puis, le regard s'est tourné en direction des sources européennes, lesquelles s'avèrent bien davantage que les sources internationales en mesure d'établir des régimes juridiques complets, précis et pertinents mais se heurtent au problème de la territorialité continentale de l'applicabilité des règles qu'elles élaborent. Restait alors à envisager les sources étatiques du droit de la communication par internet, ce qui est fait au long du titre dans lequel le présent chapitre prend place. Ce dernier portera sur les sources étatiques à caractère non politique quand le précédent chapitre se rapportait aux plus classiques sources étatiques à caractère politique. S'il apparaît que quelques paradoxes affectent lesdites sources étatiques à caractère politique, spécialement dès lors que la loi est très présente mais peu efficiente et que la Constitution et le décret sont espérés mais relativement effacés, des contradictions plus évidentes frappent peut-être les sources étatiques à caractère non politique. En effet, la peu légitime jurisprudence porte d'innombrables mais fragiles normes applicables aux activités internetiques quand les plus légitimes — au moins possiblement — autorités étatiques spécialisées se présentent telles des sources guère*

*productives et efficaces normativement. À l'échelle du droit de la communication par internet, échelle permettant — semble-t-il — d'envisager quel serait le visage du droit original qui pourrait bientôt remplacer le droit moderne étato-national aujourd'hui encore dominant, la situation des sources étatiques et des sources publiques en général est donc globalement chaotique, spécialement en comparaison des succès des sources privées. Aussi sera-t-il, une fois le présent chapitre épuisé, temps de conclure cette thèse par une « ouverture » visant, sous un angle jus-politique et non jus-scientifique, à interroger brièvement la perturbation de l'État dont témoigneraient les sources du droit de la communication par internet ainsi que la rénovation de l'État que lesdites sources appelleraient.*

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, 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 peut-être plus importante. C'est pourquoi a été décidé de s'intéresser de manière plus approfondie aux normes contenues dans les décisions juridictionnelles créatrices de droit et dans les règlements édictés par les institutions *ad hoc* qu'aux normes portées par la Constitution, par les lois et par les décrets. Ces premières 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 »<sup>1</sup>. 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 technicienne »<sup>2</sup>, 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 ?

En premier lieu, doit être remarqué qu'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, ainsi que l'indiquent les résultats de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques, le droit de la communication par internet est composé de 14 % de normes produites par les juges et de seulement 3 % de normes produites par les autorités étatiques spécialisées<sup>3</sup>. Plus précisément, le droit du contenu de la communication par internet comporte 14 % de normes issues des sources juridictionnelles et 1 % de normes issues des sources spécialisées quand le droit du contenu de la communication par internet est

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 343.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *L'État*, Le Seuil, 1970, p. 169.

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

constitué de 14 % de normes issues des sources juridictionnelles et de 4 % de normes issues des sources spécialisées<sup>1</sup>.

À titre de comparaison, les juridictions contribuent à hauteur de 5 % à la production du droit des réseaux de communications électroniques et également à hauteur de 5 % à la production du droit de la communication audiovisuelle, tandis que les autorités étatiques *ad hoc* participent à hauteur de 15 % à la production du droit des réseaux de communications électroniques et à hauteur de 26 % à la production du droit de la communication audiovisuelle<sup>2</sup>. Cette complète opposition en termes de composition normative 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 part faible 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 »<sup>3</sup>.

Ces observations suscitent divers commentaires, en premier lieu car, concernant des objets inhabituels 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 publiques<sup>4</sup>. Cela conduit à la fois à s'étonner de la position marginale qu'occupent les autorités *ad hoc* en droit de la communication par internet et à la regretter. Peut-être est-ce à raison que Montesquieu estimait que la loi, au sens large, devrait avant tout consister en un acte de connaissance puisque, de la sorte, « ceux qui commandent » augmenteraient leur « connaissance sur ce qu'ils doivent prescrire », condition *sine qua non* pour que « ceux qui obéissent » trouvent un « nouveau plaisir à obéir »<sup>5</sup>.

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 »<sup>6</sup>. 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

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> En ce sens, B. BARRAUD, « Le droit de l'internet abandonné aux juges ? Illustration par la construction du régime de responsabilité des sites de partage de vidéos », *RLDI* 2014, n° 110, p. 48 s.

<sup>4</sup> 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 fait place la souplesse et à la stabilité [fait place] l'adaptabilité » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 677). Dans les autorités *ad hoc* résideraient les sources étatiques les mieux à même de répondre à ce besoin.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. I, chap. 17.

<sup>6</sup> 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.

juges »<sup>1</sup>. 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 beaucoup plus rarement, au profit dudit « arbitraire des juges ». Or il en va tout à l'inverse, 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 »<sup>2</sup> que d'incompétence de celui-ci et d'inconsistance de ses interventions dans *un contexte où le temps juridique s'accélère*<sup>3</sup>, *l'espace juridique s'étend*<sup>4</sup> et *l'objet juridique se complexifie*<sup>5</sup>. On relève que la délégation du législateur à d'autres organes étatiques trouve la plupart du temps sa justification dans la « nécessité de compléter la loi pour assurer son adaptation aux faits »<sup>6</sup> ; et d'ajouter que « 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 »<sup>7</sup>. 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.

Enfin, il convient de préciser que d'autres sources étatiques « non politiques » existent : ce sont les coutumes étatiques. Il existe une telle coutume étatique à chaque fois que « les autorités de l'État suivent, dans leur fonctionnement et leur action, une pratique constante tenue par elles pour obligatoire »<sup>8</sup>. Ces coutumes ne sauraient être envisagées ici plus avant car elles ne sont à l'origine d'aucune norme applicable directement aux activités internetiques. 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 successivement les sources étatiques juridictionnelles (*section 1*) et les sources étatiques spécialisées (*section 2*).

---

<sup>1</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Par exemple, Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2000.

<sup>4</sup> Par exemple, 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. 17 s.

<sup>5</sup> Par exemple, M. DOAT, J. LE GOFF, P. PÉDROT, dir., *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, 2007 ; M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 93 s. ; S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement – Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, th., Université Paris X - Nanterre-La Défense, 2000.

<sup>6</sup> 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. 55.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 89. La coutume est la source exclusive des règles de valeur constitutionnelle en Grande-Bretagne et le droit constitutionnel français n'ignore pas la référence à la « tradition républicaine » ou à la « tradition constitutionnelle » (*ibid.*, p. 90). Et la coutume est une source étatique non politique primordiale en droit international public.

## Section 1

### **Les juridictions, des sources surexploitées mais inopportunes**

*Cette section est comprise dans un titre portant sur les continuités, les mouvements et les 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. À travers les premiers développements de ce titre, ont tout d'abord été étudiées les sources étatiques à caractère politique que sont la loi, la Constitution et le décret. Cela a été fait de manière relativement succincte et dépouillée car lesdites sources « politiques » ne présentent guère de profonde originalité, sont toutes déjà bien connues des juristes. Néanmoins, les précédentes pages ont permis de mettre en lumière certains paradoxes quantitatifs et/ou qualitatifs dans l'état de ces sources, cela à l'échelle de cette branche du droit symptomatique du droit du futur que serait le droit de la communication par internet. Il s'agit désormais d'observer, toujours à l'aune de cette branche du droit, les continuités, les mouvements et les ruptures parmi les sources étatiques à caractère non politique que sont les juridictions et les autorités spécialisées. Or il s'avère que la situation de ces dernières est elle-aussi paradoxale : alors qu'est attendue une production du droit largement confiée aux sources étatiques spécialisées et seulement ponctuellement assurée par les sources étatiques juridictionnelles, la situation — ainsi qu'en attestent les résultats de l'expérience portant sur la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques présentés au sein d'un ouvrage intitulé Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience — est celle d'un droit de la communication par internet d'origine étatique bien davantage aux mains des cours et tribunaux qu'aux mains des autorités spécialisées. Aussi faut-il s'intéresser aux uns et aux autres et, en premier lieu, se concentrer sur les sources juridictionnelles, sources semble-t-il inopportunes mais pourtant surexploitées. Une société pourrait peut-être se passer de lois, mais elle ne pourrait pas se passer de juges ; seulement les juges sont-ils en mesure de faire la loi ?*

Plus que la qualité de source formelle du droit de la jurisprudence, aujourd'hui largement acceptée par la doctrine, ce qui est remarquable réside peut-être dans *l'importance quantitative de la jurisprudence* parmi l'ensemble du droit de la communication par internet d'origine étatique. Certes, « le judiciaire a depuis longtemps abdiqué l'ambition des parlements d'ancien



régime qui prétendaient résumer dans l'État judiciaire la totalité de l'État »<sup>1</sup>, la forte influence de la jurisprudence sur l'orientation et l'aspect du droit de la communication par internet d'origine étatique n'en est pas moins saisissante. Dans le droit baroque de l'avenir, le juge serait obligé de prendre en charge une large part de la production étatique des normes, cela peut-être afin de compenser les difficultés que rencontrent les sources étatiques « politiques », lesquelles seraient aussi les « sources étatiques officielles » quand les sources juridictionnelles, sources « non politiques », ne seraient que des « sources étatiques non officielles ».

D'aucuns mettent en exergue l'immense rôle pratique de la « loi de la jurisprudence »<sup>2</sup>. Et un professeur de remarquer que « les juges détiennent un pouvoir considérable, mais tributaire de toutes sortes de conditionnements qui font que, dans l'exercice de ce pouvoir, ils ne sont pas que des juges. Ils sont conduits à dépasser la fonction. Ils sont le pluralisme en actes »<sup>3</sup>. Le droit de la communication par internet invite peut-être à abonder dans le sens de ces constats dès lors que le pouvoir judiciaire tend à empiéter fortement sur la fonction créatrice, alors qu'il est déjà *le principal acteur de la fonction applicatrice*. En ces pages, il conviendra de se concentrer sur la fonction créatrice, ce qui n'est possible qu'à condition d'accepter que les magistrats, *de facto*, font œuvre créatrice et non seulement œuvre applicatrice.

En droit étatique de la communication par internet, il se trouve à la fois du droit *ex ante* consacré par la loi et du droit *ex post* façonné par le juge, l'important étant que la part du second, si elle ne rivalise pas avec celle du premier, s'avère plus élevée en la matière que dans la plupart des branches du droit. Or la tendance, à l'ère moderne du droit, semble correspondre à un déclin de la place de la jurisprudence (coïncidant paradoxalement avec une prise de conscience toujours plus grande du besoin de l'étudier). Le droit de la communication par internet, une fois de plus, témoignerait des profondes différences qui existeraient entre les droits « moderne » et « postmoderne ». Si « la jurisprudence, mieux que les articles du Code dans leur sècheresse, reflète tous les aspects mouvants et complexes de la vie sociale »<sup>4</sup> et si, « en un mot, [elle] est l'«histoire en marche» »<sup>5</sup>, cela ne pourrait que valoir à plus forte raison à l'égard du droit de la communication par internet.

Reste que la position centrale occupée par les sources juridictionnelles de règles à portée générale parmi les sources étatiques du droit de la communication par internet est une donnée qui semble incontestable quant à sa réalité (A) mais critiquable sous l'angle de sa légitimité (B).

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 35.

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 83.

<sup>3</sup> J.-J. SUEUR, « Analyser le pluralisme pour comprendre la mondialisation ? », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 111.

<sup>4</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 135.

<sup>5</sup> *Ibid.*

## A. La constatation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet

Trois millions de décisions de justice sont rendues tous les ans en France<sup>1</sup>. Ce sont donc trois millions de situations juridiques qui sont réglées par les juges. Outre le fait qu'une petite part seulement de ces décisions possède quelque rapport avec la communication par internet, c'est une infime minorité d'entre elles qui vient ajouter une ou plusieurs norme(s) au droit positif. Il n'en demeure pas moins que le droit de la communication par internet, en particulier comparativement aux autres branches du droit des communications électroniques, est composé d'une part relativement élevée de règles de droit d'origine prétorienne, établies par les sources juridictionnelles, par ce « Tiers pouvoir »<sup>2</sup> de moins en moins conciliant avec la noblesse juridique. Des professeurs y perçoivent même un phénomène d'une ampleur inédite<sup>3</sup>. « Partout s'impose à nous le fait qu'une très grande partie du droit est d'origine jurisprudentielle », écrivait Michel Villey en 1974<sup>4</sup>. Il faut croire que ce fait s'impose à l'observateur de façon particulièrement pressente dans la branche du droit représentative de ce que pourrait être le droit de demain qu'est le droit des activités internetiques<sup>5</sup>.

Ensuite, 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 »<sup>6</sup> mais plutôt le rôle décisif joué par le droit d'origine juridictionnelle dans l'*étatisation* du droit de la communication par internet. En d'autres termes, il serait possible d'évoquer la « *jurisprudentialisation* du droit de la communication par internet » mais non la « *jurisprudentialisation* du droit étatique 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 autres sources étatiques s'efforcent à saisir par leurs normes propres les activités internetiques<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 286.

<sup>2</sup> Réf. à D. SALAS, *Le Tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Hachette, 2000.

<sup>3</sup> P. SIRINELLI, « Introduction », in Cour de cassation, *L'innovation technologique – Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 50.

<sup>4</sup> M. VILLEY, « Préface », in S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974 (cité par P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 132).

<sup>5</sup> Il suffit d'ouvrir un code commenté publié par l'un des grands éditeurs juridiques pour apprécier combien le droit est foncièrement jurisprudentiel, à commencer par le droit civil. S'il existait un Code du droit de la communication par internet et si celui-ci était l'objet de publications *ad hoc* de la part de ces éditeurs, cela apparaîtrait de manière encore plus flagrante. Dans ce code, la loi n'occuperait guère qu'une part minoritaire du volume — mais celui-ci comprendrait au moins autant d'interprétations prétoriennes que de créations prétoriennes —.

<sup>6</sup> G. TIMSIT, « Raisonement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, 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 ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 98).

<sup>7</sup> Cela quoiqu'on puisse noter 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

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<sup>1</sup>. En tout cas, 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 (1). Il est vrai que la jurisprudence semble posséder quelques atouts dès lors qu'il s'agit de saisir un objet tel que l'internet (4), 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 (2). Les relations entre loi et jurisprudence sont néanmoins faites d'autant d'affrontements que de rapprochements (3). Enfin, au-delà du problème de la création des normes, il apparaît que les tribunaux sont au cœur de l'organisation du droit de la communication par internet, qu'ils en sont les grands architectes (5).

## 1. Les contributions normatives des juges omniprésentes : les nombreuses règles de droit produites par certaines juridictions

Concrètement, simplement est-il peut-être utile de souligner, tout d'abord, que le Conseil constitutionnel — dont Georges Vedel disait qu'il 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<sup>2</sup>, l'introduction d'un contrôle des lois *a posteriori* par l'intermédiaire de la question prioritaire de constitutionnalité venant parachever au XXI<sup>e</sup> s. cette évolution — 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 internetiques. 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 »<sup>3</sup> 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 »<sup>4</sup>. Mais le Conseil n'en a pas fait pas pour autant œuvre créatrice, au contraire puisqu'il s'est évertué à être le gardien de la Constitution — bien plutôt qu'un « co-constituant »<sup>5</sup> —.

---

droits et les responsabilités de chacun sur le réseau » (A. LEPAGE, « LCEN – Libertés sur Internet – Cybercriminalité », *Comm. com. électr.* 2004, n° 9, p. 25).

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 205 (« seul le juge semble devoir définir l'équilibre entre ordre public et libertés individuelles [en ligne] »).

<sup>2</sup> Entendu dans « La résistible ascension du Conseil constitutionnel », *La marche de l'histoire*, France inter, 16 mai 2013. Ainsi commente-t-on, par exemple, que, « aujourd'hui, le contrôle de constitutionnalité apparaît comme le point archimédien où se rencontrent démocratie et État de droit : en même temps qu'il stabilise la démocratie des partis, il est censé assurer une égale protection des droits fondamentaux » (O. JOUANJAN, « État de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 652).

<sup>3</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 545.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Ch.-A. MORAND, « La jurisprudence : de la pyramide au réseau », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 233.

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<sup>1</sup> ; il est toutefois difficile d'identifier quelques créations juridiques provenant du travail du Conseil constitutionnel. Mise à part la liberté d'accès à l'internet<sup>2</sup> — qui relève d'ailleurs peut-être plus de l'interprétation que de la création — 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<sup>3</sup>, le juge des lois a peu innové et n'a « inventé » aucun principe à valeur constitutionnelle *ad hoc*. Outre les dispositions de l'article 34 de la Constitution (qui disposent que le législateur est compétent pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques)<sup>4</sup>, l'incompétence négative<sup>5</sup>, le principe de séparation des pouvoirs<sup>6</sup>, l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensée et d'opinion<sup>7</sup>, le droit au respect de la vie privée<sup>1</sup>, la liberté de communication<sup>2</sup>, le droit de

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 167). Georges Burdeau constatait que le décalage entre Constitution écrite et Constitution réelle est accepté comme un fait naturel.

<sup>2</sup> Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 (le Conseil précise à cette occasion que le législateur est ainsi compétent pour assurer la conciliation entre l'exercice de la liberté de communication résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789 et les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels) ; 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 (le Conseil précise cette fois que le législateur est compétent pour assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la sauvegarde de l'ordre public) ; Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15 (le Conseil précise enfin que le législateur est compétent pour concilier l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer sous réserve que les atteintes portées à l'exercice de cette dernière soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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. 1<sup>er</sup> juill. 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*.

propriété<sup>3</sup>, l'égalité devant la loi<sup>4</sup>, le respect des droits de la défense<sup>5</sup>, le principe de légalité des délits et des peines<sup>6</sup>, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>7</sup> ou encore les obligations propres à une loi de transposition<sup>8</sup> préexistaient tous dans le corpus juridique de niveau constitutionnel.

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 ni même précéder le Parlement et le Gouvernement dans le processus d'élaboration d'un cadre juridique particulier<sup>9</sup>. Aussi faut-il relativiser l'affirmation d'un auteur 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 »<sup>10</sup>. Il est

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 cons. 16-31.

<sup>9</sup> Le fait que le Conseil se soit souvent réfugié derrière l'idée qu'il ne « détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » indique qu'il ne lui appartient que, d'une part, de veiller à ce que le noyau dur des droits rattachables à un principe constitutionnel ne soit pas violé et, d'autre part, de contrôler la cohérence interne de la loi au regard de ces mêmes principes. Selon certains, l'attitude du Conseil constitutionnel serait révélatrice de la soumission du droit à la politique qui s'observerait en France, au contraire de ce qui se passe aux États-Unis, notamment (L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 125).

<sup>10</sup> R. ERRERA, *Et ce sera justice – Le juge dans la cité*, Gallimard, 2013.

tout à fait contestable que les juges constitutionnels soient des « législateurs à part entière »<sup>1</sup>. Peut-être pourraient-ils l'être mais, dans les faits, ils se montrent bien plus timorés qu'audacieux<sup>2</sup>. « Avec le Conseil constitutionnel, décrit Robert Badinter, le droit prend la parole à la place de la politique »<sup>3</sup> ; 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 »<sup>4</sup>. Et la « révolution de la question prioritaire de constitutionnalité »<sup>5</sup> ne paraît pas devoir changer la donne.

Il faut rappeler à cet instant que, comme le précisait le Conseil d'État dans 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 cyberspace. Aussi l'attitude du Conseil constitutionnel ne se retrouve-t-elle guère parmi les autres juridictions suprêmes<sup>6</sup> et, surtout, chez les juridictions ordinaires, qui n'hésitent pas à faire œuvre de politique juridique et qui n'ont de cesse de construire et déconstruire la matière, donnant aux commentateurs une quantité de travail ô combien conséquente. 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 »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 337.

<sup>2</sup> Cela vaut très au-delà du seul cas du droit des activités en ligne. 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, D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013 ; P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *Arch. phil. droit* 2007, p. 33 s.

<sup>3</sup> Cité par D. BARANGER, « Les fausses institutions », *Le bien commun*, France culture, 23 mai 2013.

<sup>4</sup> D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. NRF essais, 2010. Cf., également, G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 902 s.

<sup>5</sup> D. ROUSSEAU, « Les grandes mutations du droit constitutionnel », conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 3 mars 2010. Le professeur explique que, « avant la QPC, la Constitution n'était qu'un instrument pour les colloques. Maintenant, elle devient un vrai outil de droit positif pour plaider dans les prétoires. La Constitution n'est plus qu'entre les mains des universitaires, elle passe entre les mains des magistrats, des justiciables, des avocats ». En outre, en raison de l'entrée en application de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel rend désormais quelques 200 décisions chaque année, contre 20 par an dans les années qui ont suivi la réforme constitutionnelle de 1974 et une par an entre 1958 et 1974.

<sup>6</sup> Cf., en particulier, R. NOGUELLOU, « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications », *RDJ* 2010, p. 825 s.

<sup>7</sup> M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 436. Et l'auteur d'ajouter que « le droit administratif s'avoue, sans

Parmi d'innombrables exemples, qu'il n'appartient pas à cette thèse d'ordre macro-juridique de présenter, peut être mentionnée, en guise de simple illustration, la problématique de l'usage de l'internet au travail. C'est essentiellement la jurisprudence qui a précisé les devoir-être à respecter en la matière<sup>1</sup> : 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup> ; le fait de se connecter fréquemment (plus de quarante heures par mois<sup>4</sup> ou plus de 10 000 connexions pendant une période de deux semaines<sup>5</sup>) 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 »<sup>6</sup> ; 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<sup>7</sup>, 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 avait été paramétré de manière à autoriser le partage avec les « amis des amis » ou toute autre forme de partage avec des personnes indéterminées<sup>8</sup> ; l'employeur ne peut pas prendre connaissance des courriels portant la mention « privé » dans leurs objets ou se trouvant dans un fichier intitulé « privé »<sup>9</sup>, à moins de procéder en présence du salarié et d'un huissier de justice<sup>10</sup>, alors que les courriels envoyés durant le temps de travail sont l'objet d'une présomption de caractère professionnel<sup>11</sup> ; « 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 »<sup>12</sup> ; 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<sup>13</sup> etc.

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

---

complexe mais non sans délectation, un droit prétorien » (*ibid.*). Cf., notamment, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972.

<sup>1</sup> Cf., déjà, J.-E. RAY, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Liaisons, 2002.

<sup>2</sup> Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *M. B. c/ Alten Sir*.

<sup>3</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009.

<sup>4</sup> Cass. soc., 18 mars 2009, *Éric P. c/ Lauzin*.

<sup>5</sup> Cass. soc., 26 févr. 2013, *Mme X. c/ Dubus*.

<sup>6</sup> CA Bordeaux, 15 janv. 2013, *NTS 2000 c/ Nathalie G.*

<sup>7</sup> Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *M. B. c/ Alten Sir*.

<sup>8</sup> CA Rouen, 15 nov. 2011, *Mylène E. c/ Vaubadis*.

<sup>9</sup> Cass. soc., 2 oct. 2001.

<sup>10</sup> Cass. soc., 17 mai 2005 ; Cass. soc., 21 oct. 2009.

<sup>11</sup> Cass. soc., 9 févr. 2010.

<sup>12</sup> Cass. soc., 9 juill. 2008.

<sup>13</sup> Cass. crim., 19 mai 2004.

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<sup>1</sup> ou que la numérisation et la mise en ligne d'œuvres de l'esprit sont constitutives d'actes de contrefaçon<sup>2</sup>, il fait œuvre interprétative mais non œuvre créatrice<sup>3</sup> et que, 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<sup>4</sup>, s'agit-il d'une nouvelle norme ou de l'interprétation d'une norme préexistante ? Beaucoup de décisions de justice attestent de la « plasticité des grands principes généraux du code civil et du code de la propriété intellectuelle »<sup>5</sup>, ainsi que de l'ampleur du pouvoir d'interprétation des juges 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<sup>6</sup>, quant au problème du téléchargement illégal d'œuvres protégées<sup>7</sup> ou concernant celui des liens sponsorisés sur les

<sup>1</sup> CA Paris, 4 févr. 2005.

<sup>2</sup> TGI Paris, réf., 14 août 1996, *Sté éditions musicales Pouchenel c/ École centrale de Paris*.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> CA Poitiers, 16 janv. 2013, *Carine D. c/ Adeline T.*

<sup>5</sup> M. BERGUIG, V. FAUCHOUX, « Dix ans du droit de l'internet – Bilan du colloque du 6 juin 2006 », *Légipresse* 2006, n° 235, p. 123.

<sup>6</sup> Cf. M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, p. 674 s.

<sup>7</sup> Cf., par exemple, 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. 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 1<sup>er</sup> 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



moteurs de recherche<sup>1</sup> —, mais elles n'illustrent pas forcément l'utilisation d'un pouvoir créateur.

---

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 (délict 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 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.

<sup>1</sup> 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 1<sup>ère</sup> section de la 3<sup>e</sup> chambre du tribunal de grande instance de Paris a répondu par la négative dans un jugement du 3 octobre 2007, tandis que la 3<sup>e</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 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

Au-delà du droit social, ce sont toutes les branches classiques du droit qui, 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 de la sorte du problème des délais de prescription<sup>1</sup> et de la question du mode d'acceptation des conditions générales d'utilisation de certains services du web<sup>2</sup>, en passant par la résolution des conflits de compétences<sup>3</sup>, par la problématique du « droit à l'oubli »<sup>4</sup> 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 »<sup>5</sup> à celui de signe distinctif<sup>6</sup> et ont longtemps été l'objet d'un régime juridique fondamentalement prétorien<sup>7</sup>. Au début des

---

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 1<sup>er</sup> février 2008 et le 23 mars 2006.

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> 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 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*).

<sup>2</sup> 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 ».

<sup>3</sup> Cf. C. MANARA, « Litiges internationaux sur internet : utiles précisions de la Cour de cassation sur les conflits de compétence », *RLDI* 2011, n° 72.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 790.

<sup>6</sup> TGI Bordeaux, réf., 22 juill. 1996, *Sapeso et Atlantel c/ Icare et Reve*.

<sup>7</sup> 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

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 du droit d'origine juridictionnelle<sup>1</sup> ; 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, il est fréquent de voir des observateurs considérer que, par exemple relativement aux activités d'hébergement, « c'est au juge qu'il incombe d'élaborer un corps de droit stable et équilibré »<sup>2</sup> ou plaider en faveur d'un « décentrement de l'équilibre des pouvoirs vers le juge »<sup>3</sup>. En droit de la communication par internet comme ailleurs, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »<sup>4</sup>. 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, même 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 »<sup>5</sup>.

Portalis regrettait que « nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas mêmes des hommes »<sup>6</sup>. À l'aune du droit étatique de la communication par internet, si les juges n'étaient effectivement rien de plus, dans la bouche de ceux qui les regardent, que les « serviteurs de la loi »<sup>7</sup>, rien de plus que « des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »<sup>8</sup>, il faudrait en conclure que les observateurs-juristes feraient œuvre fort peu conséquente. Tel n'est toutefois aucunement le cas et la quasi-totalité des spécialistes de cette branche du droit constatent sans peine combien les décisions des tribunaux contribuent à tout un pan des régimes juridiques qu'ils étudient. 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 »<sup>9</sup> et que « la prévoyance des législateurs est limitée »<sup>1</sup>. Puis d'ajouter,

---

la protection du nom de domaine contre l'usurpation des tiers, à l'instar de l'enseigne, ne s'acquiert que par l'usage public qui en est fait » (TGI Paris, 9 juill. 2002, *SA Peugeot Motocycles c/ Guy C., SA Sherlocm*).

<sup>1</sup> M. VIVANT, N. MALLET-POUJOL, « Internet et responsabilités », *JCP E* 2000, p. 1856.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th. Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 190. Cependant, l'auteur considère que « de la capacité du juge à donner et garantir une solution à un litige donné dépendra prioritairement la bonne marche du droit dans la société de l'information » (*ibid.*, p. 348), si bien qu'il envisage essentiellement le pouvoir judiciaire sous l'angle de sa capacité à résoudre les litiges, ce qui n'implique pas nécessairement la création à cette occasion de normes générales.

<sup>4</sup> CPC, art. 12, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>5</sup> Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 122.

<sup>6</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, 1804.

<sup>7</sup> R. JACOB, « Symbolique du droit et de la justice », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1461.

<sup>8</sup> N. BONAPARTE, *Pensées pour l'action*, Puf, 1943, p. 41 (cité par A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 137).

<sup>9</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

de manière prophétique, que « la communication des hommes est si active [...] qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »<sup>2</sup> et qu' « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »<sup>3</sup>. 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 d'activités internetiques. Et, si « la loi dispose toujours de manière générale et ne prévoit pas les cas accidentels », comme l'enseignait déjà Aristote<sup>4</sup> — elle n'énonce pas ses propres cas d'application<sup>5</sup> —, il semble que les cas accidentels soient plus ordinaires en matière d'activités par l'internet que nulle part ailleurs, obligeant en conséquence les cours et tribunaux à juger sans lois. Décrits tels des « gouvernés qui gouvernent »<sup>6</sup>, les juges, face aux enjeux complexes et mouvants de la communication par internet, semblent être plus gouvernants que gouvernés.

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.

## 2. 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 »<sup>7</sup>, ajoutant que « c'est là un inconvénient »<sup>8</sup>. 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 » ; mais il est bien connu que, loin de se penser capable d'encadrer très en détails toutes les activités internetiques, le législateur, parfois presque expressément<sup>9</sup> et le plus souvent par son silence, reporte sur les tribunaux le soin de préciser le contenu et la portée du droit applicable<sup>10</sup>. Pour ce faire, lorsque ce n'est pas

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *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'efforcera inutilement de prévoir » (*ibid.*).

<sup>4</sup> ARISTOTE, *La Politique*, vers 330 av. J.-C., L. III, chap. 10.

<sup>5</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 157.

<sup>6</sup> A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 161.

<sup>7</sup> M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 81.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Par exemple, le fait que le constituant de 1946 a consacré l'existence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mais sans en préciser l'identité peut s'analyser comme une habilitation donnée aux juges en la matière.

<sup>10</sup> Cf. V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 755 s. Déjà au début du XX<sup>e</sup> 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 spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, 1920, p. 713). Et d'ajouter : « Actuellement, le législateur s'en tient

l'abstention du Parlement qui invite le juge à intervenir, est recouru à 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 »<sup>1</sup>, ou aux « notions-cadres », notions intentionnellement indéterminées (comme « ordre public » ou « principes de l'équité naturelle »<sup>2</sup>) qui débouchent, moyennant l'appréciation nécessaire d'un organe exécutif, sur une série infinie d'applications répondant aux critères généraux de la notion-cadre<sup>3</sup>. Logiquement, plus une disposition est floue, plus ce sont ses instances d'application qui en arrêtent le contenu<sup>4</sup>, non à travers de simples interprétations, lesquelles sont impossibles, mais à travers de véritables créations<sup>5</sup>. Le législateur suit ainsi le conseil de Gény selon lequel il devrait « laisser des blancs dans ses constructions afin de permettre au juge d'adapter ses règles aux situations nouvelles »<sup>6</sup>, 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 »<sup>7</sup>, si ce n'est vagues, afin de permettre aux juges de les co-déterminer ou même de les sur-déterminer<sup>8</sup>. Si ce n'est pas systématiquement, dans la matière présentement étudiée, 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<sup>9</sup>. Il

---

systematiquement 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.*).

<sup>1</sup> 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, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, 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.

<sup>2</sup> La notion de « principes de l'équité naturelle » est peut-être la plus floue de tout le corpus législatif. Elle est utilisée à l'article 565 du Code civil, lequel dispose que « le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ». En réalité, cela signifie que le pouvoir est délégué aux juges qui deviennent des « ministres d'équité ». Peut aussi être mentionné l'article 1135 du Code civil, selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité [...] donne à l'obligation d'après sa nature ».

<sup>3</sup> G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 954.

<sup>4</sup> C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif – Manuel de légistique*, Berger-Levrault, 2012.

<sup>5</sup> 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 », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 435).

<sup>6</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954 (cité par P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 131).

<sup>7</sup> Sur cette notion, cf. Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST, dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant (Bruxelles), 1984.

<sup>8</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659. Également, G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Puf, 1997.

<sup>9</sup> 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*

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<sup>1</sup>. De l'aveu même de certains membres du Conseil constitutionnel, il est 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<sup>2</sup>. Si la vision réaliste selon laquelle « la loi est ce que les juges disent qu'elle est »<sup>3</sup> doit être, dans l'absolu, amplement relativisée, elle gagne cependant en crédibilité aux yeux de qui se concentre sur l'exemple du droit des activités internetiques. Il en va exactement à l'identique de l'adage selon lequel « la doctrine propose, le juge dispose »<sup>4</sup> — et non « la loi dispose » —, qui s'avère spécialement congruent à l'aune du droit de la communication par internet.

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 »<sup>5</sup>. 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 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. Il paraît lointain le temps où Montesquieu enseignait que « la loi ne doit pas contenir d'expression vagues »<sup>6</sup>. Il paraît lointain le temps où le Premier 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 figurent l'aboutissement à des « textes obscurs suscitant toutes

---

*Kayser*, t. I, PUAM (Aix-en-Provence), 1979, p. 21 s. ; 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 – À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003 », *RFDA* 2003, p. 470 s.

<sup>1</sup> F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 246 (cité par 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. 98).

<sup>2</sup> J. PINI (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. 305).

<sup>3</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 178.

<sup>4</sup> Cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 140.

<sup>5</sup> Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 6.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. XXIV, chap. 16.

sortes de difficultés d'interprétation et d'application ». Au contraire, il pourrait être pertinent de penser qu'un texte adapté, en matière d'internet, est 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 ne s'analyse pas autrement, en fin de compte, que comme une délégation de la capacité créatrice. Et il paraît lointain le temps des codifications napoléoniennes qui prétendaient être des « codifications de tarissement ou de captation de toutes les autres sources de droit »<sup>1</sup>. Avec les standards et notions-cadres, il est permis de considérer que l'« indéterminabilité de la règle » est si élevée que le juge ne doit plus être considéré comme l'interprète du texte ; il est réputé « réaliser sa propre volonté »<sup>2</sup>. Autrement dit, dans ces circonstances, il est effectivement l'auteur de la loi, de l'acte de commandement. 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<sup>3</sup>.

Toutefois, le droit « postmoderne » se démarque principalement en raison du fait que de nombreuses carences législatives obligent les sources juridictionnelles à suppléer les sources législatives<sup>4</sup>. Si les notions de « vides », « lacunes » et « creux » dans l'arsenal juridique — qu'il faut comprendre comme désignant le seul arsenal législatif — sont connues depuis longtemps<sup>5</sup>, les droits relatifs aux nouvelles technologies s'avèrent particulièrement marqués par de tels défauts. À l'entrée « Lacune » des lexiques juridiques, 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) »<sup>6</sup>. Ensuite, il faut séparer les « lacunes *praeter legem* », qui sont des « lacunes involontaires correspondant à une imperfection législative »<sup>7</sup>, et les « lacunes *intra legem* », c'est-à-dire les « lacunes volontaires (de la part du législateur) qui se traduisent dans la loi par l'utilisation de notions intentionnellement vagues »<sup>8</sup> et qui ont été l'objet des paragraphes précédents. Les régimes législatifs applicables aux communications par internet connaissent davantage de lacunes *praeter legem* que de lacunes *intra legem* ; et reste que, réunies, elles ont pour conséquence de faire reposer largement ce droit sur l'activité créatrice des tribunaux.

---

<sup>1</sup> É. PICARD, « Common law », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 242.

<sup>2</sup> 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*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 194).

<sup>3</sup> R. LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD civ.* 1999, p. 244.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> En particulier, Ch. PERELMAN, dir., *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant (Bruxelles), 1968.

<sup>6</sup> V° « Lacune », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige, 2007, p. 535.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>8</sup> *Ibid.*

Tout cela amène à interroger 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.

### 3. Les apports normatifs des juges validés ou invalidés par le Parlement : les relations de la législation et de la jurisprudence entre rapprochement et affrontement

A déjà été démontré combien le rôle du juge dépend de la façon et de la minutie avec lesquelles le législateur a préalablement structuré une branche du droit<sup>1</sup>, ce qui, quant à la branche du droit présentement en cause, conduit à comprendre que les sources juridictionnelles doivent se saisir de nombreuses problématiques. Aussi ne faudrait-il pas considérer que loi et jurisprudence s'opposent ; très généralement, les jurisprudences complètent les lois ou même les inspirent. Pour Louis Favoreu, il faudrait reconnaître aux juges, au moins dans les matières les plus délicates à encadrer pertinemment, « une fonction essentielle d'aiguillage, une fonction pédagogique d'orientation vers les solutions à adopter par le pouvoir constituant ou le pouvoir législatif »<sup>2</sup>. De fait, plusieurs solutions d'essence jurisprudentielle ont été l'objet d'une consécration postérieure par le Parlement. 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, de la cour d'appel de Paris<sup>5</sup> et de la Cour de cassation<sup>6</sup> 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<sup>7</sup> ; 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

<sup>1</sup> Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, 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.*).

<sup>2</sup> 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, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 425).

<sup>3</sup> Cf. A. BENSAMOUN, « La loi du 1<sup>er</sup> août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.* 2007, p. 328 s.

<sup>4</sup> 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.*

<sup>5</sup> 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.*

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, *S.A. Studio canal c/ M. Stéphane P.*

<sup>7</sup> L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> 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.



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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle la jurisprudence serait « le tuteur de la loi »<sup>3</sup> 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<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> TGI Paris, réf., 12 juin 1996, *Union des étudiants juifs de France (UEJF) c/ Sté Calvacom*.

<sup>2</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*, art. 6.

<sup>3</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 62.

<sup>4</sup> 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. 1<sup>ère</sup> 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, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, 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 1<sup>er</sup> 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 I<sup>er</sup> 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 biais 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

Au XXI<sup>e</sup> s., il incomberait aux tribunaux et non plus aux parlements de préserver les équilibres sociaux ; ils se verraient transférer la responsabilité de « trancher les nœuds gordiens de l'histoire, de la morale et de l'économie »<sup>1</sup> ; ce serait à eux qu'il appartiendrait à présent de « peser les intérêts » et de définir les solutions socialement acceptables<sup>2</sup>. Le législateur n'est cependant pas prêt — et peut-être faut-il s'en réjouir — à s'effacer davantage.

En tout cas le caractère prétorien du droit de la communication par internet d'origine étatique apparaît-il louable à différents égards.

#### 4. La jurisprudentiale 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 »<sup>3</sup>. 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 paraît aller de soi<sup>4</sup>. En même temps, les normes en cause ne devraient pas avoir le temps de devenir jurisprudence ; aussi faut-il comprendre que le terme « jurisprudentiale » se rapporte à un droit que façonnent les juges mais non 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.

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<sup>5</sup>. 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 revient logiquement aux cours et tribunaux de diriger la production des normes au moyen de leur « droit à contenu variable »<sup>6</sup> leur permettant de « repenser le droit à leur guise en permanence »<sup>7</sup>. Aujourd'hui, dans la branche du droit en ces pages étudiée, 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

---

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*).

<sup>1</sup> A. MINC, *Au nom de la loi*, Gallimard, 1998 (cité par J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 113).

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 113.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 349.

<sup>4</sup> En ce sens, M. BERGUIG, C. THIÉRACHE, « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? », *RLDI* 2010, n° 62.

<sup>5</sup> 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 – I. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981).

<sup>6</sup> *Ibid.* (cité par A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – I. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981).

<sup>7</sup> A. PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit – Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Dr. et société* 2009, p. 87.

jurisprudence que de réviser une loi<sup>1</sup>, élément dont l'intérêt est évident dès lors que les données en cause présentent un caractère très évolutif et requièrent un droit régulièrement révisé donc aisément révisable, sans quoi il serait un droit toujours en décalage avec la technique, avec la pratique et avec les mentalités<sup>2</sup>. Sur ce point, il est 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. On propose de distinguer entre les domaines relevant légitimement de la jurisprudence et les domaines revenant naturellement à la représentation nationale<sup>3</sup> ; 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.

En outre, d'aucuns remarquent que « la puissance du juge s'élève en proportion de la crise de légitimité frappant le législateur »<sup>4</sup>. À l'heure de la « postmodernité », le prestige de la loi diminuerait dramatiquement quand le prestige de la jurisprudence augmenterait de manière quasi-inversement proportionnelle<sup>5</sup>. « En cas de crise des institutions politiques, explique-t-on, il y a une réponse institutionnelle : le recours au juge »<sup>6</sup>. Et Paul Ricœur d'écrire, en 1996, que « le judiciaire est poussé en première ligne par des institutions politiques en voie de décomposition »<sup>7</sup>, pouvoir judiciaire qui, en conséquence, doit participer de la fonction créatrice. Or le législateur, dans le cyberspace, connaît une « crise » de légitimité peu discutable tant les destinataires de ses normes y voient difficilement le représentant de leur volonté générale. Le Professeur Lucien Rapp remarque à quel point les acteurs de l'internet sont les partisans d'un libéralisme complet les rendant allergiques aux réglementations, 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 réglementation, c'est-à-dire de droit *a priori* —<sup>8</sup>. Ce serait même de façon générale que, « en raison de la crise de la représentation, le juge apparaît, au sein des institutions, comme l'autorité la plus légitime à se

---

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 457.

<sup>2</sup> 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., *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2000, p. 93 s.

<sup>3</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 89-90.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> D. BLANC, « Crises institutionnelles (France-Europe) », Cycle de conférences 2012 les midis du CERTAP, 27 févr. 2012.

<sup>7</sup> 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 ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 99). Également, M. VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *Arch. phil. droit* 1985, p. 220 s.

<sup>8</sup> L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *RLDI* 2006, n° 17.

substituer à un législateur incapable ou indigne d'exprimer l'intérêt général »<sup>1</sup>, notamment car il serait par trop soumis à l'influence des groupes de pression et autres « forces immorales »<sup>2</sup>, là où les juges parviendraient par nature à demeurer neutres et autonomes<sup>3</sup>. En tout cas cela semble-t-il avéré à l'échelle de la branche du droit qu'est le droit de la communication par internet, branche du droit dans laquelle les sources privées de normes cherchent à concurrencer plus que nulle part ailleurs le législateur. Le juge devrait occuper le devant de la scène spécialement en ce qu'il apparaît plus pragmatique dans ses actions juridiques, ce qui d'ailleurs l'amène à excéder les fonctions officiellement assorties à son mandat<sup>4</sup>.

Enfin, il convient de réserver quelques lignes à la question de la juridictionnalité du droit de la communication par internet, soit à l'importance des interventions des juges pour ce droit au-delà de la problématique de ses sources.

## 5. La juridictionnalité du droit de la communication par internet : la régulation par les tribunaux au-delà de leurs créations normatives

On remarque 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 français »<sup>5</sup>. Le Conseil d'État lui-même soutient que, concernant les problématiques sensibles telles que l'encadrement de la liberté de cyber-expression, « il est préférable de réserver au juge le prononcé de mesures restrictives de cette liberté »<sup>6</sup>. Et d'aucuns spécialistes de ces questions d'abonder dans le même sens<sup>7</sup>, qualifiant le juge de « clé » du droit de la communication par internet<sup>8</sup>, ajoutant que, en la matière, « le juge est sans cesse sollicité »<sup>9</sup>. Selon un observateur, « lorsque de nouveaux défis sont posés, seule la régulation par les tribunaux semble, dans un premier temps, correspondre à la sagesse »<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21 (l'auteur expose cette opinion qui, selon lui, est de plus en plus commune, mais il ne la fait pas sienne).

<sup>2</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 (cité par P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 133).

<sup>3</sup> P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 133.

<sup>4</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 162.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 232.

<sup>7</sup> 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, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 547).

<sup>8</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 547.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 87. L'auteur ajoute : « Comment en effet légiférer et réglementer 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

Y compris de manière générale, on fait du magistrat la nouvelle « figure centrale » du droit<sup>1</sup>, on décrit ce dernier comme étant « dessiné et redessiné en permanence par les juges »<sup>2</sup> et on l'envisage tel un ordonnancement hétérogène, coopératif et réseautique que seuls les tribunaux organiseraient<sup>3</sup>, ce qui mérite peut-être d'être nuancé tant le droit, complexe et multiple, présente des visages forts dissemblables en fonction des branches du droit observées.

Les auteurs de l'article « Sources du droit » du *Dictionnaire de la culture juridique* écrivent :

*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. Par où se confirme la montée en puissance du juge dans l'actuelle séquence des sources du droit.*<sup>4</sup>

Le pouvoir important des sources juridictionnelles en droit de la communication par internet serait ainsi, en même temps qu'il contribue à le renforcer, la conséquence du pluralisme juridique qui empreint cette branche du droit. En particulier, la montée en puissance des sources privées obligerait l'État à réagir au moyen du législateur, mais aussi au moyen de la jurisprudence, tandis qu'il est important pour les sources privées de savoir si les tribunaux conféreront ou non force obligatoire à leurs actes normatifs<sup>5</sup>, les qualifieront ou non d'« actes réglementaires de droit privé »<sup>6</sup>, en particulier lorsqu'il s'agit de codes de conduite ou de chartes<sup>7</sup>. D'autres auteurs retiennent pareillement que l'époque actuelle exigerait une

---

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.*).

<sup>1</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique – Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Notamment, M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I : Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004 ; 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.

<sup>4</sup> 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. 1433.

<sup>5</sup> 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., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 206.

<sup>6</sup> Cass. soc., 25 sept. 1991, *Sté Unigrains c/ Mme Geffroy*.

<sup>7</sup> Cf. A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989 ; Ch. JUBAULT, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37 ; 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. 525 ; A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », *CDE* 2008, n° 4, p. 40. Concernant les coutumes, est remarquable qu'Hauriou écrivait que celles-ci « étant des règles non écrites, leur teneur doit être établie par le juge à l'occasion de chaque procès » (M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 25). Quant à Duguit, il considérait de même que « la coutume se constate surtout dans les décisions de la jurisprudence, qui certainement ne créent pas le droit, mais forment le moyen de constatation le plus exact et le plus précis de la coutume. [...] Il est une partie du droit public, le droit administratif, où la part du droit constaté par la coutume est considérable et où le facteur essentiel de formation coutumière est la

« régulation juridique pluraliste et multiforme »<sup>1</sup> dans laquelle le juge occuperait une place de choix<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Les décisions juridictionnelles se présentent telle la « voie d'intégration privilégiée de la norme alternative dans le droit positif »<sup>4</sup> 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 »<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. 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. Et, 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<sup>7</sup>.

Mais, dans ces circonstances, les tribunaux, s'ils jouent le rôle de « cours régulatrices »<sup>8</sup>, ne jouent pas le rôle de sources du droit, ne créent nulles normes ; ils s'inscrivent alors parfaitement dans le cadre de leur mission d'application du droit, ce qui est original étant que ledit droit peut avoir une origine privée comme une origine publique. « Le juge n'est pas

---

jurisprudence, particulièrement la jurisprudence de notre Conseil d'État » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 688).

<sup>1</sup> J. COMMAILLE, « Droit et politique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 479.

<sup>2</sup> A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996 ; D. SALAS, *Le Tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Hachette, 2000.

<sup>3</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 157.

<sup>4</sup> K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis (Montréal), 2008, p. 815.

<sup>5</sup> M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 44.

<sup>6</sup> C. PÉRÈS, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 107.

<sup>7</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, 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 »).

<sup>8</sup> J.-L. AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. MIALLE, dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 45.

seulement le gardien de la pyramide mais aussi son bâtisseur »<sup>1</sup> et ce qui intéresse les présentes lignes est les instants au cours desquels il endosse la casquette de bâtisseur en rendant des arrêts de principe faisant dire à certains observateurs que « le juge est aujourd'hui le principal architecte du droit »<sup>2</sup>, que la prohibition des arrêts de règlement aurait vécu<sup>3</sup> ou qu'une « conception plus ouverte de la mission du juge remplace le schéma périmé du juge logicien, exécutant mécanique de la formule légale »<sup>4</sup>.

Or, si le rôle d'application n'est guère critiquable — et nul doute que, sous cet angle, le droit ne peut se passer des juges —, en revanche, que ces derniers produisent une proportion élevée de règles *ex nihilo* est discutable, notamment par comparaison avec des sources étatiques spécialisées qui occupent, peut-être paradoxalement, une place moins cardinale dans la production du droit de la communication par internet, alors pourtant qu'elles sont censées être mieux au fait des problématiques et des intérêts en présence dès lors que la matière en cause est technique et/ou originale. En somme, l'expression « gouvernement des juges » doit-elle conserver une connotation négative, spécialement s'il est vrai que toute réglementation *a priori* n'est « ni possible ni souhaitable »<sup>5</sup> ? On dit du juge qu'il est particulièrement légitime à élaborer le droit dès lors qu'il puise son action dans l'espace public<sup>6</sup> et est « en prise directe avec le social »<sup>7</sup>, dès lors qu'il fait preuve d'une certaine « porosité par rapport aux situations de fait »<sup>8</sup>, dès lors qu'il se présente tel le « sociologue des mentalités de son temps »<sup>9</sup>, en tant qu'« endroit le plus adapté à la formation et à la transformation du droit »<sup>10</sup>. La jurisprudence parviendrait à se présenter toujours tel le « reflet de la société »<sup>11</sup>. Il est néanmoins douteux que la jurisprudence soit la source étatique la plus légitime ou même l'une des sources étatiques les plus légitimes à élaborer le droit de la communication par internet et que les sources juridictionnelles soient mieux que les sources étatiques « politiques » en mesure d'édicter des

<sup>1</sup> P. DEUMIER, B. DE LAMY, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *LPA* 9 oct. 2000, p. 12.

<sup>2</sup> D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 863.

<sup>3</sup> B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989, n° 9, p. 45 s. ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Juge (dans la longue durée) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 871.

<sup>4</sup> B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la post-modernité », *Réseaux* 2000, n° 88-90, p. 74.

<sup>5</sup> P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 131. 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.

<sup>6</sup> D. SALAS, « Le juge dans la cité, nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices* 1995, p. 181.

<sup>7</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 463.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> R. DWORKIN (cité par S. RIALS, « La fonction de juger, l'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3).

<sup>10</sup> M. BASTIT, « Réflexions introductives sur le procès », *RRJ* 1983, p. 123. Sur ces différents points, cf., tout particulièrement, S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparés*, LGDJ, 2007. Également, L. KARPIK, « Comment le juge trace son chemin entre l'État et la société civile », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, *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.

<sup>11</sup> P. LASCOUMES, É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Dr. et société* 1986, p. 133. Également, É. SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, Presses universitaires de Lyon, 1985.

régimes juridiques aussi satisfaisants que possible au vu des divers enjeux en présence. Par conséquent, il y aurait un déséquilibre à l'intérieur des sources étatiques de ce droit et, surtout, un déséquilibre à l'intérieur de ses sources étatiques « non politiques » : il faudrait que les sources étatiques « politiques » aient davantage la mainmise sur la production des normes constitutives du droit de la communication par internet, tandis que, parmi les sources étatiques « non politiques », il faudrait que moins de normes possèdent une origine juridictionnelle et que plus de normes soient produites par les autorités spécialisées.

## **B. La condamnation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet**

La critique des sources juridictionnelles du droit de la communication par internet s'articule autour de deux points : la fragilité du droit d'essence prétorienne (1) et l'insécurité qui en découlerait (2).

### **1. La fragilité inhérente à un droit prétorien**

Le droit étatique de la communication par internet est, pour une large partie, un droit prétorien, soit un droit substantiellement bâti par les juges au moyen de la jurisprudence. Cette situation n'apparaît, en dernière analyse, guère satisfaisante et les orientations opérées par les sources juridictionnelles ont donné lieu à un nombre important d'articles critiques publiés dans les revues spécialisées<sup>1</sup>. Il serait opportun que ces sources ne soient que secondes quand les sources étatiques spécialisées seraient premières. Or, pour l'heure, ainsi qu'en témoigne l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques<sup>2</sup>, il en va tout à l'inverse et il se trouve nettement plus de normes établies par les sources juridictionnelles que de normes établies par les sources étatiques spécialisées. S'il est possible d'expliquer le succès de ces premières, il faut redouter qu'un droit prétorien tel que le droit de la communication par internet d'origine étatique soit un droit excessivement fragile.

Parmi les divers éléments à l'origine de cette fragilité (c), il faut insister sur le risque de voir les tribunaux s'adonner à un activisme juridique difficilement acceptable (a) ainsi que sur la maigre compétence des magistrats dans les matières techniques, ce qui amène à craindre leur soumission aux avis d'experts partiels (b).

---

<sup>1</sup> 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, « Moteurs de recherche et liens sponsorisés : quand la jurisprudence se cherche... », *Légipresse* 2008, n° 252, p. 83 s. ; 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. 91 s.

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.



## a. La crainte de l'activisme politique des juges

« Le roi comme juge est médiéval, le roi comme législateur est moderne », résumait un spécialiste de la pensée de Jean Bodin<sup>1</sup>. 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. « La France est redevenue un État de Justice, comme sous l'Ancien Régime », dit-on<sup>2</sup> ; étant entendu qu'il faut séparer la « judiciarisation de la société », désignant l'importance des juges en ce qu'ils tranchent les conflits<sup>3</sup>, et la « jurisprudentialisation du droit », qui correspond au développement de la part du droit d'origine prétorienne et qui est ici seule en cause<sup>4</sup>. La méfiance à l'égard du droit des tribunaux a été exprimée par beaucoup et souvent de manière très sévère. Gaston Jèze, par exemple, 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 », ajoutant qu'« il est dangereux de leur confier la mission de dire le droit en matière politique »<sup>5</sup>. On va même jusqu'à voir dans la jurisprudence un outil au service de l'« activisme » des juges<sup>6</sup>. Dire le droit en matière politique, c'est pourtant bien ce que font les tribunaux régulièrement lorsqu'ils édictent de nouvelles normes, le droit n'étant toujours que l'instrument de la politique<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. En témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation « Mulholland drive » : ici, les hauts magistrats se sont efforcés d'appliquer le « test en

<sup>1</sup> R. E. GIESEY, « Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Sovereignty », in *Verhandlungen in München*, Munich, 1973, p. 183 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 44).

<sup>2</sup> J. KRYNEN, « La figure du juge aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Le bien commun*, France culture, 15 mars 2012.

<sup>3</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 647.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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. 33.

<sup>6</sup> D. TALLON, « Précédent », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1185.

<sup>7</sup> 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. Aux États-Unis, il est des juges élus sous une étiquette politique (E. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004).

<sup>8</sup> 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). Cf., en outre, Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1018 s.

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 »<sup>1</sup>. 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.

Surtout, la jurisprudentiale du droit de la communication par internet est critiquable dès lors qu'il est difficile d'imaginer comment les juges pourraient être plus compétents et moins influençables que les parlementaires.

## b. La peur du manque de compétence et de la mise sous influence des juges

Comme le résume un observateur, 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 leurs savoirs scientifique et technique<sup>2</sup>. Et, lorsque, conscients de leurs limites, ils demandent conseil à des *amici curiæ*, à des experts extérieurs, on les soupçonne immédiatement d'être sous l'influence de ceux-ci, ce qui tend à ruiner leur légitimité<sup>3</sup>. Il faut dire qu'on voit souvent dans l'indépendance des juges leur principale, si ce n'est leur seule, qualité<sup>4</sup>. L'argument selon lequel les cours et tribunaux seraient mieux au fait que les autres sources étatiques des enjeux en présence, des conséquences concrètes des normes élaborées et des difficultés potentielles d'application de celles-ci est donc tout à fait douteux. 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 dérivés. « 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*

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 févr. 2006, S.A. Studio canal c/ M. Stéphane P.

<sup>2</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 392.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 94.

*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.*<sup>1</sup>

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. Il n'est en aucun cas lieu de critiquer sévèrement des juges incompetents ; simplement faut-il relever que, n'étant forcément pas des spécialistes de ces questions techniques et aux réponses mouvantes et complexes, ils ne peinent pas moins que les parlementaires à en saisir les enjeux et la portée. Ainsi est-ce déjà le fond du droit établi par les juges qui est contesté, en ce qu'il ne serait guère plus que le droit législatif congruent et efficient dans le domaine des technologies et des activités internetiques. Ensuite, on convient que ce n'est pas à eux d'être le « phare d'un droit en rupture »<sup>2</sup> ou, en d'autres termes, d'être le guide du droit ; ils peuvent être un guide dans le droit mais non guider le droit. Le « gouvernement des juges »<sup>3</sup> et la « loi des juges »<sup>4</sup> sont perçus telles de peu engageantes perspectives, y compris à l'égard du droit de la communication par internet.

Et les sources juridictionnelles se trouvent encore fragilisées par quelques autres considérations.

### **c. Les autres données précarisant la légitimité du droit des juges**

La jurisprudence a été dénoncée comme une source abusive du droit en ce qu'elle ne jouirait d'aucune légitimité démocratique et en ce que, en outre, elle violerait la séparation des pouvoirs<sup>5</sup>. Il semble, notamment, revenir au Parlement plus qu'aux tribunaux d'identifier l'intérêt général<sup>6</sup>. L'absence de légitimité démocratique des juges<sup>7</sup> — qui peuvent sans peine

<sup>1</sup> J. HOURDEAUX, « Un journaliste condamné pour des documents trouvés sur Google », [en ligne] <mediapart.fr>, 5 févr. 2014.

<sup>2</sup> R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 207.

<sup>3</sup> Réf. à É. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921 ; également, 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.

<sup>4</sup> Réf. à F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997.

<sup>5</sup> O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 349.

<sup>6</sup> Sur ce point, *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 – À propos de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003 », *RFDA* 2003, p. 470 s.

<sup>7</sup> Sur ce point, *cf.*, notamment, C. GUARNIERI, P. PÉDERZOLI, *La puissance de juger – Pouvoir judiciaire et démocratie*, Michalon, 1996. Pour une analyse contraire, *cf.* A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996 ; D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 863 (« à côté du mandat exercé par les représentants, le prétoire contribue à agrandir l'espace de la démocratie. Voilà ce qu'exprime l'avancée du juge : un engagement civique qui déborde l'expression du seul suffrage, cherche de nouveaux canaux d'expression, explore des formes nouvelles de représentation »).

être qualifiés de « bureaucrates »<sup>1</sup> — fait que, si par ailleurs en termes de légitimité technico-scientifique ils ne dépassent pas les qualités des parlementaires, le législateur devrait être perçu comme une source plus opportune de normes. Il faut dire que ce dernier, 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 rencontré 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. Or, si la jurisprudence est avant tout un « phénomène d'autorité »<sup>2</sup>, donc un phénomène qui « se définit en opposition à la contrainte par la force et à la persuasion par arguments »<sup>3</sup>, 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. La jurisprudence est ainsi ontologiquement beaucoup plus fragile que la loi, beaucoup plus susceptible de voir sa qualité détériorée à mesure des résistances qu'elle rencontre. En somme, elle se distingue de la loi en ce que son sort dépend beaucoup plus directement de sa réception par ses destinataires publics (les autres organes d'application) et privés (ses sujets). Sur ce point, est remarquable que certains spécifient la jurisprudence comme reposant sur des croyances<sup>4</sup>, plus précisément des croyances en une force normative et en une légitimité. Seulement, si des croyances peuvent être fortes à l'image de celles qui s'attachent à certaines religions, elles peuvent aussi être faibles et instables. Or il se trouve déjà des commentateurs qui voient dans le juge une « institution impuissante »<sup>5</sup> souffrant d'une « crise d'identité »<sup>6</sup>. Les tribunaux manquent à la fois de légitimité scientifique et technologique et de légitimité démocratique.

D'autres critiques peuvent être adressées à un droit construit dans les prétoires. 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 en partie à ce problème en raison du fait que l'obligatorité 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<sup>7</sup>.

Également, 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

---

<sup>1</sup> Réf. à J. BELL, *The Judge as Bureaucrats*, Oxford University Press, 1987.

<sup>2</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 359. Pour une analyse contraire, cf. M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 884.

<sup>3</sup> H. ARENDT, *La crise de la culture* (1968), trad. P. Lévy et alii, Gallimard, coll. Folio essais, 2011.

<sup>4</sup> Notamment, G. TMSIT, *Les figures du jugement*, Puf, coll. Les voies du droit, 1993.

<sup>5</sup> D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 862.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Ch. Agostini, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 157.

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.

Par ailleurs, 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<sup>1</sup> ; seulement, dans un domaine tel que celui de la régulation des activités internetiques, 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 répond donc pas mieux que la loi à cette demande. On relève que « la stabilité de la jurisprudence est célébrée par comparaison avec le foisonnement éphémère de la législation »<sup>2</sup> ; quant à la texture des normes espérée en droit de la communication par internet, il faut croire que cela plaide davantage en faveur des sources législatives qu'en faveur des sources juridictionnelles.

Enfin, c'est l'humanité des personnes derrière la fonction de juge qui est parfois perçue comme rendant les sources juridictionnelles peu satisfaisantes. Ainsi le Professeur Jean-Louis Bergel regrette-t-il que, *a fortiori* dans un système ne connaissant pas de règle du précédent obligatoire, « la généralité et la permanence de la loi impliquent des garanties que les états d'âmes de certains magistrats ne sauraient assurer : trop d'exemples fantaisistes le démontrent. Les magistrats ne sont que des hommes ou des femmes, même si l'on peut rêver qu'ils soient tous des modèles de compétence, de clairvoyance, d'impartialité et de sérieux, tant leur rôle est éminent. Si beaucoup le sont, tous ne peuvent l'être »<sup>3</sup>. Doit être cependant rappelé qu'une décision de justice peu opportune, très critiquable, peut difficilement engendrer une jurisprudence puisque c'est la réception par les autres juridictions qui en décide — pour ce qui est des juridictions ordinaires en tout cas ; mais les juridictions suprêmes sont censées être composées des magistrats les plus compétents —. Reste que, en d'autres termes, plusieurs centaines de parlementaires pourraient davantage qu'un juge unique ou qu'un collège de quelques juges produire des régimes juridiques pertinents.

En revanche, 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<sup>4</sup> n'a pas à être ici reprise, bien que le droit de la communication par internet requiert justement un droit souple et adaptable, car, d'une part, l'absence de règle du précédent obligatoire paraît éviter à la jurisprudence de rendre, comme la codification, le droit trop rigide et car, d'autre part et surtout, à l'inverse d'une branche du droit telle que le droit administratif, le droit de la communication par internet, pour l'heure et pour longtemps encore, ne connaît nulle

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 35.

<sup>2</sup> M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 885.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 259.

<sup>4</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 14.

jurisprudence ancestrale profondément et solidement ancrée dans la psyché juridique collective. Sous un autre angle, cet élément conduit à noter que la jurisprudence en droit de la communication par internet est par nature plus fragile que, par exemple, en droit administratif.

Quant à la dénonciation de la jurisprudence en ce qu'elle autoriserait à édicter des règles d'application rétrospective<sup>1</sup>, elle ne saurait être retenue, la jurisprudence se définissant comme un ensemble de normes d'origine prétorienne, ce qui implique que la jurisprudence existe toujours avant d'être mise en œuvre par les tribunaux. Il ne paraît pas satisfaisant de retenir que, « par hypothèse, la jurisprudence est naturellement rétroactive »<sup>2</sup> car, au moment où la règle est constituée, elle n'a pas le caractère de règle jurisprudentielle et, dans tous les cas où elle sera ensuite appliquée, il n'y aura de rétroactivité que si les faits en cause se sont produits antérieurement à la date du jugement à l'origine de la jurisprudence. Sur ce point, est d'ailleurs remarquable que le Tribunal des conflits, en 2015, a pu faire évoluer sa jurisprudence sur une certaine question de répartition des compétences tout n'en appliquant pas le nouveau régime juridique ainsi créé aux faits à l'origine du jugement, ce nouveau régime ne devant valoir que pour l'avenir et donc ne concerner que les faits survenant postérieurement au jour du jugement, cela afin de préserver la sécurité juridique<sup>3</sup>. Il est néanmoins vrai que la Cour de cassation retient qu'une règle jurisprudentielle peut s'appliquer à des faits s'étant déroulés quelques 25 ans avant l'affirmation de celle-ci parce que « l'interprétation jurisprudentielle d'une norme ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »<sup>4</sup>. La jurisprudence peut alors être déplorée en ce qu'elle est source d'injustice plus que de justice<sup>5</sup>. Et, l'application du droit devant être uniforme, au lendemain d'un arrêt « faisant jurisprudence », tous les juges de rang inférieur doivent mettre en œuvre la nouvelle norme sans égards pour la date des faits en cause — Bentham pouvait ainsi critiquer un insupportable « *dog law* »<sup>6</sup> ; d'autres dénonceront un « panurgisme judiciaire »<sup>7</sup> —.

<sup>1</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 356.

<sup>2</sup> J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 306). Également, C. RADÉ, « De la rétroactivité du revirement de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 s.

<sup>3</sup> T. confl., 9 mars 2015, *Risपाल*. De même, la Cour de cassation (Cass 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, *Société nationale de radiodiffusion Radio France SA* ; Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, *La Provence*) puis le Conseil d'État (CE ass., 16 juill. 2007, *Tropic*) ont accepté que leurs nouvelles jurisprudences, en cas de circonstances exceptionnelles, puissent ne s'appliquer qu'aux seuls faits futurs, ce qui illustre combien la jurisprudence est une réalité, les règles en cause ne s'appliquant pas aux litiges à ces occasions tranchés. Cf. P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 s.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 oct. 2001, *Coindoz c/ Christophe*. Cette position de la Cour de cassation a d'ailleurs été admise par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 18 déc. 2008, *UNEDIC c/ France*).

<sup>5</sup> Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2001 précité, un médecin est définitivement condamné pour ne pas avoir respecté en 1974 une règle édictée en 1998, ce qui a de quoi à tout le moins heurter le sentiment naturel de la justice. Cf., tout spécialement, N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur de Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005 ; V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence – Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, n° 130.

<sup>6</sup> Cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 306.

<sup>7</sup> P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD civ.* 2011, p. 90.

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<sup>1</sup>. Il faut dire qu'un autre inconvénient est lourd de conséquences : un tel droit d'essence jurisprudentielle est problématique en ce qu'il entraîne une très regrettable insécurité pour les justiciables, le jugement du Tribunal des conflits à l'instant cité faisant figure d'exception.

## 2. L'insécurité immanente à un droit prétorien

La principale difficulté que pose un droit foncièrement prétorien tel que le droit étatique de la communication par internet réside dans l'insécurité juridique dont celui-ci est la source. Cette insécurité est déjà induite par la rétroactivité de la jurisprudence à l'instant évoquée dès lors que des faits quelconques risquent de se voir régis des décennies plus tard par des normes nouvelles. Elle provient également de la difficile accessibilité, tant physique que cognitive, des décisions à portée jurisprudentielle. Le Professeur François Terré plaide pour un droit sans jurisprudence en premier lieu car, explique-t-il, celle-ci est trop souvent inconnue, malgré les progrès de l'informatique juridique<sup>2</sup>. Doit être rappelé que 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 déjà en délicatesse sous l'angle de sa légitimité, sous l'angle de sa réception par les destinataires des normes. L'incidence d'un trop grand nombre de jurisprudences sur la structure du droit est claire : celui-ci se présente comme un ensemble de règles éparses et mal coordonnées<sup>3</sup> ; comme le soulignait Max Weber, les précédents constituent un obstacle à la rationalisation du droit<sup>4</sup>. Pourrait être adressé au droit de la communication par internet le même reproche que celui que Georges Vedel faisait au droit administratif : c'est un droit « semi-secret »<sup>5</sup>, voire ésotérique, un droit de spécialistes éloigné des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité des normes<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>, il ne peut se satisfaire de la proportion élevée de normes d'origine juridictionnelle qui empreint le droit de la communication par internet. Avant même que le Conseil, dans son arrêt du 24 mars 2006, ne

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 35.

<sup>2</sup> F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Arch. phil. droit* 2007, p. 310.

<sup>3</sup> D. TALLON, « Précédent », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1187.

<sup>4</sup> Cité par D. TALLON, « Précédent », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1187.

<sup>5</sup> Cité par M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 436.

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> EDCE 1991, *De la sécurité juridique* ; EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

la qualifie de principe général du droit<sup>1</sup>, la 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 doit être aussi clair et prévisible, donc continu, que possible et que des litiges comparables doivent recevoir des solutions identiques<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Peut-être les normes jurisprudentielles propres au droit de la communication par internet sont-elles tout particulièrement précaires, donc fragiles et difficiles à saisir tant du point de vue de leurs destinataires publics que de celui de leurs destinataires privés.

C'est de manière générale que l'« inflation jurisprudentielle » a mauvaise réputation en raison du fait que le droit d'origine juridictionnelle, « par son foisonnement et son infinie diversité », est générateur « d'hétérogénéité, d'instabilité et de confusion, là où la loi s'assigne les objectifs de clarté, d'uniformité et de sécurité juridique »<sup>4</sup>. Où, à nouveau, la loi paraît devoir l'emporter, tant quantitativement que qualitativement, sur les sources juridictionnelles ; étant entendu que, sur ce point, ce qui vaut en droit généralement vaut *a fortiori* concernant la branche spéciale du droit qu'est le droit de la communication par internet, dans laquelle la jurisprudence est tout spécialement hétérogène, instable et confuse. Carbonnier affirmait que « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance »<sup>5</sup>, si bien qu'un juge serait naturellement porté à faire œuvre originale au moment de juger. Or, s'il lui est difficile de s'éloigner excessivement des dispositions légales applicables, il l'est moins par rapport aux dispositions jurisprudentielles, celles-ci n'étant qu'implicitement applicables — ce qui peut amener à juger le système des pays de *common law* préférable à celui des pays de droit d'essence romano-germanique dès lors que la règle du précédent apparaît comme une autolimitation destinée à éviter l'arbitraire du juge, à donner une certaine cohérence aux décisions de justice et à assurer la sécurité juridique<sup>6</sup> —.

Et le doyen Carbonnier de parler par ailleurs de « pluralisme juridique » afin de désigner le pluralisme des jurisprudences « en vigueur » concernant un même point de droit<sup>7</sup>. Dans cette

<sup>1</sup> CE ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*.

<sup>2</sup> B. STIRN, « La qualité de la norme jurisprudentielle », 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. 262.

<sup>3</sup> P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *Arch. phil. droit* 2007, p. 33.

<sup>4</sup> F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 18.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 26<sup>e</sup> éd., Puf, 1999, p. 304 (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. 264).

<sup>6</sup> D. TALLON, « Précédent », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1185.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 362. Également, M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *Arch. phil. droit* 2005, p. 236. Bien plus tôt, Carré de Malberg mettait déjà en



situation, qui n'est pas un cas d'école concernant le droit de la communication par internet où la « logique centrifuge » de l'ouvrage juridictionnel<sup>1</sup> est remarquablement palpable, la sécurité juridique est terriblement malmenée, certaines des solutions jurisprudentielles en concurrence pouvant être — quoique, heureusement, le plus souvent elles ne le soient pas — 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 de là. 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<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup> qui, si elles sont anormales, sont, un temps au moins, le droit applicable ; d'autant plus qu'il n'existe pas d'équivalent du pourvoi dans l'intérêt de la loi<sup>4</sup> en matière de normes d'origine juridictionnelle, pas de « pourvoi dans l'intérêt de la jurisprudence ».

Ne peut, en revanche, guère être retenu l'argument selon lequel la jurisprudence serait faible en raison du risque qui plane sur elle de se voir réformée par une loi<sup>5</sup>, car la loi elle-même risque de se voir réformée par une loi ; même la Constitution peut être modifiée au besoin. Le danger tient plus à la menace d'une refonte de la jurisprudence par le juge, c'est-à-dire au revirement de jurisprudence, auquel une large littérature a été consacrée<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. Sous cet angle, à nouveau, les sources législatives apparaissent préférables aux sources juridictionnelles.

L'idée a été avancée que la qualité de la justice serait comparable à « un triangle dont les côtés seraient l'efficacité, l'éthique et la légitimité » et que seraient conformes à une justice de

---

exergue combien « le fait, si fréquent, de diversité et même de contrariété des jugements » pose problème (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. 702).

<sup>1</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 195.

<sup>2</sup> Cf., par exemple, B. BARRAUD, « Le droit de l'internet abandonné aux juges ? Illustration par la construction du régime de responsabilité des sites de partage de vidéos », *RLDI* 2014, n° 110, p. 48 s.

<sup>3</sup> D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 82.

<sup>4</sup> Cf., notamment, B. APOLLIS, « La persistance du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative », *RDP* 2010, p. 1209 s.

<sup>5</sup> C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel explique que, « s'il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer des décisions des juridictions, de leur adresser des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence, ces principes ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie, dans un but d'intérêt général, les règles que le juge a mission d'appliquer » (Cons. const., déc. 9 avr. 1996, n° 96-375 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*).

<sup>6</sup> En particulier, N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur de Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

<sup>7</sup> Sur ce point, cf. C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 18 mars 1994.

qualité le système judiciaire et les procédures, le tribunal et les juges qui se situeraient à l'intérieur du domaine ainsi délimité<sup>1</sup>. En matière de communication par internet, il est plutôt difficile aux organes du pouvoir judiciaire de s'inscrire dans ce « triangle d'or » lorsqu'ils s'attachent à la fonction d'application du droit ; peut-être devient-il pour eux excessivement difficile de satisfaire à ces conditions dès lors qu'ils participent de la fonction de création du droit. Aux États-Unis, ce sont les juges à la Cour suprême Holmes, Cardozo, Brandeis et Frankfurter eux-mêmes qui ont adopté une attitude d'autolimitation et ont entendu laisser le rôle premier de réformateur au législateur<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>. C'est bien au-delà du seul droit de la communication par internet que des régimes juridiques élaborés de façon prétorienne suscitent la critique et amènent les observateurs à exiger du législateur qu'il prenne le droit en mains. Est également significatif le fait que, en cas de « vide juridique », c'est-à-dire en l'absence de jurisprudence autant que de loi, on espère que la seconde saura précéder la première car « la peur du vide, c'est aussi la peur du juge »<sup>4</sup>, le « dé judiciaire [qui] commande nos droits »<sup>5</sup> pouvant désigner autant l'exercice de la fonction créatrice par les juges que l'exercice par eux de la fonction applicatrice. En France, le Conseil constitutionnel est le premier à témoigner une hostilité envers la jurisprudence. Ainsi s'inscrit-il 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<sup>6</sup>.

*In fine*, l'observation selon laquelle les modes alternatifs de résolution de conflits, arbitrage et autres médiation, sont très développés dans le domaine des communications internetiques achève de convaincre du fait que les tribunaux ne possèdent guère une légitimité

---

<sup>1</sup> S. LEYENBERGER, « Propos introductif », in Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *La qualité des décisions de justice*, Éditions du Conseil de l'Europe (Strasbourg), 2008, p. 7 (cité par L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », 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. 253).

<sup>2</sup> F. MICHAUT, « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 662. Cf., également, L. PECH., « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUS-CHLING, dir., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 63 s. ; E. ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. phil. droit* 2006, p. 276 s.

<sup>3</sup> Définition de la démocratie attribuée à Abraham Lincoln. L'article 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958 reprend cette formule en tant que « principe de la République ».

<sup>4</sup> M. C. RONDEAU-RIVIER, « L'alibi du vide juridique », *Économie et Humanisme* 1991, n° 318, p. 27.

<sup>5</sup> F. RABELAIS, *Le Tiers-Livre*, 1546, chap. 39.

<sup>6</sup> 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 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 : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.

plus élevée que les parlements dans l'absolu et, surtout, aux yeux des internautes et des divers acteurs de la communication par internet, lesquels sont les destinataires des normes en cause. Et, si cela concerne principalement l'activité d'application du droit des tribunaux, peut-être cela concerne-t-il également leur activité — normalement secondaire ou accessoire — de création du droit. Nul doute que « la sécurité législative est plus grande que la sécurité jurisprudentielle »<sup>1</sup> ; et il faut ajouter que la sécurité garantie par les autorités étatiques spécialisées est nettement supérieure à celle que permettent les décisions juridictionnelles à portée jurisprudentielle. Pour toutes ces raisons, il est tentant d'affirmer que, parmi les sources étatiques « non politiques » du droit, les sources spécialisées sont beaucoup mieux fondées à établir le droit de la communication par internet que les sources juridictionnelles. Pourtant, l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques montre que, étonnamment, les sources juridictionnelles jouent un rôle premier quand les sources spécialisées ne jouent qu'un rôle second au sein de l'ensemble des sources étatiques « non politiques »<sup>2</sup>. Il convient, à présent, de décrire les autorités étatiques *ad hoc* en cause et de réfléchir aux explications à cet état de fait insatisfaisant.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

## Section 2

### **Les autorités spécialisées, des sources opportunes mais sous-exploitées**

*La section qui débute est la dernière du dernier titre de cette thèse. Ce titre porte sur les sources étatiques du droit de la communication par internet. Il s'agit, au fur et à mesure des développements qu'il comporte, d'observer et d'expliquer en quoi et dans quelle mesure la branche du droit en cause témoigne de continuités, de mouvements et de ruptures dans le nombre, l'identité, l'architecture et l'équilibre des sources étatiques du droit. Au long des sections précédentes, a été insisté sur les paradoxes nomo-quantitatifs et/ou nomo-qualitatifs propres aux sources étatiques dites « politiques » que sont la loi, la Constitution et le décret. En effet, ceux-ci sont soit très présents en même temps que trop fragiles, soit très attendus en même temps que trop discrets. Surtout, il semble que les sources qui hier et aujourd'hui encore dans une large mesure pouvaient et peuvent être perçues comme étant les principales ou mêmes les seules sources du droit ne puissent, dans l'espace du droit de demain, guère être conçues autrement que telles des sources du droit parmi d'autres. Ensuite, il s'est agi d'envisager les sources étatiques juridictionnelles. Leur situation, à l'échelle du droit de la communication par internet, apparaît contradictoire : ce sont des sources du droit peu légitimes à différents titres et pourtant elles occupent le devant de la scène du droit d'essence étatique. Quant aux sources étatiques spécialisées, qui constitueront l'objet de cette section, elles présentent elles-aussi un visage paradoxal : alors que leur légitimité à édicter le droit applicable aux activités internetiques paraît être (potentiellement au moins) nettement supérieure à celle des cours et tribunaux, elles élaborent de fait sensiblement moins de normes intégrant ce droit qu'eux.*

Si elles témoignent peut-être de la « fragmentation de l'appareil d'État »<sup>1</sup>, du passage de l'État moderne à l'« État postmoderne »<sup>2</sup> — compris comme « État polycentrique »<sup>3</sup> —, de

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 105.

<sup>2</sup> M. COLLET, « La réforme de la CNIL, ou les ruses de l'État "post-moderne" », *Annales de la régulation* 2006, p. 127 s.

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Rev. adm.* 1998, p. 43 s.

l'abandon de l'idéal du « législateur omniscient »<sup>1</sup> et donc d'une appétence croissante de l'État pour le pluralisme au sein de son propre droit, les autorités étatiques *ad hoc* occupent pourtant une place marginale dans la construction du droit de la communication par internet<sup>2</sup>. En effet, les résultats de l'expérience relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques montrent que les sources étatiques spécialisées sont à l'origine de seulement 3 % des normes constitutives du droit de la communication par internet<sup>3</sup>. Plus en détails, cette part n'est que de 1 % en droit du contenant de la communication par internet, tandis qu'elle s'élève à 4 % en droit du contenu de la communication par internet<sup>4</sup>. Et, à titre de comparaison, il est significatif que, en droit de la communication audiovisuelle, il se trouve 26 % de normes édictées par des autorités spécialisées (essentiellement le CSA), alors que, en droit des réseaux de communications électroniques, ce sont 15 % des normes qui ont été établies par de telles institutions (notamment l'ARCEP et l'Autorité de la concurrence)<sup>5</sup>.

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 cyberspace autant que dans des domaines tels que les technosciences ou la santé, il semble nécessaire que des savoirs soient au service des pouvoirs<sup>6</sup>. Cela peut prendre la forme d'experts consultés par le législateur ; cela peut aussi et surtout prendre la forme des autorités spécialisées, composées de spécialistes des réalités et enjeux en cause<sup>7</sup> et bénéficiant d'un « magistère technoscientifique sur le pouvoir »<sup>8</sup>. L'État est évidemment intéressé par tout ce qui relève du technologique et du scientifique<sup>9</sup> et, afin de mieux saisir les intérêts et les besoins en présence, il serait peut-être opportun de recourir à des instances spécialisées. En ce sens, on justifie le développement de ces dernières par l'importance croissante que prennent les matières techniques, aux enjeux particuliers compréhensibles des seuls spécialistes, qu'il faut adapter en

---

<sup>1</sup> C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 53.

<sup>2</sup> 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, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, 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).

<sup>3</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Réf. à P. LASCOUMES, « Les savoirs au service des pouvoirs – Naissance de l'expertise comme aide à la décision publique », in P. LASCOUMES, dir., *Expertise et action publique*, La documentation française, 2005, p. 15 s.

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, p. 224.

<sup>9</sup> 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.

continu à l'évolution scientifique et technologique<sup>1</sup>. Le droit de la communication par internet ne devrait-il pas être considéré comme étant une telle matière<sup>2</sup> ?

Il convient, ensuite, de préciser plus avant ce qui est envisagé en ces lignes derrière l'expression « autorité étatique *ad hoc* » ou « autorité étatique spécialisée ». Il s'agit d'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 »<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. Le recours à des autorités étatiques *ad hoc* paraît ainsi tout indiqué concernant l'internet et les activités internetiques.

Ces institutions — « paradis des acronymes »<sup>5</sup> — sont généralement et pour beaucoup désignées par l'expression « *autorités administratives indépendantes* » (« AAI »)<sup>6</sup>. Cependant, alors qu'elles n'entrent pas dans les catégories préexistantes du droit public en général ni dans celles du droit administratif en particulier<sup>7</sup>, il n'existe guère de statut officiel de ces AAI — malgré l'appel lancé par le Conseil d'État<sup>8</sup> — et leur statut officieux, issu de la pratique, peine toujours à se dessiner clairement<sup>9</sup>. Elles peuvent présenter des visages fort divers.

---

<sup>1</sup> 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., *Le multijuridisme. Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 116.

<sup>2</sup> De plus, l'explication du recours aux autorités spécialisées serait également à rechercher dans le sentiment que les outils classiques de réglementation et de régulation se seraient révélés inefficaces (*ibid.*, 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 ?

<sup>3</sup> M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991 (cité par L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit ? », [en ligne] <ieim.uqam.ca>, 2004, p. 18).

<sup>4</sup> A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 60.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 123.

<sup>6</sup> On considère parfois que l'expression « autorité administrative indépendante » constituerait un oxymoron, une *contradictio in adjecto*. Notamment, 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. L'auteur pose la question : « Comment une administration pourrait-elle être indépendante ? » (*ibid.*) ; et de commenter : « S'il est vrai que l'administration ne peut se définir que par l'existence d'une certaine relation de subordination par rapport à la fonction exécutive, alors il ne saurait y avoir d'administration dite indépendante » (*ibid.*).

<sup>7</sup> S. KERNEIS, « Autorité », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 111.

<sup>8</sup> EDCE 2001, *Les autorités administratives indépendantes*.

<sup>9</sup> Sur ce point, déjà, P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes – Une catégorie nouvelle », *AJDA* 1983, p. 275 s.

Reste que, *innovation importante au regard des principes traditionnels d'organisation de l'État*, les AAI se sont multipliées, en France, depuis la fin des années 1970<sup>1</sup>. Dans la matière ici étudiée, plusieurs d'entre elles interviennent. Cependant, il semble difficile de dire qu'elles seraient véritablement utiles, sous l'angle de la création normative en tout cas. HADOPI et autres ARJEL n'influent que sur une fine partie du droit de la communication par internet. La CNIL est peut-être l'autorité la plus importante, mais elle agit principalement en tant qu'organe d'exécution et ne produit pas beaucoup d'actes normatifs à portée générale<sup>2</sup>.

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 ces organes soient souvent critiqués, par exemple par qui considère que « la protection des libertés est une chose trop sérieuse pour [leur] être confiée »<sup>3</sup>, et bien que leurs interventions s'avèrent, pour l'heure, insuffisantes (B).

Par ailleurs et enfin, il faut relever que l'internet a été ou est étudié, au sein des administrations centrales de l'État, par des structures qui, nonobstant leur originalité apparente, ne sauraient être considérées comme véritablement atypiques et qui, en tout cas, ne produisent jamais formellement de normes, ni générales ni individuelles<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Professeur Denis Baranger regrette que « la France possède trop d'institutions » (D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013), tandis que le Professeur Jacques Chevallier parle de « décentralisation fonctionnelle » (J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, 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, *Les autorités administratives indépendantes*, 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 (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).

<sup>2</sup> En outre, il est significatif qu'un député, au sein d'un rapport remis en 2007 à l'Assemblée nationale, décrivait des « actions [qui] sont éclatées entre de trop nombreux ministères, autorités et comités qui ont naturellement accompagné le foisonnement d'initiatives que les technologies de l'information et de la communication ont suscité » (P. MARTIN-LALANDE, « La société de l'information dans le budget de l'État », rapport à l'Assemblée nationale n° 3783, 20 mars 2007 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 170)).

<sup>3</sup> D. ROUSSEAU, « Silence tragique à Skyrock : une censure », *Le Monde* 10 janv. 1995.

<sup>4</sup> 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, 1<sup>er</sup> 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*). Il y a ou avait aussi la « délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale » (DATAR ; D. n° 2009-1549, 14 déc. 2009, *Créant la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale*), l'ancienne « direction générale des entreprises » (cette direction était intégrée au ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur (D. n° 93-1272, 1<sup>er</sup> déc. 1993, *Relatif à l'organisation de*

## A. L'action normative possiblement fructueuse des autorités *ad hoc*

C'est un rôle de sources formelles et non uniquement un rôle de sources matérielles que les autorités étatiques spécialisées devraient jouer (1) tant il semble que le droit qu'elles produisent se pare peut-être d'un bien-fondé et d'une efficacité importants (2).

### 1. L'affirmation et l'expansion nécessaires des autorités spécialisées en tant que sources formelles

Si le Parlement est peu enclin à abandonner au profit des autorités spécialisées la mission de créer formellement le droit (a) et s'il s'appuie en revanche souvent sur elles à travers divers modes de consultation (b), il pourrait pourtant être utile que ces autorités deviennent de véritables sources formelles du droit de la communication par internet (c), l'État se présentant alors davantage sous les traits d'un « État d'experts » que sous les traits d'un « État de citoyens » (d).

#### a. Une réticence du législateur à concéder aux autorités *ad hoc* la fonction *jus-créatrice*

Bien davantage qu'à la « fin des technocrates »<sup>1</sup>, l'heure semble devoir être à l'ère des technocrates, des experts et des spécialistes « qui font profession de diriger »<sup>2</sup>, au « super-droit » reposant sur une « technicité de plus en plus riche » que promettait Carbonnier<sup>3</sup> et au retrait de la loi qui « part de tous pour s'appliquer à tous »<sup>4</sup>, dont l'office est de « fixer, par de

---

*l'administration centrale du ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur*, art. 1<sup>er</sup>) ; elle est aujourd'hui remplacée par une 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*), l'« agence nationale de la sécurité des systèmes d'information », créée 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*), le « conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies », 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*), la « direction générale des médias et des industries culturelles » (DGMIC), placée auprès du ministère de la culture et de la communication 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*).

<sup>1</sup> Réf. à L. ROUBAN, *La fin des technocrates ?*, Presses de Sciences Po, 1998.

<sup>2</sup> B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 38. L'auteur parle de « phénomène de renversement du cycle du pouvoir » (*ibid.*).

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 43.

<sup>4</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 6. Rousseau écrivait aussi qu'avec la loi « tout le peuple statue sur tout le peuple », si bien que « la matière sur laquelle on statue est générale, comme la volonté qui statue » (*ibid.*).



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 »<sup>1</sup>, et qui « est vouée à s'en tenir à des solutions d'ensemble, c'est-à-dire à *des solutions moyennes et approximatives* »<sup>2</sup>. Des auteurs opèrent le constat d'une prise de pouvoir des autorités étatiques spécialisées concomitante à une « démission du législateur »<sup>3</sup> et parlent d'un État « résigné » à abandonner l'outil législatif<sup>4</sup>, ce qui changerait la nature du droit<sup>5</sup>. Les statistiques obtenues au terme de l'étude relative à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques amènent néanmoins à contredire en partie pareille conclusion : le législateur, loin de baisser les armes, paraît s'efforcer de demeurer « la » source étatique du droit par excellence et lesdites autorités spécialisées, en droit de la communication par internet en tout cas, ne parviennent guère, car le législateur ne leur en donne ni l'occasion ni les moyens, à développer leur « part de marché » dans le grand « marché » de la production normative.

Pourtant, « 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 »<sup>6</sup>. Nulle branche du droit ne paraît être plus directement visée par ces propos que le droit de la communication par internet. Dès lors, il s'avère difficile d'expliquer l'écart immense qui existe entre la part de droit d'essence législative et décrétole (21 %) et la part de droit d'origine étatique spécialisée (3 %) à l'intérieur de ce droit<sup>7</sup>. Les délégations de la compétence normative du législateur à des

---

<sup>1</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801. Cela fait néanmoins longtemps que le Professeur Jacques Chevallier remarque combien « la généralité de la loi a vécu : les lois se présentent de plus en plus comme des *textes spéciaux*, au contenu technique très accusé, poussant très loin le souci du détail, et dont l'application est étroitement circonscrite dans le temps et dans l'espace, ce qui lui fait perdre toute prétention à l'universalité ; derrière ces textes “en mille morceaux”, “en dentelles” ou “de convenance”, se profile le naufrage du droit commun, de la règle uniforme » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 105 (souligné dans le texte original)). Et d'ajouter : « L'inflation normative se traduit aussi, et surtout, par l'allongement, l'“enflure” de textes qui poussent toujours plus loin le souci du détail et se caractérisent par une volonté toujours plus affirmée d'exhaustivité : alors même que leur nombre est plutôt en diminution en France, les lois sont plus longues et plus complexes (le recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 3 721 pages en 2004) » (*ibid.*, p. 110).

<sup>2</sup> 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. 260 (non souligné dans le texte original).

<sup>3</sup> C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 53.

<sup>4</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 224.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>6</sup> C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 55.

<sup>7</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

autorités étatiques *ad hoc*<sup>1</sup> restent exceptionnelles. Le problème de la compétence — comprise comme maîtrise technique d'un sujet mais aussi, par suite, comme habilitation juridique à agir<sup>2</sup> — doit être au cœur des réflexions légistiques relatives à l'internet dès lors que le problème de la légistique est d'« aboutir à des lois quasi-scientifiques »<sup>3</sup>. Et, si Hegel disait vrai lorsqu'il soutenait que « le pouvoir gouvernemental a une double caractéristique : la compétence et l'indépendance »<sup>4</sup>, alors peut-être est-ce le droit étatique dans son ensemble qui devrait reposer sur des autorités spécialisées. 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 »<sup>5</sup> ; un même raisonnement ne peut-il pas être tenu quant à la fabrication des normes et à la prospérité juridique d'un pays ? L'analogie est certes un peu excessive, mais il faut gager que la qualité substantielle des règles de droit n'est pas le dernier des enjeux qui s'attachent à elles et qu'elle est étroitement liée à la compétence des autorités qui confectionnent ces règles<sup>6</sup>.

En ce sens, il faut dépasser la question des sources formelles du droit et remarquer que les autorités étatiques spécialisées jouent un rôle bien plus décisif en tant que sources matérielles qu'en tant que sources formelles.

## b. Un rôle de sources matérielles des autorités *ad hoc* très développé

N'est-il pas de plus en plus avéré qu'il faut, comme l'exprimait 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 »<sup>7</sup> et que « la volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé »<sup>8</sup> ? 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 cause ; il est donc nécessaire d'avoir recours à des formulations de l'intérêt commun effectuées par des hommes aux qualités incontestées. Aussi est-il vrai qu'une certaine autorité spécialisée peut élaborer des normes sans en être pour autant la source formelle. Or d'aucuns

<sup>1</sup> Cf., également, J.-L. BERGEL, « Pouvoir règlementaire et délégation de compétence normative », *RRJ* 2001, p. 2373 s.

<sup>2</sup> Peut être rappelé que l'enjeu est central en droit public en général et que les juridictions administratives ont fait du vice de compétence le premier cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (CE, 4 mai 1826, *Landrin*), avant de l'ériger en moyen d'ordre public (CE, 15 févr. 1961, *Alfred-Joseph*).

<sup>3</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 174.

<sup>4</sup> G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 1820 (cité par A. LÉCRIVAIN, *Hegel et l'éthicité*, Vrin, 2001, p. 133).

<sup>5</sup> Cité par L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, p. 2.

<sup>6</sup> En ce sens, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, J. PINI, « Préface », 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. 14 ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738 ; M.-F. DELHOSTE, « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ* 2002, p. 53.

<sup>7</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6. Autrement dit, « le public veut le bien qu'il ne voit pas » (*ibid.*).

<sup>8</sup> *Ibid.*

soulignent le déséquilibre évident 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 »<sup>1</sup> ; 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. En revanche, 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<sup>2</sup>. Il est évident que, « avant de faire une loi dans ces matières nouvelles, on ne peut pas faire l'économie de comprendre »<sup>3</sup> et que les « lois techniciennes »<sup>4</sup> ne sont pas réellement pensées et élaborées par les parlementaires — mais il reste nécessairement une part de « lois politiques » dont les contenus dépendent de choix politiques<sup>5</sup>, lesquels, cependant, doivent être éclairés —. Parfois, la loi ne peut en aucune façon être écrite tant que le législateur n'a pas à sa disposition de véritables « connaissances expérimentales »<sup>6</sup>. Le fait que le droit serait toujours « indécidable scientifiquement »<sup>7</sup> est contestable.

L'idée de consulter un « sachant » avant de légiférer n'est ni neuve ni originale — en témoignent les *responsa* qu'adressaient déjà les juriconsultes romains<sup>8</sup> — ; c'est l'ampleur du phénomène qui interpelle<sup>9</sup>. On estime que, jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> s. et l'avènement du

---

<sup>1</sup> P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit international, 2001, p. 224. Également, L. ROUBAN, *L'État et la science – La politique publique de la science et de la technologie*, Éditions du CNRS, 1988.

<sup>2</sup> Cf., notamment, P. LASCOUMES, dir., *Expertise et action publique*, La documentation française, 2005.

<sup>3</sup> G. BERRY, « Algorithmes, machines et langages », *L'Éloge du savoir*, France culture, 5 févr. 2013.

<sup>4</sup> Réf. à E. MELLA, « La loi technicienne sous la V<sup>e</sup> République : the *one best law* ? », *LPA* 5 juill. 2007, p. 8 s. Cet auteur écrit : « La “loi technicienne” est cette loi qui, sous la V<sup>e</sup> République, est aux prises avec la société technicienne car élaborée par des techniciens, selon un protocole bien déterminé et toujours mue par le souci des contemporains de parvenir à la meilleure norme possible. [...] Mais, si la loi technicienne sous la V<sup>e</sup> République est techniquement the *one best law*, la meilleure des lois, en ce qu'elle correspond à un perfectionnement technique toujours plus abouti, politiquement et intellectuellement, elle peut aussi être the *worst law*, la pire des lois, en ce qu'elle perd de son caractère général et de sa clarté » (*ibid.*, p. 8-9).

<sup>5</sup> En ce sens, Ch. PAUL, « Avant-propos », in 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.

<sup>6</sup> R. CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 177. Ainsi constate-t-on que « les normes juridiques sont fabriquées aujourd'hui et mises au point à partir d'études préalables plus ou moins fouillées ; on tient compte, pour leur préparation, de tout un savoir de plus en plus important, de toute une série de données diverses collectées au moyen de techniques perfectionnées d'observation, de sondage, de prévision » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 283).

<sup>7</sup> É. MILLARD, « Le droit... à l'envers », conférence à l'Agora des savoirs, Centre Rabelais de Montpellier, 8 févr. 2012.

<sup>8</sup> A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 59.

<sup>9</sup> 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., *Le recours aux experts – Raisons et usages politiques*, coll. Symposium, Presses universitaires de Grenoble, 2005 ; P. LASCOUMES, « Les savoirs au service des pouvoirs – Naissance de l'expertise comme aide à la décision publique », in P. LASCOUMES, dir.,

« positivisme législatif », les sollicitations d'avis de personnalités qualifiées étaient une pratique peu courante en France<sup>1</sup>. Et elles n'étaient pas forcément connues car souvent discrètes, pour ne pas dire secrètes<sup>2</sup>. L'institutionnalisation et la procéduralisation du recours par le législateur aux avis sur des données scientifiques, économiques, sociales ou morales est quelque-chose de récent<sup>3</sup> ; peut-être même est-ce là l'un des premiers signes du passage du droit moderne au droit « postmoderne »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. L'apparition des autorités étatiques *ad hoc* a donné aux avis et recommandations une dimension nouvelle et un caractère plus officiel<sup>6</sup> — sans que cela n'empêche le développement concomitant des consultations non officielles<sup>7</sup> —. La *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*<sup>1</sup> est un

---

*Expertise et action publique – Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, 2005, p. 15 s. ; *Dr. et société* 1998, n° 40, « Produire la loi » ; *Dr. et société* 1994, n° 27, « Production de la norme juridique ».

<sup>1</sup> 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<sup>e</sup> éd., Fayard, 1997 ; F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française – Du 18<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 1994. L'époque napoléonienne serait néanmoins une exception. Des « conseils » fort disparates ont alors été placés tantôt sous l'autorité du Premier Consul (puis de l'Empereur), tantôt sous celle des ministres. Il pouvait s'agir de véritables organes de l'État ou de simples réunions de travail, qui s'occupaient de vastes questions politiques et administratives ou d'affaires plus particulières et réunissaient, selon les cas, des personnalités politiques, des hauts fonctionnaires ou des personnalités du monde économique.

<sup>2</sup> P. LASCOUMES, « Les savoirs au service des pouvoirs – Naissance de l'expertise comme aide à la décision publique », in P. LASCOUMES, dir., *Expertise et action publique – Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, 2005, p. 15 ; Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RID comp.* 1994, p. 645 s.

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> En ce sens, 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. 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 »).

<sup>5</sup> D. LOSCHAK, « Droit, normativité et normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, Puf, 1983, p. 76-77 (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. 264).

<sup>6</sup> 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 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.*).

<sup>7</sup> 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 – Entretien avec Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL », *LPA* 20 oct. 2011, p. 5).

exemple criant : 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 —<sup>2</sup>. Peu ou prou un même constat peut être opéré quant à la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*<sup>3</sup>.

Les AAI concernées répondent ainsi régulièrement à des consultations sur des questions en lien avec l'encadrement normatif des activités internetiques<sup>4</sup>. Et 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)<sup>5</sup>, du Conseil consultatif de l'internet (créé auprès du ministre chargé des nouvelles technologies)<sup>6</sup>, du Conseil général de l'industrie,

---

<sup>1</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>2</sup> Cf. J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 242.

<sup>3</sup> L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> août 2006, *Relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Cf. J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 243.

<sup>4</sup> Par exemple, du côté de la CNIL, délibération n° 2006-152, 30 mai 2006, *Portant avis sur le projet de décret précisant les conditions dans lesquelles certains organismes, tels que les compagnies d'assurance ou les entreprises de transport, doivent mettre à disposition des autorités judiciaires par voie électronique les données qu'ils détiennent* ; délibération n° 2006-104, 27 avr. 2006, *Portant avis sur le projet d'arrêté présenté par le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, et créant un traitement de données à caractère personnel relatif aux espaces numériques de travail (« ENT »)*. 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 ».

<sup>5</sup> La Commission consultative des communications électroniques regroupe des représentants des fournisseurs de services, des utilisateurs de services professionnels et particuliers et des personnalités qualifiées. Elle a compétence pour ce qui concerne les services et réseaux radioélectriques, mais aussi pour les autres réseaux. Elle est appelée à exercer des fonctions consultatives pour toutes les mesures visant à fixer ou modifier les procédures de déclaration, les conditions techniques et d'exploitation (D. n° 2009-764, 23 juin 2009, *Déterminant la composition, les attributions et les conditions de fonctionnement de la commission consultative des communications électroniques*). Cf. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 1728.

<sup>6</sup> Le Conseil consultatif de l'internet 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. Il était saisi de demandes d'avis ou d'études émanant du ministre chargé des nouvelles technologies, seul ou conjointement avec d'autres membres du Gouvernement. Il pouvait être consulté sur tout projet de loi relatif aux communications électroniques ou qui implique leur utilisation. Il établissait un rapport annuel à l'intention du ministre chargé des nouvelles technologies. Concernant sa composition, il comprenait quinze membres : les présidents de l'ARCEP, du CSA et de la CNIL, ainsi qu'un député et un sénateur désignés par leurs assemblées respectives et dix personnalités qualifiées choisies « en raison de leurs compétences dans le domaine des communications électroniques et de leurs usages » et nommés pour trois ans (D. n° 2003-1167, 8 déc. 2003, *Portant création du Conseil consultatif de l'internet*). Cet organisme consultatif a été supprimé

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)<sup>1</sup>, du Comité de l'interconnexion et de l'accès (créé auprès de l'ARCEP)<sup>2</sup> ou encore du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. 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 »<sup>3</sup> du texte, puisque la véritable source formelle voit alors sa liberté réduite au choix d'agir ou de ne pas agir<sup>4</sup>. Et 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 »<sup>5</sup>.

Quoi qu'il en soit, le recours aux autorités étatiques spécialisées uniquement en tant que sources matérielles ne paraît guère suffisant. En matière de régulation des activités internetiques, il est tentant de plaider en faveur de la production directe et explicite de normes par ces institutions.

---

en 2009. Cf. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4693.

<sup>1</sup> Le Conseil stratégique des technologies de l'information a pour mission d'« éclairer, par la confrontation des points de vue et des analyses, les choix stratégiques du Gouvernement dans le domaine des technologies de l'information ». Il est composé de « personnalités choisies en raison de leurs compétences dans le domaine des technologies de l'information », nommées pour une durée de trois ans. Son secrétariat est assuré par le Conseil général des technologies de l'information, lequel procède au suivi des recommandations, propositions et avis formulés (D. n° 2004-255, 22 mars 2004, *Portant création d'un conseil stratégique des technologies de l'information*). Cf. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4694.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> Réf. à P. FERRARI, « Essai sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 215 s.

<sup>4</sup> 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*). Un avis conforme n'est exigé que lorsqu'un texte le prévoit expressément. L'organisme doit être mis à même de se prononcer en connaissance de cause et doit être saisi du projet de texte. La décision de l'autorité administrative n'est régulière que si elle est conforme à l'avis de l'organisme consulté. Le défaut d'avis conforme est une irrégularité qui peut être soulevée d'office par le juge (CE, 8 juin 1994, *Mme Laurent*). Aucune décision ne peut être prise si l'avis est défavorable et en cas d'avis favorable sous réserve, la décision n'est légale que si elle tient compte de cette réserve (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2° éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 64).

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

### c. Un rôle de sources formelles des autorités *ad hoc* à développer

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 ? »<sup>1</sup>. 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. Ici, les sources étatiques « politiques » 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 ne les intéressent que lorsqu'elles font œuvre de sources formelles, 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 dans tous les cas que très rarement quelles sont leurs sources matérielles. En d'autres termes, ils ne voient toujours que les sources formelles ; or celles-ci, lorsqu'elles sont d'ordre législatif ou décrétoal, paraissent disqualifiées *a priori*. Concernant le droit du cyberspace, il n'est pas 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 »<sup>2</sup>. 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 légitimité d'une décision politique<sup>3</sup> ; 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 se retrouvent réunies en la personne de l'expert, le politique étant suspecté, en plus d'être incompetent, de faire preuve de « partialité politicienne » incompatible avec la fonction d'établir le 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 techniques soustrait à l'influence des idéologies politiques brouillonnes et inefficaces »<sup>4</sup> —. À l'inverse, les autorités administratives indépendantes jouissent d'une « irréfragable présomption d'impartialité », comme le souligne le Conseil d'État<sup>5</sup>.

Carbonnier convenait 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

---

<sup>1</sup> Th. REVET, « Rapport introductif », in Th. REVET, dir., *L'inflation des avis en droit*, Economica, coll. Études juridiques, 1998, p. 6.

<sup>2</sup> A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 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., *Le recours aux experts – Raisons et usages politiques*, coll. Symposium, Presses universitaires de Grenoble, 2005, p. 83.

<sup>3</sup> P.-P. VAN GEHUCHTEN, « “Gouvernance” : réseaux et pouvoirs (réflexions à partir d'un siècle de secteur public) », in G. DEMUIJNCK, P. VERCAUTEREN, dir., *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 119.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *L'État* (1970), Le Seuil, coll. Points, 2009, p. 195.

<sup>5</sup> EDCE 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, p. 275.

s'impose par persuasion et séduction »<sup>1</sup>. 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. En outre, on en vient à critiquer la distinction des sources formelles et matérielles en soulignant que les experts, souvent, ont un véritable pouvoir décisionnel qui obligerait à « reconnaître à l'expertise une valeur normative et une portée politique »<sup>2</sup>. Seulement les destinataires des normes ne sont-ils guère en mesure d'ainsi comprendre que la source formelle du droit n'est pas sa source réelle, si bien que, du point de vue de l'efficacité des normes, la séparation des sources formelles et matérielles demeure fort pertinente tant un même contenu normatif peut connaître des sorts très différents selon qui est sa source formelle et qui est sa source matérielle.

Partant, si, dans certaines matières relevant des nouvelles technologies ou de la science, il apparaît suffisant que les autorités dites « indépendantes » se bornent à occuper une fonction de sources matérielles, il semblerait fort utile que, concernant le droit de la communication par internet, elles soient avant tout des sources formelles, loin de l'idée selon laquelle les spécialistes ne devraient jamais être des décideurs<sup>3</sup>. Carbonnier, au milieu du XX<sup>e</sup> s., notait que « la multiplication et la technicisation des lois rend de plus en plus difficile leur divinisation »<sup>4</sup>, avant d'expliquer qu'il n'y a plus que leur utilité sociale qui peut leur donner force<sup>5</sup>. Mais, quant à l'encadrement législatif des activités internetiques, l'idée de lois reconnues d'« utilité sociale » semble très utopique. 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 »<sup>6</sup>. Il faut croire que cela ne saurait être suffisant afin de rendre la loi davantage effective et efficiente et que ces instances participeraient autrement de l'amélioration de la qualité du droit étatique si elles pouvaient plus souvent édicter directement et de façon autonome des normes générales et impersonnelles. Mais ces pages ne sont pas le lieu où réfléchir davantage à ce que devrait être le droit. Il faut se borner à opérer le constat de la compétence de ces institutions et donc de leur légitimité à édicter le droit.

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 158.

<sup>2</sup> 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 (cité par D. DOGOT, A. VAN WAEBENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012, p. 265).

<sup>3</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 395.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 111.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 333.



En 1965, Jacques Ellul exposait déjà le problème de l'exercice politique dans une société technicienne<sup>1</sup>. Ce problème s'avère tout spécialement palpable quant à la société internetique. Les spécificités technologiques du monde de l'internet ne sont plus à démontrer ; 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, du Président de la République et du Premier ministre<sup>2</sup> — contre Carré de Malberg qui estimait que la loi du Parlement élu démocratiquement serait nécessairement la mieux douée des « qualités de sincérité et de droiture »<sup>3</sup> —. Peut-être l'est-il, ce qui devrait le rendre indispensable dans un cadre tel que le cyberspace, cadre que la loi et le décret, en raison de l'« impasse des échelles »<sup>4</sup> mais aussi parce que les parlementaires et autres ministres sont jugés illégitimes à établir les règles devant régir leurs activités quotidiennes par les acteurs de la vie internetique, peinent dramatiquement à saisir. En 1989, un auteur remarquait la grande utilité des normes établies par des « comités de sages » dès lors que la question ne relève pas des problèmes de politique générale mais d'enjeux techniques ou technologiques, car l'autorité de ces « sages » imprègne nécessairement leurs normes<sup>5</sup> — étant entendu que l'autorité s'oppose à la puissance en ce qu'elle est un savoir socialement reconnu quand cette seconde est un pouvoir socialement reconnu<sup>6</sup> ; or, dans l'espace internetique, la puissance de l'État est peu de choses et celui-ci doit s'appuyer avant tout sur l'autorité, sur la compétence —. Peut-être l'autorité — « autorité sans domination » selon l'heureuse expression de Carbonnier<sup>7</sup> — doit-elle être préférée à la puissance ; en tout cas est-il des situations dans lesquelles la puissance, factuellement, fait défaut. Le Parlement et le Gouvernement ne bénéficient plus de la force *a priori* qui classiquement était la leur.

Sur ce point, les explications de Duguit sont très utiles :

*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. L'idée théocratique a eu une grande force aux époques et*

<sup>1</sup> J. ELLUL, *L'illusion politique*, Robert Laffont, 1965.

<sup>2</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 225.

<sup>3</sup> 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. 63.

<sup>4</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s. ; B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>5</sup> A. RENAULT, « L'idée contemporaine du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 75.

<sup>6</sup> A. D'ORS, *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, PUAM (Aix-en-Provence), 1991 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 141). Pour Jean Baechler, la puissance repose sur la force et la peur, l'autorité sur le charisme et l'assentiment, la direction sur la compétence et le consentement (J. BAECHLER, *Le Pouvoir pur*, Calmann-Lévy, 1978 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 42)). « Un pouvoir politique, relève cet auteur, est inévitablement un mixe de puissance, d'autorité et de direction » (*ibid.*, p. 267 (cité par J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 43)).

<sup>7</sup> Cité par M. REVAULT D'ALLONES, *Le pouvoir des commencements – Essai sur l'autorité*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2006.

dans les pays de foi profonde ; elle a été un moyen commode pour justifier toutes les tyrannies. Mais aux époques de tiédeur religieuse comme la nôtre, elle est devenue insuffisante. [...] On a imaginé aussi la fiction de la volonté sociale : le chef qui commande (roi, empereur, protecteur, président) et les chefs qui délibèrent ou ordonnent (majorité d'un parlement ou d'une assemblée du peuple) ne sont, dit-on, que les organes de la volonté collective qui s'impose aux volontés individuelles, précisément parce qu'elle est la volonté collective. [...] 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.<sup>1</sup>

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-createur* desdits gouvernants est aujourd'hui excessivement mise en doute. Les internautes, très souvent, ne prennent pas part au processus démocratique, par choix ou parce qu'ils ne sont pas des nationaux du pays en cause, et ils rejettent le lien entre qualité substantielle des normes et légitimité démocratique de leurs auteurs. Et, parmi eux, « les mouvements d'indignés pullulent »<sup>2</sup>. L'« habitude générale d'obéissance » que décrivait Hart<sup>3</sup> y est très peu développée ; le monde internetique témoigne du fait qu'à l'obéissance aveugle du citoyen à la loi parce qu'elle est la loi a succédé l'évaluation systématique de la « performance » et de l'utilité des normes par ceux-là même qui en sont les destinataires. Le caractère « mythique » de l'État et, en particulier, de la loi<sup>4</sup> tend à s'estomper — le Professeur Jacques Chevallier n'hésite pas à parler d'« État démythifié »<sup>5</sup> et d'« État banalisé »<sup>6</sup> — et, si la « fatigue démocratique » est identifiée comme un phénomène d'ordre général<sup>7</sup>, cela est évidemment d'autant plus vrai dans le cyberspace. En conséquence, la légitimité paraît devoir résider en la compétence technique de la source de la règle plutôt qu'en son essence démocratique. Or les commentateurs ne manquent pas de relever que l'internet se présente telle une « *terra incognita* » aux yeux du législateur<sup>8</sup>. Peut-être tel n'est-il pas le cas quant aux autorités spécialisées, par définition mieux au fait des enjeux en présence. On pose la question de la pertinence d'un « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la qualité des normes »<sup>9</sup> ; le regard porté sur le droit étatique de la communication par internet amène à se montrer favorable à un tel bouleversement dans l'architecture étatique. Mais les statistiques issues de l'enquête menée relativement à la réalité du pluralisme juridique en droit des communications électroniques montrent que ce

<sup>1</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 656.

<sup>2</sup> J. ZIMMERMANN, « Derrière la grande offensive du copyright », *Place de la toile*, France culture, 25 févr. 2012.

<sup>3</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 43.

<sup>4</sup> Réf. à P. FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, Routledge (Londres), 1992.

<sup>5</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 70.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>7</sup> A. GARAPON, « D'où les institutions tirent-elles leur énergie ? », *Le bien commun*, France culture, 6 févr. 2014.

<sup>8</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n° 1, p. 5.

<sup>9</sup> 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. 77 s.

bouleversement est pour l'heure loin d'être intervenu<sup>1</sup>, bien qu'il soit de plus en plus difficile de contester la réalité de la « crise » de la loi et du modèle légicentrique<sup>2</sup>. Est proposé de « réinventer “le savant et le politique” »<sup>3</sup>; l'ambition est louable, mais sa réalisation est difficile tant l'idée que la loi doit être la source étatique par excellence semble profondément ancrée dans la psyché *jus*-politique collective.

Au XIX<sup>e</sup> s., on dénonçait le fait que « le législateur agit par instinct et par impulsion plus que par raisonnement »<sup>4</sup>, ainsi que le fait qu'il « n'intervient toujours que par une succession de tâtonnements »<sup>5</sup>. Au XX<sup>e</sup> s., on critiquait l'adoption trop systématique de « lois alibis »<sup>6</sup> dans le cadre d'une « législation spectacle participant d'un État-spectacle »<sup>7</sup>. Sur ces points, à l'aube du XXI<sup>e</sup> s., rien ne paraît avoir grandement changé, ce qui est un élément de plus au soutien des institutions étatiques spécialisées, autrement pragmatiques et lucides. 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 »<sup>8</sup>. Or la manière la plus directe de parvenir à pareil résultat serait d'intégrer 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 dépens du Parlement, du Président de la République et du Premier ministre.

Seulement pareille évolution poserait-elle la délicate question du passage d'un « État de citoyens » à un « État d'experts ».

#### **d. Un État de citoyens muant avec les autorités *ad hoc* en un État d'experts**

Le déploiement des autorités spécialisées au sein de l'État témoigne du fait que « l'État républicain devient, en développant une techno-structure nécessaire à son fonctionnement, un

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> En ce sens, D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », in 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, p. 17 s.

<sup>3</sup> P.-P. VAN GEHUCHTEN, « “Gouvernance” : réseaux et pouvoirs (réflexions à partir d'un siècle de secteur public) », in G. DEMUIJNCK, P. VERCAUTEREN, dir., *L'État face à la globalisation économique – Quelles formes de gouvernance ?*, Sandre, 2009, p. 119.

<sup>4</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Cattier (Tours), 1877, p. 96 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 52).

<sup>5</sup> H. A. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, t. II, 9<sup>e</sup> éd., Hachette, 1885, p. 18 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 52).

<sup>6</sup> A. JEAMMAUD, « Le droit au musée ? Les avocats du déclin », *Économie et humanisme* 1991, n<sup>o</sup> 318, p. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> B. BENHAMOU, L. SORBIER, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politique étrangère* 2006, n<sup>o</sup> 1, p. 15.

État administratif ou “fonctionnel” »<sup>1</sup>, ainsi que du fait que « l’État, quels que soient d’ailleurs les régimes, devient savant ou technocratique ; la classe politique se double d’une classe d’experts conseillers du prince »<sup>2</sup>. Tout cela ne se fait pas sans sacrifices car le développement d’un droit d’origine technocratico-administrative va de pair avec un retrait de la démocratie et de la séparation des pouvoirs. Peut-être est-ce cela qui explique la frilosité des pouvoirs publics, peu enclins à faire passer la mission de produire le droit de la communication par internet des sources étatiques « politiques » aux autorités étatiques spécialisées. La « technocratisation du droit »<sup>3</sup> et la remise en cause du système politique fondé sur la représentation est un phénomène difficile à accepter, donc difficile à encourager, même si Duguit voyait dans la souveraineté du peuple une « mystification oppressive »<sup>4</sup>. Si, « depuis 1880, la loi subit une dépréciation continue »<sup>5</sup>, rien n’assure qu’il faille nécessairement regretter cette tendance alors qu’on interroge de plus en plus ardemment la légitimité de l’outil législatif à l’heure du XXI<sup>e</sup> s. internetique<sup>6</sup>. La *ratio juris* (raison du droit) n’est plus assimilée à la *ratio legis* (raison de la loi) et il est significatif que le directeur du bureau Europe de l’Internet Society explique que cette institution d’essence privée a pu s’émanciper totalement des États en raison de sa légitimité supérieure issue du fait qu’elle est composée d’experts des questions auxquelles elle répond, à l’inverse desdits États<sup>7</sup>. Il faudrait donc à tout prix, alors que semble arrivée la « fin de la légitimité publique de principe »<sup>8</sup>, alors 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 »<sup>9</sup>, que les organes étatiques prennent exemple sur l’ISOC et sur les organismes *ad hoc* existant dans la sphère privée<sup>10</sup>, dont le « pouvoir de régulation » n’a pour justification que la compétence technique et l’ancienneté dans le milieu, donc la légitimité de leurs membres<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> P. KAHN, *L’État*, Quintette, coll. Philosophe, 1989, p. 60.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> G. TIMSIT, « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *RF adm. publ.* 1996, p. 383.

<sup>4</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l’État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 588.

<sup>5</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 54.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> F. DONCK, « L’Internet Society », *Place de la toile*, France culture, 29 sept. 2012.

<sup>8</sup> J. CHEVALLIER, *L’État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 71.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> D’ailleurs, le Professeur Jacques Chevallier dit « assiste[r] à l’effritement des représentations sur lesquelles les administrations fondaient leur légitimité, et notamment à la remise en cause du postulat de supériorité de la gestion publique : ce déficit de légitimité coïncide avec l’exaltation des valeurs de l’entreprise ; alors que gestion publique apparaît synonyme de lourdeur et de bureaucratisation, gestion privée signifie dynamisme et innovation. Dès lors, le public est sommé d’emprunter des recettes de bonne gestion au privé : il conviendrait d’adapter à la culture administrative le “savoir-faire” du privé » (*ibid.*, p. 72). Et d’ajouter : « Au postulat du bien-fondé de principe dont bénéficiait la gestion publique [...] a succédé la conviction que l’État est tenu de rendre compte de ses faits et gestes, de se soumettre au jugement critique du public ; perdant le privilège de l’infailibilité, il est sommé d’apporter la démonstration tangible de l’efficacité des actions menées » (*ibid.*, p. 80).

<sup>11</sup> V. TROVATELLO, *L’infrastructure d’internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2009, p. 64.

Le terme « expert » désigne celui qui « a acquis une grande habileté par l'expérience, par la pratique »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. En ce sens, il est présumé compétent pour fournir des informations objectives, neutres, impartiales.

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<sup>3</sup>. 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 l'internet ? Qu'il soit rappelé que, toujours suivant les mots de Benjamin Constant, pour que « nos assemblées représentatives soient raisonnables », il faut les confier à des « hommes de talent »<sup>4</sup> ; tandis que Léon Gambetta clamait que « c'est à des hommes plus avisés que les autres qu'il appartient de se faire les guides de leurs frères moins avancés »<sup>5</sup> et que Sieyès soutenait que « c'est pour l'utilité commune que les citoyens nomment des représentants bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général et d'interpréter à cet égard leur propre volonté. La très grande pluralité de nos concitoyens n'a ni assez d'instruction ni assez de loisir pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France »<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. Guizot trouvait là un bel argument contre le suffrage universel. Où rechercher les « hommes de talent », 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 évanescence ou bien parmi certaines instances spécialisées, s'attachant entièrement aux seuls problèmes que posent l'internet et les activités qu'il permet ? Peut-on encore raisonnablement considérer, comme Antoine Barnave, le créateur du Club des Jacobins,

---

<sup>1</sup> V° « Expert », in J. REY-DEBOVE, *Robert méthodique*, Le Robert, 1985 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 261).

<sup>2</sup> *Ibid.* (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 261).

<sup>3</sup> B. CONSTANT, *De la liberté chez les Modernes*, 1815.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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<sup>e</sup> siècle », 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. 70).

qu' « une des conséquences du système représentatif dans l'ordre politique est de mettre chaque fonction dans les mains d'experts »<sup>1</sup> ?

Dans *Le Fédéraliste*, Madison retenait que « l'effet de la représentation est d'épurer et d'élargir l'esprit public en faisant passer par l'intermédiaire d'un corps choisi de citoyens dont la sagesse est la mieux à même de discerner le véritable intérêt du pays et dont le patriotisme et l'amour de la justice seront les moins susceptibles de sacrifier cet intérêt à des considérations éphémères et partiales »<sup>2</sup> ; avant d'ajouter que, « dans un tel système, il peut très bien se produire que la volonté publique formulée par les représentants du peuple s'accorde mieux avec le bien public que si elle était formulée par le peuple lui-même rassemblé à cet effet »<sup>3</sup>. Donc la représentation permettrait une sélection faisant accéder au pouvoir des hommes plus capables que la masse des électeurs de discerner l'intérêt général ; l'objectif est ainsi de faire émerger une « aristocratie élective »<sup>4</sup> ou « démocratie oligarchique »<sup>5</sup>. Il paraît impossible, à propos de la construction d'un droit tel que le droit de la communication par internet, de suivre pareille voie. La fonction première du suffrage universel est d'affirmer une certaine indifférence morale et une neutralité cognitive comme fondement de la paix sociale, c'est-à-dire de la reconnaissance par tous de l'égalité comme base du contrat. Mais cette approche n'est évidemment acceptable que si la politique n'est pas une science ou si, du moins, l'on reconnaît que les valeurs et les intérêts ne peuvent être constitués en objets de connaissance. Sinon, c'est l'examen et le concours qui seraient les procédures les plus adaptées à la sélection, l'éminence ou la capacité étant évaluées à travers une chaîne de reconnaissance de ces qualités régulée par des corps savants institués<sup>6</sup>. La démocratie n'est peut-être pas plus légitime que la technocratie, en tout cas pour ce qui concerne l'établissement étatique du droit de la communication par internet. Reste qu'il faut insister sur l'atteinte que porte à cette démocratie mais aussi à la séparation des pouvoirs la délégation de la capacité normative à des autorités spécialisées. Mais, avant cela, il importe de témoigner du caractère fructueux de l'action créatrice des autorités étatiques *ad hoc*, le sacrifice de la démocratie et de la séparation des pouvoirs ne pouvant être acceptable que si effectivement les normes produites par ces autorités présentent une qualité très supérieure à celles issues de la loi ou du décret. 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<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> J. MADISON, « Article 10 », in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste (Federalist Papers)*, 1787, Economica, 1988 (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).

<sup>3</sup> *Ibid.* (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).

<sup>4</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762 (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).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> 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

## 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 donc 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. Les raisons de ce caractère marginal du droit d'origine étatique spécialisée sont peut-être à rechercher dans la frilosité des pouvoirs publics devant la révolution légistique que constituerait le dessaisissement du Parlement, du Président de la République et du Premier ministre 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 »<sup>1</sup> 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 CSA en passant par celui produit par l'ARJEL, se démarque par la légitimité et l'efficacité semble-t-il supérieures des normes qu'il renferme. Il est dès lors difficilement compréhensible que ce droit soit largement encouragé en matière de droit des réseaux de communications électroniques et de droit de la communication audiovisuelle mais très peu utilisé dans le domaine du droit de la communication par internet.

À propos du droit de la communication audiovisuelle, on note que « le CSA s'est octroyé un vaste pouvoir réglementaire, bien au-delà des prescriptions du Conseil constitutionnel »<sup>2</sup> ; il en va très différemment des autorités intervenant en matière de droit de la communication par internet. Pourtant, la légitimité et l'efficacité de leurs interventions normatives peuvent être caractérisées tant négativement, par comparaison avec l'insuccès des interventions normatives des sources étatiques « politiques » (a), que positivement, leur action pertinente étant saluée par beaucoup de commentateurs (b).

### a. Une légitimité et une efficacité caractérisées négativement : par comparaison avec les difficultés de la loi et du décret

Au-delà des 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 retient le public des internautes, la « qualité » supérieure du droit élaboré par les autorités *ad hoc* est aisée à

---

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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 107).

<sup>1</sup> Il est remarquable que, en Corée du Sud, existe une autorité administrative indépendante dont le rôle est très proche de celui de la HADOPI française et dont le travail porte ses fruits (E. TOERREGANO, « En Corée, HADOPI tourne à plein régime et le disque se redresse », [en ligne] <electronlibre.com>, 7 mars 2011). Partant, les raisons de l'insuccès de la HADOPI paraissent résider dans un certain « particularisme français ».

<sup>2</sup> 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.

expliquer. L'équation est simple : la meilleure maîtrise des données propres à l'objet en cause permet 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 »<sup>1</sup>. Dans les années 1930 déjà, Henri Capitant regrettait le manque de compétence globale des parlementaires<sup>2</sup> ; 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. En 2007, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, dit « Balladur », constatait combien les parlementaires « répugnent à s'exprimer en séance publique sur des questions techniques ». Peut-être faut-il expliquer cette observation par un manque de compétences techniques qui interdit de se prononcer ni de fournir quelque argument dès que la discussion touche 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. Or la grande majorité des lois, désormais, touche à des domaines très spécialisés. Peu de problématiques ont autant illustré les difficultés d'adaptation des lois aux évolutions technologiques que celles afférentes à la communication par internet<sup>3</sup> ; en témoigne celle de la responsabilité attachée aux activités des différents acteurs de ce réseau global de communication<sup>4</sup>. 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 : ce dernier, d'un côté, autorise un accès aux œuvres à un coût de reproduction et de distribution quasiment nul tout en, d'un autre côté, augmentant les possibilités de contrôle et de rétention du droit d'accès<sup>5</sup>.

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 »<sup>6</sup> et le fait que « les textes de loi sont illisibles [car] les mots eux-mêmes sont parfois utilisés en dépit du bon sens »<sup>7</sup>. Pourtant, si « l'autorité du droit repose sur la force du verbe »<sup>8</sup>, le jurislatureur doit nécessairement user du verbe juste, sous peine de se voir disqualifié<sup>9</sup>. Il se trouve d'ailleurs des députés qui n'hésitent pas à reconnaître combien la loi leur apparaît comme étant un instrument fort peu judicieux afin

---

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 387.

<sup>2</sup> 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, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 62).

<sup>3</sup> Cf. X. DALLOZ, « La tectonique des médias ou les axes de rupture technologique », *Revue d'économie financière* 2002, n° 69, p. 39.

<sup>4</sup> 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 », *RLDI* 2011, n° 72, p. 74 s.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 111.

<sup>7</sup> A. LECA, *La lyre de Thémis ou la poésie du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2011, p. 75.

<sup>8</sup> J. DERRIDA (cité par É. NICOLAS, C. SINTEZ, « Par-delà le concept de force dans la philosophie de Jacques Derrida », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 99).

<sup>9</sup> En ce sens, M.-F. DELHOSTE, « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ* 2002, p. 53.



d'encadrer étatique le cyberspace<sup>1</sup>. Déjà Platon, dans *Le Politique*, opposait « 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 »<sup>2</sup>. Et l'illustre philosophe grecque de comparer le législateur au médecin en disant que, dans un cas comme dans l'autre, une grande compétence est requise<sup>3</sup>. 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 » ? Les grandes spécificités qui la caractérisent conduisent à répondre nécessairement pas l'affirmative. 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<sup>4</sup>. 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. Quant à ces dernières, confier le soin de faire la loi au « sage » disposant de l'« intelligence du réel »<sup>5</sup> semble relever de la plus grande logique, étant précisé que « la caractéristique de la loi n'est pas dans sa nature démocratique largement circonstancielle »<sup>6</sup> — mais il est difficile de retenir une acception de la loi autre qu'organique et formelle<sup>7</sup> —. C'est finalement peut-être plus la démocratie que la loi qui mérite d'être remise en cause dans un espace tel que le cyberspace et, plus généralement, alors que le « système technicien »<sup>8</sup> se développe chaque jour davantage. 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 »<sup>9</sup>, il faut gager que cela est déjà dû à son caractère démocratique et que, si des spécialistes des

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 299-300.

<sup>2</sup> J. BENOIST, « Platon – Les lois », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 449. Qui ajoute qu'« il n'y a de loi, comme telle, qu'inadéquate » (*ibid.*).

<sup>3</sup> PLATON, *Les lois*, 348 av. J.-C. (cité par J. BENOIST, « Platon – Les lois », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 450). Selon Platon, il se trouve dans l'État trois classes à la hiérarchie rigoureusement définie : ceux qui savent, « nés d'or », les moins nombreux et qui doivent commander ; les soldats, « nés d'argent », auxiliaires courageux des premiers ; le peuple, « nés de bronze », les artisans, les producteurs, condamnés à l'obéissance et dont la vertu propre est la tempérance. Le régime pertinent est dès lors l'aristocratie, au sens propre de « gouvernement des meilleurs » ; et il s'agit d'une aristocratie intellectuelle et absolument pas héréditaire puisque les meilleurs sont ceux qui possèdent ce savoir qui légitime le pouvoir, les « philosophes-rois » (PLATON, *La République*, vers 380 av. J.-C., L. IV, 433b-c (cité par P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. Philosopher, 1989, p. 26-27)). Il est significatif que la célèbre allégorie de la caverne, dans laquelle Platon décrit l'ascension du philosophe vers la vérité, vers la contemplation des essences éternelles, se trouve dans un livre sur l'organisation de la cité et l'excellence de l'État (*ibid.*, L. VII). De même, Cicéron considérait que la cité doit être gouvernée par les meilleurs citoyens, sur la base de la science et de la pratique, afin de pouvoir allier compétence et autorité (CICÉRON, *De re publica*, Les Belles Lettres, 1980 (cité par J.-P. CORIAT, « Cicéron Marcus Tullius Cicero », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 93)).

<sup>4</sup> P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. Philosopher, 1989, p. 28.

<sup>5</sup> J. BENOIST, « Platon – Les lois », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 447.

<sup>6</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 353.

<sup>7</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 21.

<sup>8</sup> Réf. à J. ELLUL, *Le Système technicien*, Calman-Lévy, 1977.

<sup>9</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 54.

questions en cause prenaient la place des députés et sénateurs, il en irait peut-être différemment ; on ne parlerait plus de « cécité de la loi »<sup>1</sup>.

Peut-être y a-t-il « de plus en plus une “geekfrienditude” des politiques »<sup>2</sup> ; mais il semble impossible que Parlement et Gouvernement deviennent, même dans un avenir lointain, 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 parlementaires, pour reprendre une expression du Vice-président du Conseil d’État Jean-Marc Sauvé<sup>3</sup>, et il faut croire qu’ils le demeureront longtemps. En 2014, un observateur remarquait — non sans nécessairement faire œuvre caricaturale — que « le problème est que le personnel politique n’a aucune conscience des problématiques et des enjeux liés à l’internet »<sup>4</sup>. Comme, dans le même temps, l’appui des autorités spécialisées en tant que sources matérielles s’avère insuffisant, il paraîtrait normal que celles-ci, qui jouissent d’un véritable « magistère technoscientifique sur le pouvoir »<sup>5</sup>, deviennent des sources formelles premières, remplaçant la loi et le décret. La solution résiderait donc bien dans le recours à une « logique de l’efficacité, mettant en avant un régulateur de terrain, bon connaisseur de celui-ci, en relation de concertation avec les opérateurs, avec lequel, en quelque sorte, ceux-ci puissent s’identifier »<sup>6</sup>.

Par ailleurs, ainsi que le relevait le Conseil d’État dans son rapport public pour l’année 2001, les institutions administratives en cause « ont une conscience aiguë de ce que leur crédibilité [se mesure] surtout en fonction de leur capacité à répondre non seulement à l’attente des opérateurs qu’elles régulent, [...] mais aussi aux standards d’une communauté composée d’autorités étrangères, d’avocats, d’universitaires, de professeurs de diverses disciplines qui suivent leurs activités »<sup>7</sup>. Autrement dit, les autorités spécialisées savent à quel point la légitimité des normes qu’elles édictent ne dépend pas d’autre chose que de leurs qualités substantielles, si bien qu’elles doivent tout mettre en œuvre afin que ces qualités soient les plus affirmées.

Seulement une question demeure-t-elle en suspens : si les pouvoirs publics n’ont pas les connaissances suffisantes pour concevoir légitimement les normes constitutives des branches spéciales du droit et si leurs choix sont souvent dictés par des considérations « politiciennes » et partisans, disposent-ils en revanche des connaissances suffisantes pour choisir légitimement les membres des autorités étatiques *ad hoc*, loin de toutes considérations autres que relatives aux compétences techniques et scientifiques ? Certes, les dispositions juridiques pertinentes prévoient que les membres de ces structures atypiques doivent être choisis sur la base de leur

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>2</sup> G. LEDIT, « Un quinquennat de politique numérique », Place de la toile, France culture, 14 janv. 2012.

<sup>3</sup> J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d’État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d’État, 2014, p. 5.

<sup>4</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014.

<sup>5</sup> A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, p. 224.

<sup>6</sup> Y. GAUDEMET, « Introduction », *RF adm. publ.* 2004, p. 15.

<sup>7</sup> EDCE 2001, *Les autorités administratives indépendantes*.

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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Le contentieux des nominations au sein des autorités administratives indépendantes est, dans tous les cas, 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<sup>3</sup>. Et un auteur de proposer qu'« il suffirait que les autorités françaises suivent l'exemple des autorités communautaires, qui recrutent un certain nombre de personnes appelées à devenir membres de structures de ce type au moyen de concours. Mais, bien entendu, il est difficile d'éviter tout à la fois la dérive technocratique et les nominations politiques (ou de complaisance) »<sup>4</sup>.

Néanmoins, au-delà du problème de la fragilité de la loi et du décret, également engendrée par « la rapidité et l'imprévisibilité de l'évolution technologique [qui] se concilient difficilement avec la stabilité nécessaire du droit »<sup>5</sup>, il est aussi possible de spécifier positivement la légitimité et l'efficacité des interventions normatives des autorités étatiques spécialisées.

---

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 79. En d'autres termes, les juridictions administratives ne peuvent sanctionner que l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire l'erreur grossière et flagrante.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Le juge a pu retenir des interprétations hardies des dispositions juridiques fixant les modalités selon lesquelles doivent intervenir les nominations des membres des AAI. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt rendu le 19 décembre 2007, qu'en prévoyant que « l'Autorité de sûreté nucléaire est constituée d'un collège de cinq membres nommés par décret en raison de leur compétence dans les domaines de la sûreté nucléaire et de la radioprotection » le législateur n'a pas « entendu réserver la qualité de membre de l'Autorité de sûreté nucléaire aux seules personnes disposant de compétences d'ordre scientifique et technique dans les domaines concernés » (CE, 19 déc. 2007, n° 300451, *Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité*).

<sup>4</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 79.

<sup>5</sup> J. FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, Informatique, fichiers et libertés – Présentation pédagogique et synthétique », *RRJ* 1987, p. 206.

## b. 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 en cause paraît réelle et les louanges adressées au droit qu'ils édictent ne manquent pas<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. Au contraire, eux seuls seraient en mesure d'établir une « réglementation spécialisée »<sup>3</sup> et de prendre le relai d'un Gouvernement défaillant<sup>4</sup>. On souligne combien ce droit profite de l'indépendance, de l'impartialité et de la compétence de son auteur ; et il présente les qualités d'adaptabilité et de réactivité éminemment nécessaires dans la sphère du droit de la communication par internet. 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 »<sup>5</sup>. Un tel enjeu existe à plus forte raison dans le milieu de la communication par internet. Le droit établi par les institutions étatiques *ad hoc* est décrit comme « performant » et « accepté » par ses destinataires<sup>6</sup>, 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 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 ».*<sup>7</sup>

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 sur la vie privée »<sup>8</sup>. Et de préciser encore : « Dans la même logique

<sup>1</sup> Par exemple, 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 63.

<sup>4</sup> A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 60.

<sup>5</sup> B. LASSERE, « L'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA* 1997, p. 224.

<sup>6</sup> A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 62.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>8</sup> 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.

d'anticipation, nous disposons d'une cellule de veille technologique. La CNIL suit attentivement toutes les innovations en vue de les analyser pour identifier les enjeux qu'elles contiennent en termes d'informatique et de libertés. [...] [Elle] doit être ancrée dans le numérique, si elle veut comprendre les usages et être apporteuse de solutions »<sup>1</sup>.

Pour terminer, doit être signalé que ce qui vaut au niveau étatique vaut à l'identique au niveau supra-étatique<sup>2</sup>. Et doit être rappelé que les juges souffrent des mêmes difficultés que les parlementaires<sup>3</sup> ; ces difficultés rendent laborieuse leur application du droit — mais cela n'a pas à être ici davantage développé — autant que leur création du droit, si bien qu'il faut à nouveau s'étonner de voir un droit étatique de la communication par internet dans lequel, pour ce qui est des sources étatiques « non politiques », les sources prétoriennes jouent un rôle beaucoup plus important que les autorités étatiques *ad hoc*. Dans l'idéal, ce droit ne devrait pas être composé de 14 % de normes d'origine juridictionnelle et de 3 % de normes d'origine étatique spécialisée<sup>4</sup> mais de 3 % de normes d'origine juridictionnelle et de 14 % de normes d'origine étatique spécialisée. C'est là tout le paradoxe de ces sources étatiques « non politiques » du droit de la communication par internet. Un avocat général près la Cour de cassation n'est pas le dernier à reconnaître que « le droit s'essouffle à accompagner les avancées scientifiques et techniques »<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>. Au vu de tout cela — et après avoir rappelé que l'internet ne présente qu'une apparence de simplicité<sup>7</sup> —, il n'est donc guère surprenant de voir des commentateurs en appeler à un « droit public technique plus compétent et réactif que le droit public ordinaire »<sup>8</sup>. Même les jusnaturalistes tiennent ce discours : « La règle de droit naturel pour choisir le droit compétent est : « choisir la personne qui est la mieux placée, par ses connaissances en droit et en fait, pour décider quel est le droit positif applicable et l'appliquer de manière aussi juste que possible »<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Cf. 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 internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 57 s.

<sup>3</sup> 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'accroît sur le terrain » (D. SALAS, « Juge (aujourd'hui) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 865).

<sup>4</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>5</sup> M. DOMINGO, « Éditorial », *Lettre droit et justice* 2011, n° 37, p. 1 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 6).

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>7</sup> J.-P. CORNIOU, *Le web 15 ans déjà... et après ?*, Dunod, 2009, p. 17.

<sup>8</sup> V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2009, p. 341.

<sup>9</sup> A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, 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 »<sup>1</sup>. Il confiait : « C'est à l'intérieur du système de l'information que les fonctions prises par ces organismes trouveront leur place »<sup>2</sup>. Ce propos aurait pu être doué de prescience tant, effectivement, il serait légitime que les autorités étatiques spécialisées occupent un rôle-cadre dans le droit de l'information. Pourtant, si cela est vrai concernant le droit de la communication audiovisuelle, cela ne l'est pas concernant le droit de la communication par internet. Il est temps, à présent, d'insister sur les atteintes que porte le droit issu des autorités étatiques spécialisées à la démocratie et à la séparation des pouvoirs, atteintes qui, peut-être, justifient, dans l'esprit des pouvoirs publics du moins, les réticences à développer plus avant ce droit. Sous cet angle, lesdites autorités ne sont pas les moins originales ni même les moins iconoclastes des sources du droit.

## **B. L'action normative actuellement périlleuse des autorités *ad hoc***

Si le droit produit par les autorités spécialisées est en retrait au sein des sources étatiques du droit de la communication par internet, cela se justifie peut-être par l'incompatibilité de celui-ci avec les canons du droit étatique moderne (1). Par suite, 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 qu'il permet paraît devoir demeurer longtemps à l'état de projet (2).

### **1. L'épreuve insurmontable du respect 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 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* puisque, ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans son rapport public pour l'année 2006, celle-ci 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 »<sup>3</sup>. 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

---

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, « Michel Foucault à Goutelas : la redéfinition du judiciaire », *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).

<sup>2</sup> *Ibid.* (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).

<sup>3</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »<sup>1</sup>. Or les actes normatifs édictés par les autorités spécialisées ne sont souvent accessibles cognitivement qu'aux seuls spécialistes ; ce sont *des textes écrits par des spécialistes à destination d'autres spécialistes*. 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<sup>2</sup>. Cela n'est pas anodin tant la sécurité juridique est peut-être l'un des « fondements de l'État de droit »<sup>3</sup>.

Toutefois, 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 tant, « si la loi édicte des règles imprécises ou ambiguës, le citoyen est menacé dans ses droits »<sup>4</sup>. Les normes d'origine législative sont peut-être plus imprécises et ambiguës que les normes provenant des institutions étatiques *ad hoc*. Dans un texte écrit en 1958, Carbonnier décrivait un paysage législatif dans lequel se trouvaient « des lois innombrables, et qui changent vite, souvent incohérentes, rarement bien rédigées »<sup>5</sup>. Il faut gager que l'illustre doyen 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<sup>6</sup>.

Reste que ce sont plus encore la démocratie (*a*) et la séparation des pouvoirs (*b*) qui sont les principes-cadres de l'État de droit et de l'État républicain que le droit d'origine étatique spécialisée tend à malmener.

## a. 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 a créées et à travers le fait que ce sont, quoique non systématiquement, des personnalités politiques occupant leurs fonctions en vertu des résultats de l'élection qui nomment les membres les

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Il est remarquable qu'on estime que « plus la loi est une œuvre technocratique, plus elle s'effrite toute seule, avec une rapidité qui déconcerte » (D. GUTMANN, « Temps », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1472).

<sup>3</sup> EDCE 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

<sup>4</sup> B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 21.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 184.

<sup>6</sup> En outre, peut être rappelé, avec Gérard Cornu, que « le langage juridique est un langage technique. Le principe théorique est que nul n'est censé ignorer la loi. Mais l'immense majorité des citoyens éprouve le sentiment déroutant d'être séparée du droit par un écran linguistique, comme si, contrairement à sa vocation citoyenne, le langage du droit était l'apanage d'une communauté d'initiés » (G. CORNU, « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 952).

composant<sup>1</sup>. Il faut peut-être les classer, à l'instar des sources juridictionnelles, parmi les sources étatiques « non politiques » et non parmi les sources étatiques « politiques ».

L'indépendance et l'autonomie des autorités administratives indépendantes s'opposent évidemment à la souveraineté populaire. Aussi considère-t-on que « la compétence ne peut autoriser à occuper une autre fonction que celle de conseiller »<sup>2</sup> déjà car la qualité d'une norme ou d'une personnalité sous l'angle scientifique ou technique serait une donnée subjective et toujours contestable<sup>3</sup>, à moins d'être décidée par le truchement du suffrage populaire<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. Et « 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* »<sup>6</sup>. Seulement est-il contestable que, dans des disciplines techniques, le peuple ait une volonté. 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 de portée générale.

Joseph Barthélemy disait que « le principe démocratique doit seulement être compris comme un idéal rationnel à tempérer par des considérations d'ordre pratique »<sup>7</sup>. En matière de communication par internet, il faut croire que nombre de considérations d'ordre pratique invitent à tempérer drastiquement le principe démocratique. Celui-ci n'est de toute façon qu'un idéal qui confine chaque jour davantage à l'illusion déçue. Si ces lignes ne sont bien sûr pas le lieu où disserter de cela, simplement faut-il signaler à quel point la démocratie ne saurait être, sans discussion, le meilleur des régimes. Selon un commentateur de 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*

<sup>1</sup> Cf. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA* 2005, p. 530 s.

<sup>2</sup> J.-P. SIMÉON, « La démocratie selon Rousseau », in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le Seuil, coll. Points politique, 1977, p. 115.

<sup>3</sup> J. HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »* (1973), trad. J.-R. Ladmiral, Gallimard, coll. Tel, 1990.

<sup>4</sup> J.-P. SIMÉON, « La démocratie selon Rousseau », in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le Seuil, coll. Points politique, 1977, p. 79 (« sans cela, qui déciderait, et comment, quels sont ceux qui sont, ou non, sensés et de bonne foi ? À moins d'arbitraire, il y faudrait une autre délibération et une autre décision : le problème se répèterait à l'infini. Une des fonctions du débat collectif est précisément de rendre manifeste, pour autant que cela est possible, quelle proposition est ou paraît — à ce niveau cela revient au même — sensée, judicieuse et acceptable »).

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.* (souligné dans le texte original).

<sup>7</sup> 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.



*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.*<sup>1</sup>

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 ? »<sup>2</sup>. Le choix entre démocratie et compétence, puisque souvent l'une ne va pas avec l'autre, est 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 l'emporter sur la légitimité démocratique, laquelle, au XXI<sup>e</sup> s. et tout particulièrement dans le cyberspace, est largement mise en doute. Le fait que des procédés démocratiques puissent être pervertis et aboutir à des catastrophes terribles n'est pas qu'une vue de l'esprit ; l'histoire en comprend plusieurs exemples<sup>3</sup>. Mais, surtout, comme le constatait déjà Aristote durant l'Antiquité, « la compétence [d'un individu] est d'autant plus réduite que [son] recrutement est démocratique »<sup>4</sup>. Cela est inéluctablement vérifié concernant des problématiques aussi spécifiques et « postmodernes » que celles que posent l'internet et le web. Cependant, il ne serait évidemment que très peu pertinent de plaider pour un abandon pur et simple de tout aspect démocratique dans le fonctionnement des institutions de l'État. Ce qui vaut quant au droit de la communication par internet ne vaut pas de façon générale et absolue ; et même le droit étatique de la communication par internet devrait conserver une part au moins d'origine démocratique. Peut-être est-ce Cicéron qui visait le plus juste lorsqu'il proposait qu'un régime mixte mêlant la monarchie, l'aristocratie et la démocratie vaudrait toujours mieux qu'un seul de ces régimes mis en œuvre de façon totalitaire en excluant les autres<sup>5</sup>. Si la part du droit des activités internetiques produite par les autorités étatiques spécialisées venait à croître considérablement pendant que celle des sources étatiques « politiques » diminuerait, il faut gager que ce ne serait pas là le signe de la fin de l'État de droit et de la République. 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 »<sup>6</sup>, 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 »<sup>7</sup>. Et l'illustre philosophe de Genève de préférer l'« aristocratie élective »<sup>8</sup>, qui n'est pas autre chose que la démocratie telle qu'on l'envisage aujourd'hui ordinairement. Seulement

<sup>1</sup> J.-P. SIMÉON, « La démocratie selon Rousseau », in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le Seuil, coll. Points politique, 1977, p. 116-117.

<sup>2</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 12.

<sup>3</sup> Cf., notamment, M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002.

<sup>4</sup> ARISTOTE, *La Politique*, vers 330 av. J.-C., L. IV, chap. 16 (cité par Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 50).

<sup>5</sup> CICÉRON, *De re publica*, Les Belles Lettres, 1980 (cité par J.-P. CORIAT, « Cicéron Marcus Tullius Cicero », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 93).

<sup>6</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 4.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, L. III, chap. 5.

les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont-elles peut-être besoin de se voir gouvernées par quelque forme d' « aristocratie technocratique ».

Il n'est donc pas certain que la « montée en puissance des instances de régulation non élues »<sup>1</sup>, pour ce qui est du droit de la communication par internet, puisse être dénoncée en raison de la « régression démocratique »<sup>2</sup> qu'elle implique<sup>3</sup>, pas certain que la réalisation de la vision de Tocqueville d'une « souveraineté du peuple conduite par un despote administratif »<sup>4</sup> doive être combattue. 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 des plus radicales : « L'État républicain évolue[rait], en développant une techno-structure, vers un État administratif ou “fonctionnel” ; [...] [il] devien[drait] savant ou technocratique ; la classe politique se double[rait] d'une classe d'experts conseillers du prince ; [...] [et] 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 »<sup>5</sup>. Mais faudrait-il pour autant chercher à engager une contre-révolution ? 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 »<sup>6</sup>. Il semble que, effectivement, cela ressemble à l'ordre logique des choses et que plaider pour un « renoncement à la légitimité démocratique au nom de la “qualité des normes” » ne soit pas iconoclaste<sup>7</sup>. Certainement les parlementaires redoutent-ils le développement des pouvoirs des autorités étatiques *ad hoc*, concomitant à un recul de leurs prérogatives<sup>8</sup>, mais ces craintes ne sont pas forcément justifiées par une méfiance en termes de qualité des normes. De plus en plus nombreux sont ceux qui relèvent la dissociation qui existe,

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Réf. à A.-G. SLAMA, *La régression démocratique*, Fayard, 1995.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 147.

<sup>5</sup> P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. Philosophes, 1989, p. 60.

<sup>6</sup> B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, G. SCALLE, *L'Union européenne*, Delagrave, 1931, p. 30 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 263).

<sup>7</sup> Cf. 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. 77 s. L'auteur 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 » (*ibid.*, p. 92).

<sup>8</sup> P. GÉLARD, *Les autorités administratives indépendantes*, rapport au Sénat n° 404, La documentation française, 2006 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 178).

parmi les institutions, entre représentation et compétence et qui entendent mettre l'accent sur la compétence au détriment de la représentation<sup>1</sup>.

Si les AAI sont à la fois « le symptôme et le remède d'un État en crise »<sup>2</sup>, elles sont peut-être plus précisément le symptôme et le remède d'une démocratie « en crise » — à moins qu'il existe une porte de sortie à travers la « démocratie technique »<sup>3</sup> —. 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, dont le caractère insatisfaisant a été expliqué au sein du second titre de la première partie de cette thèse. Pour l'heure, la « mise en péril de la souveraineté de la nation par le droit de l'internet »<sup>4</sup> 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 tant que sources formelles.

Il est, en revanche, plus difficile de comprendre, d'accepter et de justifier l'atteinte que portent les autorités étatiques spécialisées à la séparation des pouvoirs.

## b. 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 malmènent 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<sup>5</sup>, les autorités étatiques *ad hoc*, notamment celles qui interviennent en matière de droit de la communication par internet, mettent en œuvre tant la fonction créatrice que la fonction applicatrice, jouissent à la fois du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Un même organisme étatique peut tout à la fois surveiller un secteur, poser des règles pour encadrer les actions des acteurs concernés, les faire appliquer individuellement et sanctionner les 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<sup>6</sup> — met à mal l'État de droit et la République, ce principe, qui désigne une séparation effective de différents organes indépendants et jouissant de « degrés différents de puissance formelle »<sup>7</sup> — ce qui

---

<sup>1</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 180.

<sup>2</sup> P. GÉLARD, *Les autorités administratives indépendantes*, rapport au Sénat n° 404, La documentation française, 2006, p. 21 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 181).

<sup>3</sup> Cf. Y. BARTHE, M. CALLON, P. LASCOUMES, *Agir dans un monde incertain – Essai sur la démocratie technique*, Le Seuil, 2001.

<sup>4</sup> M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 334.

<sup>5</sup> Cf. J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, p. 896 s.

<sup>6</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 94.

<sup>7</sup> 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. 114.

conduit à une hiérarchie des organes —<sup>1</sup>, étant un principe fondamental de la Constitution politique de l'État<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>. La controverse a été vive et d'innombrables commentateurs ont noté combien jamais des institutions républicaines n'avaient de la sorte violé un principe phare de l'État de droit, spécialement du fait du pouvoir de juger et de sanctionner<sup>4</sup>. Ainsi qu'expliqué précédemment, 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<sup>5</sup>. 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

---

<sup>1</sup> Cf., notamment, G. TMSIT, *Théorie de l'administration*, Economica, 1986 ; J.-Ph. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme », *RFD const.* 2010, n° 83.

<sup>2</sup> Cf., en premier lieu, 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*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 165 s.

<sup>3</sup> Les organes habilités à exercer les trois pouvoirs sont limitativement énumérés par la Constitution du 4 octobre 1958 et semblent se répartir clairement les compétences : le pouvoir législatif est exercé par le Parlement (art. 34), par le peuple (art. 11) ou encore, exceptionnellement, par le Président de la République (art. 16), tandis que le pouvoir règlementaire (autonome comme d'exécution des lois) est exercé par le Premier ministre (art. 21) ou, dans certains cas, par le Président de la République (art. 13). Mais des aménagements existent et l'article 38 de la Constitution, notamment, prévoit que « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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*). Le juge constitutionnel soumet donc l'existence de ce pouvoir de sanction au respect de principes fondamentaux tels que la non rétroactivité des lois pénales plus sévères ou la nécessité et proportionnalité des peines. Il a d'ailleurs considéré, dans sa décision du 17 janvier 1989, que l'ensemble des principes applicables aux sanctions pénales et de ceux relevant du droit à un procès équitable est « applicable à toute sanction ayant le caractère de punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

avec les exigences constitutionnelles »<sup>1</sup> de ces instances atypiques n'a pas fait obstacle à leur validation constitutionnelle.

Cela fait longtemps que plus personne n'ose soutenir, avec Jean Bodin, que l'indivisibilité de la souveraineté implique 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 »<sup>2</sup>, et que les États qui connaissent la séparation des pouvoirs ne sont pas viables<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, que les autorités *ad hoc* et le « droit de la régulation » perdraient toute raison d'être si ces autorités ne concentraient pas les pouvoirs<sup>5</sup>. « 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 »<sup>6</sup>. L'absence de séparation des pouvoirs concernant des instances qui ne produisent que 3 % des normes constitutives d'une branche du droit<sup>7</sup> n'est pas alarmante, mais elle le deviendrait si lesdites instances venaient à réellement concurrencer le législateur. Peut-être l'est-elle déjà dans des matières telles que le droit de la communication audiovisuelle ou le droit des réseaux de communications électroniques. À moins que ladite séparation des pouvoirs ne soit depuis toujours qu'un écran de fumé plus qu'une réalité qui remplit son office tant qu'elle persiste à produire des illusions<sup>8</sup>. Reste 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 »<sup>9</sup>. La compétence et la respectabilité qui s'attachent à l'intervention de ces autorités devraient dès lors l'emporter sur

<sup>1</sup> C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP* 1990, p. 211 (cité par 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. 91).

<sup>2</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 8 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 135).

<sup>3</sup> *Ibid.*, L. II, chap. 1 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 135).

<sup>4</sup> J.-L. AUTIN, *Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public*, th., Université de Montpellier, 1995 (cité par V. TROVATELLO, *L'infrastructure d'internet – Entre régulation et gouvernance*, th., Université Aix-Marseille III – Paul Cézanne, 2009, p. 28).

<sup>5</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610. Selon l'auteur, c'est en particulier le pouvoir de sanction qui est indissociable du « pouvoir de régulation » (*ibid.*). 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-Daloz, coll. Droit et économie de la régulation, 2004

<sup>6</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610. 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).

<sup>7</sup> B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, à paraître.

<sup>8</sup> En ce sens, on observe que, en réalité, la séparation des pouvoirs n'a, en France, toujours été consacrée que de façon « médiocre » et que le Conseil constitutionnel ne s'y est jamais guère intéressé (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).

<sup>9</sup> 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., *Le multijuridisme. Manifestations, causes et conséquences*, Eska, 2010, p. 124.

le principe de séparation des pouvoirs autant que sur la démocratie et le fait que les autorités administratives indépendantes soient de « petits États sectoriels »<sup>1</sup> ou des « quasi-Léviathan »<sup>2</sup> n'est pas ce qui préoccupe au premier chef lesdits acteurs. Il est vrai que, à une autre échelle, s'observe un « recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs »<sup>3</sup> ; 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 une division organique-matérielle du pouvoir, les institutions étatiques étant de plus en plus spécialisées, loin de toute compétence générale<sup>4</sup>.

En ces pages, il n'est pas permis de dissenter plus avant de ces problématiques et de la « conception française de la séparation des pouvoirs », pour reprendre les propres termes du Conseil constitutionnel<sup>5</sup>. Sur la séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions, qu'il soit permis de renvoyer le lecteur vers un ouvrage publié par ailleurs et où ces problématiques sont discutées plus avant<sup>6</sup>. Il convient, enfin, d'interroger, mais à nouveau de façon relativement brève, les limites de l'action des autorités étatiques spécialisées intervenant en matière de droit de la communication par internet, ainsi que l'opportunité et la faisabilité de l'institution d'une autorité unique de régulation de toutes les activités internetiques.

## **2. La quête inconcevable d'une autorité étatique unique**

Il importe à présent de souligner les faiblesses des interventions normatives des autorités étatiques spécialisées dans le domaine du droit de la communication par internet (*a*). Ensuite, pourra être interrogé l'intérêt d'instituer, en France, une autorité spécifique chargée de réfléchir à l'ensemble du droit de la communication par internet mais uniquement au droit de la communication par internet — à l'instar de ce que sont l'ARCEP au droit des réseaux de communications électroniques et le CSA au droit de la communication audiovisuelle — ou même une autorité spécifique chargée de réfléchir à l'ensemble du droit de la communication ou à l'ensemble du droit des médias (*b*). La faible importance du droit d'origine étatique spécialisée dans le droit étatique de la communication par internet s'explique peut-être par une volonté parlementaire trouvant sa traduction dans l'absence, depuis toujours, d'initiative allant en ce sens.

---

<sup>1</sup> 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, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 67).

<sup>2</sup> *Ibid.* (cité par A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 67).

<sup>3</sup> A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, p. 224.

<sup>4</sup> Cf., notamment, O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 47 s.

<sup>5</sup> Cons. const., déc. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* ; Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 231 s.

## a. Les insuffisances assumées des autorités spécialisées existantes

La production juridique des institutions étatiques *ad hoc* semble pâtir de compétences drastiquement limitées par le législateur et, de ce fait, insuffisantes car incomplètes ( $\alpha$ ). En outre, 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 ( $\beta$ ), d'autant plus que pourrait être dénoncé le fossé séparant les émetteurs des normes de leurs récepteurs ( $\gamma$ ). Enfin, la convergence des médias, au centre de laquelle se trouve la technologie internetique, conduit à s'étonner de l'absence de convergence concomitante des autorités de régulation des médias ( $\delta$ ).

### $\alpha$ . Les compétences étroites et fragmentaires des autorités de régulation des médias

Les spécialistes ne manquent pas de mettre en avant combien les autorités *ad hoc* sont utiles à la confection d'un « droit spécial et complexe »<sup>1</sup> 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 »<sup>2</sup>. Mais ils remarquent aussi à quel point l'implication du CSA, de la CNIL et de l'ARCEP dans la construction du droit de la communication par internet est maigre<sup>3</sup>, tandis que la HADOPI et l'ARJEL, dont les « cibles d'intervention » sont « extrêmement étroites »<sup>4</sup>, ne produisent pour ainsi dire aucune norme de portée générale — parce qu'elles n'en ont pas la compétence —. Le CSA, en particulier, a vu la loi du 21 juin 2004<sup>5</sup>, en modifiant l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986<sup>6</sup>, confirmer qu'il n'est pas compétent en matière de communication au public en ligne. Et certains de considérer que la technique est neutre et que même dans les domaines les plus complexes ce serait toujours au personnel politique de décider<sup>7</sup>.

Les compétences des autorités étatiques spécialisées relativement à la communication par internet sont, paradoxalement, trop morcelées pour qu'un véritable droit d'essence étatique spécialisée puisse s'affirmer. La CNIL ne se préoccupe que de la problématique de la protection des données personnelles<sup>8</sup>, le CSA n'intervient qu'au sujet des contenus audiovisuels, l'action

<sup>1</sup> Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet – L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant (Bruxelles), 2004, p. 75.

<sup>2</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

<sup>3</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 125.

<sup>4</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2328.

<sup>5</sup> L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>6</sup> L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, *Relative à la liberté de communication*, art. 3-1, al. 1<sup>er</sup> (« le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi »).

<sup>7</sup> S. ASTIER, « Une régulation éthique de l'internet : les défis d'une gouvernance mondiale », *RISA* 2005, p. 152.

<sup>8</sup> 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*.

de l'ARJEL est cantonnée à la régulation du nouveau marché des jeux et paris par internet<sup>1</sup>, tandis que la HADOPI a pour seul objet la prévention et la 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 par le truchement de l'internet —. De très nombreux problèmes ne peuvent donc être pris en charge par aucune institution étatique spécialisée. 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<sup>2</sup>. C'est alors nécessairement aux sources étatiques « politiques » qu'il revient d'intervenir. René Savatier, en 1963, abordant le thème du « déclin de la loi comme source du droit »<sup>3</sup>, pouvait demander : « Réalise-t-on combien difficilement [...] le pouvoir législatif s'adapte aux exigences nouvelles ? »<sup>4</sup>. Il n'en demeure pas moins que les pouvoirs publics abandonnent bien davantage au Parlement qu'à des instances spécialisées le soin d'établir un cadre juridique pour les nouvelles pratiques que l'internet permet et que, quantitativement parlant, le « déclin de la loi » peut être contesté, au vu des seules sources étatiques du moins — et étant entendu que l'angle qualitatif pourrait amener à opérer une autre conclusion —.

Par ailleurs, les sources étatiques spécialisées subissent le fait que ce sont des lois qui les instituent, leur transmettant ainsi une part de leurs défauts en matière de production du droit de la communication par internet.

## β. Les conséquences nuisibles des origines législatives des autorités de régulation des médias

Si le droit créé par les autorités étatiques spécialisées souffre moins que la loi du problème des échelles temporelles<sup>5</sup>, il éprouve autant qu'elle les conséquences des différences d'échelles spatiales entre activités des multinationales de l'internet déterritorialisées et champ d'application du droit territorialisé<sup>6</sup>, si bien qu'on en vient à juger le débat afférent aux AAI

---

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 107.

<sup>3</sup> R. SAVATIER, « Observation sur les modes contemporains de formation du droit positif », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 293 (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. 325).

<sup>4</sup> *Ibid.* (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. 325).

<sup>5</sup> Cf. B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s.



inutile dès lors que national<sup>1</sup>. L'effectivité des interventions de ces autorités<sup>2</sup> interpelle comme interpelle celle de la loi, la HADOPI en étant le meilleur témoignage<sup>3</sup> — son bilan<sup>4</sup> ne paraît guère plus satisfaisant que celui qu'a laissé l'Autorité de régulation des mesures techniques qu'avait instituée la loi DADVSI et un décret subséquent, en 2007<sup>5</sup> —. 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 suscité par la loi qui l'a instituée. Ce n'est que le temps qui fait oublier, partiellement, qu'une loi se cache derrière l'instance. Surtout, sous l'angle de la production juridique, la fonction première des autorités étatiques *ad hoc* « n'est 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 »<sup>6</sup>. Pourtant, dans les domaines de l'audiovisuel et des réseaux de communications électroniques, lesdites autorités font dans une mesure importante la « loi ». Si la mission première des AAI n'est pas de créer du

<sup>1</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 97.

<sup>2</sup> 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 est un simple service en ligne et qu'elle n'est 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.

<sup>3</sup> En 2010, la HADOPI relevait elle-même le déplacement de l'activité 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). Néanmoins, dans le même temps, les membres de la Commission de protection des droits de la Haute autorité concluaient ont conclu que la baisse relative des échanges de fichiers sur les réseaux de pair-à-pair « montre un changement réel de l'attitude des usagers d'Internet en ce domaine. Après dix-sept mois d'activité de la Haute autorité, l'objectif voulu par le législateur semble en passe d'être atteint » (M. IMBERT-QUARETTA, J.-Y. MONFORT, J.-B. CARPENTIER, « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de riposte graduée », *JCP G* 2012, p. 591). Tous les spécialistes diront que cela ne doit pas occulter le basculement de la demande vers d'autres offres de contenus contrefaits ne passant pas par les réseaux de pair-à-pair.

<sup>4</sup> Cf. B. FERRAN, « Piratage : l'Hadopi défend son bilan avec mordant », [en ligne] <lefigaro.fr>, 17 oct. 2012. Ce commentateur fait remarquer que le bilan de la Haute autorité, dont l'avenir à moyen terme est très incertain, a « des allures de testament ». Également, P. SAMAMA, « La Hadopi fait son autocritique », [en ligne] <01net.com>, 18 mars 2013.

<sup>5</sup> L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> 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. Par ailleurs, cette autorité était dédiée à la préservation de l'objectif d'interopérabilité, afin d'éviter que les mesures techniques ne soient employées dans le but de rendre les consommateurs captifs d'une logique propriétaire. Elle n'avait aucun pouvoir normatif, si ce n'est celui de fixer le nombre minimal de copies privées autorisées.

<sup>6</sup> P.-A. JEANNENEY, « Le rôle de l'ART dans la régulation de l'Internet », *Légipresse* 2001, p. 53 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 71).

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 et qu'en droit des réseaux de communications électroniques<sup>1</sup>.

D'autres critiques sont adressées aux autorités étatiques spécialisées, qui pourraient expliquer les réticences des pouvoirs publics à leur abandonner davantage le soin de confectionner la part étatique du droit de la communication par internet. Tout d'abord, la distance qui sépare les sources étatiques spécialisées et les destinataires des normes qu'elles élaborent se présente telle une grave limite. Où revient la dénonciation du « technocratisme ».

#### γ. La divergence excessive entre les destinataires de leurs normes et les autorités de régulation des médias

Dans son rapport public pour l'année 2001, le Conseil d'État souligne combien l'action des autorités *ad hoc* est antinomique de l'intention par ailleurs affichée par l'État de rapprocher l'administration et les administrés, car un recours excessif aux AAI renforce la centralisation et l'éloignement entre les sources et les destinataires des règles<sup>2</sup>. En ce sens, au début du XX<sup>e</sup> s., Max Weber 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.*<sup>3</sup>

La prolifération des institutions administratives spécialisées et l'approfondissement de leurs prérogatives contribuent à renforcer largement cette situation de « technocratie bureaucratique » par rapport à ce qu'elle était lorsque Weber a écrit ces lignes ; or beaucoup lui préfèrent, à tort ou à raison, la démocratie et le « parlementarisme » réels, même s'il se trouve aussi des auteurs pour qui « la forme accomplie et typique de la légitimité rationnelle s'exprime

---

<sup>1</sup> C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, 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 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.

<sup>2</sup> EDCE 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, p. 376.

<sup>3</sup> M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1920), Pocket, coll. Agora, 1967, p. 10. Et Weber d'ajouter : « Une recherche scientifique rationnelle, systématique et spécialisée, un corps de spécialistes exercés, n'ont existé nulle part ailleurs à un degré approchant l'importance prédominante qu'ils revêtent dans notre culture. C'est vrai avant tout du bureaucrate spécialisé, pierre angulaire de l'État et de l'économie modernes en Occident » (*ibid.*).

par la bureaucratie qui impose, somme toute, une domination légale »<sup>1</sup>. Régulièrement, est expliqué que « *publicus* s'adonne à la négation de *publicus* quand il prend la forme de la bureaucratie »<sup>2</sup> et sont dénoncés les risques d'une « technocratie dévorante »<sup>3</sup> et d'un « droit technocrate indéchiffrable »<sup>4</sup> — Michel Foucault voyait dans les normes techniques une forme de « contre-droit »<sup>5</sup>, avec les commentateurs selon lesquels « la norme juridique est d'abord une norme politique »<sup>6</sup> —. C'est le problème de la simplicité et de l'accessibilité du droit qui se pose en particulier dès lors que ce sont des experts qui le formulent ou même qui l'inspirent. L'État de droit se retrouve ainsi fragilisé et le Professeur Michel Troper peut remarquer que, « avec l'État moderne, les catégories se multiplient et, en même temps que le nombre des catégories, la technicité de la législation, 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 »<sup>7</sup>.

Et l'idéal de l'homme de science indépendant et objectif se fait toujours plus évanescent, laissant place à l'idée selon laquelle « les raisonnements scientifiques ne sont pas exempts de jugements de valeur, qui agissent en secret, tels des “passagers clandestins” »<sup>8</sup>. « 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 »<sup>9</sup>. 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 interioriser 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<sup>10</sup>. L'indépendance même qui leur est reconnue favoriserait cette collusion, en interdisant toute immixtion d'autres acteurs dans le

<sup>1</sup> S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 930.

<sup>2</sup> R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 115.

<sup>3</sup> S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-Philosophie, 1999, p. 139.

<sup>4</sup> M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 22.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 200.

<sup>6</sup> 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. 77.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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., *Le recours aux experts – Raisons et usages politiques*, coll. Symposium, Presses universitaires de Grenoble, 2005, p. 86 (cité par J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 32).

<sup>9</sup> M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 52. Ce dernier auteur explique toutefois également que « la globalisation juridique serait “post-politique” au sens où elle aurait consacré le triomphe des experts et sonné le glas de la politique telle qu'on la connaissait jusqu'à présent. [...] Les lois du marché, les systèmes informatiques, les normes techniques ou comptables ne prétendent pas manifester une volonté ou une politique arbitraire qu'il conviendrait de limiter, mais se donnent comme des dispositifs techniques articulés à des savoirs objectifs, politiquement neutres » (*ibid.*, p. 51).

<sup>10</sup> J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Dr. et société* 2001, p. 842.

processus décisionnel<sup>1</sup>. Finalement, le Professeur Denis Baranger peut conclure que, globalement, « les autorités *ad hoc* permettent de régler les petits problèmes mais pas les grands »<sup>2</sup>. Seulement, encore une fois, n'est-il nulle raison justifiant les sorts différents réservés, d'une part, à la communication par internet et, d'autre part, à la communication audiovisuelle et aux réseaux de communications électroniques ; si ces explications sont valables à l'égard de la première, elles devraient l'être également à l'égard des seconds. Rien ne permet de dire que les opinions négatives exprimées à propos des autorités étatiques spécialisées pourraient être pertinentes dans le domaine de la communication par internet mais non au sein des autres secteurs de la communication.

Enfin, doit être évoquée la problématique dite de la « convergence », dont l'un des aspects concerne la convergence des autorités de régulation.

#### δ. La convergence profonde des médias non suivie d'une convergence des autorités de régulation des médias

Jusqu'à l'émergence de la technologie internetique, il existait une parfaite superposition entre la forme d'expression, le moyen technique employé pour la transmettre et le régime juridique applicable : 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 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. Or la convergence des médias, des supports, des technologies, des services et des plateformes, permise par la numérisation des signaux et l'interconnexion des réseaux<sup>3</sup> et qui est une réalité récente<sup>4</sup> — parfois contestée<sup>1</sup> — mais dont chaque individu se

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> D. BARANGER, « Les fausses institutions », *Le bien commun*, France culture, 23 mai 2013.

<sup>3</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, 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, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 467).

<sup>4</sup> 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 ». Mais, 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, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 223).

rend compte au quotidien, ne manque pas de poser la question de la pérennité de la segmentation des autorités étatiques spécialisées. 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 comme des particuliers<sup>2</sup>.

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 réglementations sectorielles »<sup>3</sup>. Notamment, le développement de la consommation audiovisuelle par internet, 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. Cela peut être source de difficultés tant pour les acteurs de l'audiovisuel, qui peuvent y voir une distorsion de concurrence, que pour le soutien à la création et à la production de contenus culturels, qui repose en France largement sur ces acteurs. Que la convergence des médias ne s'accompagne guère d'une convergence des droits et que l'avènement du « terminal à tout faire »<sup>4</sup> ou « terminal universel »<sup>5</sup> ne soit pas suivi de l'avènement d'un « droit à tout faire » ou « droit universel » est à l'évidence problématique — quoique du point de vue du contenant plus que du point de vue du contenu<sup>6</sup> — et, sur ce point, le recours aux autorités étatiques spécialisées n'est pour l'heure d'aucun secours, bien au contraire. Les activités internetiques sont très généralement dans une situation juridiquement complexe puisque soumises à plusieurs corps de règles, éventuellement hiérarchisés mais aussi éventuellement contradictoires, ce qui engendre de la confusion<sup>7</sup>.

La voie d'un cadre juridique commun et unitaire établi par une instance unique et *ad hoc* serait dès lors peut-être utile à suivre. Depuis maintenant plusieurs années est posée la question

---

<sup>1</sup> Le Professeur Francis Balle, en effet, juge que l'heure est à la « divergence » plutôt qu'à la « convergence » et écrit que « jamais, en réalité, les réseaux et les terminaux n'ont été aussi nombreux et variés que depuis leur conversion, pour les uns comme pour les autres, au même codage, universel, du numérique » (F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 223). Il semble que les « convergence » et « divergence » évoquées ne soient pas incompatibles car ne visant pas le même objet.

<sup>2</sup> 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 (cité par M.-Ch. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 170).

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 46. Le haut Conseil, dans le même sens, souligne que « de nombreuses réglementations sectorielles sont fragilisées par le numérique » (*ibid.*, p. 108).

<sup>4</sup> F. BALLE, *Médias et société*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 2011, p. 222.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>6</sup> Il n'est effectivement peut-être pas inconséquent de demander, avec le Professeur Francis Balle : « 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.*).

<sup>7</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », in J.-M. CHEVALIER et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 57.

d'une fusion entre le CSA et l'ARCEP<sup>1</sup> ; mais celle-ci semble devoir demeurer encore longtemps à l'état de projet, même si les liens entre les deux instances sont réels<sup>2</sup> et même si 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 »<sup>3</sup>. Surtout, il paraît légitime d'interroger la possibilité et l'opportunité de la constitution d'une autorité globale de la communication internetique, intervenant sur toutes les problématiques touchant à cette communication, de celle des données personnelles à celle de la lutte contre les contrefaçons. Plus encore, c'est peut-être une « autorité générale des médias » ou « autorité générale de la communication » — la seconde ayant en charge la communication privée en plus de la communication publique, contrairement à la première —, dont le domaine de compétence comprendrait la presse, la communication audiovisuelle, la publicité, les télécommunications etc., qui pourrait, à l'avenir, voir le jour. Un même mouvement que celui qui a permis, en Grande-Bretagne, à l'OFCOM, régulateur unique des communications ayant fusionné cinq anciennes autorités (dont les équivalentes du CSA et de l'ARCEP), de naître<sup>4</sup> ou que celui qui a permis au Défenseur des droits — « autorité constitutionnelle indépendante » puisque consacrée par l'article 71-1 de la Constitution et régie par voie de loi organique — de remplacer 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 est-il possible dans le domaine de la communication ou, plus modestement, dans celui de la communication publique ou dans celui de la communication publique par voie électronique ?

## b. La perspective obstruée d'une autorité générale originale

L'arrivée de l'internet et du web dans le paysage des médias et de la communication invite peut-être à interroger la possibilité d'évoluer *d'une régulation plurielle et sectorielle vers une régulation unitaire et centralisée* ( $\alpha$ ). Quelques propositions ont déjà été émises dans le sens, si ce n'est d'une fusion des diverses autorités étatiques spécialisées, du moins d'un rapprochement de ces autorités et de la modification de leurs attributions respectives, souvent au profit du CSA qui pourrait se transformer en « Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication au

---

<sup>1</sup> D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Thémis droit, 2011, 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" »). Cf., également, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4695.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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. 118 (cité par *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4695).

<sup>4</sup> On désigne l'OFCOM comme une « autorité convergée » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux – Guide – Solutions et applications – Pratique contractuelle* 2011, n° 4695).

public en ligne » ( $\beta$ ). Mais il est peu probable que de tels changements adviennent au cours des prochains temps. Il semble exister une sorte d'« effet cliquet » qui rendrait assez irréaliste l'intention de supprimer certaines autorités ou, moins radicalement, celle de les réunir au sein d'instances aux compétences plus globales.

#### $\alpha$ . L'utilité des réflexions dans le sens d'une régulation unitaire et centralisée plutôt que plurielle et sectorielle

À l'inverse, en particulier, de la communication audiovisuelle, la communication par internet n'est pas prise en mains par une autorité *ad hoc* spécialement chargée de réguler ce mode particulier d'échange d'informations. Une première raison expliquant ce fait est aisée à identifier : seules des institutions consacrées à des problématiques excessivement précises ont été créées (HADOPI et ARJEL) car l'internet n'est pas un média mais un médium ; autrement dit, tant la presse que la communication audiovisuelle peuvent être mises à disposition du public au moyen de la technologie internetique. Et cette dernière permet autant les communications privées que les communications publiques. L'érection d'une nouvelle autorité aurait pour effet de donner lieu à une concurrence des autorités, dont les champs de compétences se recouvriraient plus qu'ils se compléteraient. Souvent est dénoncée la multiplication des institutions spécialisées<sup>1</sup> au sein de l'État, le « polycentrisme » et la « fragmentation » de ce dernier<sup>2</sup>, et il est bien connu que l'administration française gagne régulièrement de nouvelles structures mais n'en perd que rarement, ce qui s'expliquerait par les difficultés qu'éprouvent les personnels et les autorités juridiques liés aux structures préexistantes à accepter de voir celles-ci disparaître ou même seulement de devoir céder une part de leurs ressources et de leurs attributions aux nouvelles venues<sup>3</sup>. Il existerait ainsi un « effet cliquet » au moment de la création des autorités spécialisées. Par exemple, concernant la problématique 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 »<sup>4</sup> et qu'« aucune n'a démerité ou apporté la preuve de son inutilité »<sup>5</sup>. Reste que la solution serait moins d'ajouter une institution supplémentaire que de refondre l'architecture institutionnelle actuelle. Isabelle Falque-Pierrotin regrette que « le dispositif public relatif à l'Internet s'est émietté en multipliant les organismes, notamment les autorités administratives indépendantes »<sup>6</sup>. Et d'ajouter qu'« une multiplicité de guichets est ainsi proposée aux acteurs du numérique sans qu'il y ait de vision partagée » et qu'« il est temps de resserrer cette organisation »<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Par exemple, D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013.

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 131.

<sup>3</sup> Cf., par exemple, P. SADLAN, *Le système administratif français*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1997.

<sup>4</sup> L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *RLDI* 2006, n° 17.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 299.

<sup>7</sup> *Ibid.*

Si simplement mettre en place quelque « Autorité de régulation de la communication par internet » au sein du complexe institutionnel actuel sans refondre celui-ci serait peut-être peu pertinent, plus porteuse semble être la question du remplacement des diverses autorités sectorielles par quelque « Autorité générale des médias » ou — mais cela serait plus discutable sous l'angle des droits et libertés fondamentaux — par quelque « Autorité générale de la communication » (étant compétente en matière de communication publique et de communication privée), car alors toutes les activités de l'internet seraient sous la coupe de cette instance (ou, du moins, toutes les activités publiques de l'internet). Éventuellement pourrait-il s'agir d'une « autorité de régulation de la communication numérique » ou « de la communication électronique »<sup>1</sup> laissant à part la presse papier, mais ne pas appliquer exactement les mêmes règles à la presse matérielle et à la presse immatérielle susciterait peut-être à raison nombre de critiques, en tout cas pour ce qui est des normes applicables aux contenus et à la recherche des informations.

Dans son rapport publié en 2000, le député Christian Paul souligne à quel point la régulation des médias, en France, est « plurielle » et combien « chaque instance doit intervenir dans son domaine de compétence »<sup>2</sup>. Il se trouve des autorités sectorielles — accompagnées de régimes juridiques sectoriels — et non une autorité générale des médias telle que l'OFCOM britannique, ce qui complexifie peut-être par trop le droit de la communication par internet, l'internet étant par essence « transmédia ». Et le député d'ajouter que cette régulation plurielle n'est guère la conséquence d'une évolution historique et des circonstances mais bien un choix politique<sup>3</sup>. En effet, il est possible à tout moment, comme l'ont fait les pouvoirs publics de Grande-Bretagne en 2003, de subroger aux autorités sectorielles une autorité générale. Or une paradoxale « autorité spécialisée générale » est peut-être la bonne échelle pour réguler un secteur tel que celui de l'internet ou, du moins, tel que celui de la communication par internet — ou, de manière encore plus restrictive, tel que celui de la communication publique par internet —<sup>4</sup>. L'internet tend à devenir 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 les télécommunications, l'audiovisuel, la presse, l'édition etc., que les bases technologiques précédentes ont été amenées à imposer, est remise en cause<sup>5</sup>. La séparation des régulations des

---

<sup>1</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 95.

<sup>2</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000, p. 65.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Dans le communiqué annonçant son étude annuelle pour l'année 2014, le Conseil d'État relevait que « la circonstance que différentes autorités ont déjà produit des positions sur ces différents sujets au fil de leurs rapports annuels et de leurs avis et qu'il y a profusion de prises de position sur ces questions conforte le Conseil d'État dans son choix. La valeur ajoutée de [cette] étude tiendra précisément au caractère d'autorité "généraliste" de son auteur, garant des droits fondamentaux des personnes comme des entreprises et dont les prises de position sont susceptibles de rencontrer une audience plus large et plus complète que celle d'acteurs spécialisés ou très impliqués dans ce sujet à haute sensibilité » (Conseil d'État, « Communiqué », [en ligne] <conseil-etat.fr>, 19 juill. 2013).

<sup>5</sup> É. BROUSSEAU, « Régulation de l'internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique* 2001, p. 19.



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 devoir appartenir de plus en plus au passé. L'internet est devenu le support de diffusion et d'utilisation de la plupart des contenus informationnels, ce qui tend à rendre au moins en partie inopérants les réglementations et modes de régulation traditionnels.

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, en les transposant, à partir de définitions qui désormais assimilent toutes les infrastructures filaires ou hertziennes, de distribution comme de diffusion, y compris le réseau électrique. Ce mouvement d'unification du droit du contenant des communications électroniques peut-il être reproduit en matière de droit du contenu des communications électroniques ? Depuis quelques années, des spécialistes plaident pour un passage « du droit des médias au droit des médias »<sup>1</sup>, soit pour une unification des règles applicables aux diverses formes de communication publique, laquelle devrait nécessairement s'accompagner de la fusion des autorités sectorielles en une autorité générale unique.

Dans leur rapport remis à l'Assemblée nationale en 2011, 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<sup>2</sup>. Et d'ajouter : « Indiquons le d'emblée, aucune autorité n'est ici en cause spécifiquement car aucune n'a été créée pour réguler l'univers très particulier d'Internet dont les acteurs majeurs ne sont au demeurant pas situés en France »<sup>3</sup>. Les régulations sectorielles devraient *a minima* entrer dans l'ère de l'« interrégulation »<sup>4</sup>, qui « conduit à établir des relations entre les autorités, de sorte qu'elles conservent leur autonomie

<sup>1</sup> E. DERIEUX, *Le droit des médias*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 167. Le professeur propose même de codifier le droit des médias (*ibid.*, p. 168).

<sup>2</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 294.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> 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* 2011, n° 2326 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », in J.-M. CHEVALIER et alii, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 57. Également, J. ZILLER, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RF adm. publ.* 2004, p. 18. L'auteur distingue l'« interrégulation intersectorielle », lorsqu'un secteur d'activités donné est soumis à des réglementations diverses et que certaines autorités ont pour objectif la régulation d'un secteur clairement déterminé et d'autres la régulation d'un certain aspect des rapports sociaux, et l'« interrégulation pluri-niveaux ».

tout en se prenant en considération les unes les autres »<sup>1</sup>. 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 et ancien ministre de la culture, 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<sup>2</sup>. L'interrégulation 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. Selon Jacques Toubon, « il faut faire évoluer la loi en créant un régulateur qui pourra agir »<sup>3</sup>. Seulement cette régulation unifiée et unitaire était-elle encore il y a peu qualifiée d'« irréaliste » par les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère<sup>4</sup>. Aucune tentative de mise en place d'une autorité spécifique n'est jamais venue, « ni de gauche ni de droite »<sup>5</sup>.

Mais d'aucuns de commenter : « La diversité des questionnements rend peu pertinente une telle approche. Pourquoi l'information nominative ou la régulation du marché boursier devraient-ils échapper à leurs instances traditionnelles de régulation au motif que la question soulevée l'est dans le cadre du net ? »<sup>6</sup>. Dans un rapport consacré à la télévision connectée et remis, en 2011, au ministre de la culture et de la communication ainsi qu'au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, est souligné que « la télévision connectée 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 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 »<sup>7</sup>. Partant, l'idée d'un droit, si ce n'est unitaire, du moins tendant vers l'unité ou en tout cas vers l'harmonisation ne semble pas si inconséquente.

Du point de vue des autorités étatiques spécialisées, a par exemple été retenu, en 2010, par les rapporteurs du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, que la HADOPI est « une fois de plus une réponse ponctuelle à un problème spécifique »<sup>8</sup> et que, « si la création

<sup>1</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par internet », in J.-M. CHEVALIER et alii, *Internet et nos fondamentaux*, Puf, 2000, p. 57.

<sup>2</sup> Cité par P. SAMAMA, « Jacques Toubon, membre de la Hadopi, répond à VideoLAN », [en ligne] <01net.com>, 11 avr. 2013.

<sup>3</sup> Cité par P. SAMAMA, « Jacques Toubon, membre de la Hadopi, répond à VideoLAN », [en ligne] <01net.com>, 11 avr. 2013.

<sup>4</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 296.

<sup>5</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 97.

<sup>6</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2326.

<sup>7</sup> M. ADNÈNE TROJETTE, « La télévision connectée », 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.

<sup>8</sup> Cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 296.

d'une nouvelle autorité indépendante chargée de surveiller le respect des droits et de lutter contre le piratage jouit d'une visibilité maximale pour les auteurs, on peut se demander pourquoi l'ARCEP, chargée de réguler les communications électroniques, dont fait partie l'Internet, ne pourrait pas en être chargée »<sup>1</sup>.

Pour autant, les discussions en la matière s'avèrent globalement peu nombreuses, ce qui peut poser question.

### β. 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. Certains ont, un temps, avancé l'idée que pourrait être institué une Haute Autorité ou un Conseil de l'internet et le CSA a été soupçonné, un temps aussi, de viser cette fonction<sup>2</sup>. 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 ». À quelques reprises, a été envisagé de transformer le CSA en « Autorité générale des médias », si bien que l'ensemble des communications publiques par internet relèverait de sa compétence. En tout cas faut-il croire que, si une autorité actuellement existante devait cannibaliser les autres, il reviendrait logiquement au CSA d'être celle-là<sup>3</sup>. La CNIL et l'ARCEP devraient néanmoins continuer d'exister dès lors qu'elles interviennent essentiellement en matière de communication privée<sup>4</sup>.

Quant à la question d'une fusion entre l'ARCEP et le CSA<sup>5</sup>, qui est parfois posée<sup>6</sup>, en premier lieu par la Cour des comptes qui souhaite rationaliser les dépenses notamment lorsque des autorités se chevauchent ou ont en charge des problématiques trop précises<sup>7</sup>, 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 »<sup>8</sup>. Avec l'évolution de la convergence des

<sup>1</sup> Cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 296.

<sup>2</sup> *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2011, n° 2326.

<sup>3</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 294.

<sup>4</sup> Mais, souligne-t-on, « la CNIL a été créée pour contrôler l'État et non Google ou Facebook » (J.-E. RAY (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 294)).

<sup>5</sup> Il faut au préalable écarter le fait que l'ARCEP devrait naturellement être compétente en matière de communication audiovisuelle, celle-ci étant une forme de communication électronique.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 114.

<sup>8</sup> 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

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 faut 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. Et peut-être une institution unique pourrait-elle prendre en charge l'ensemble du secteur de la communication, de la communication électronique ou, *a minima*, de la communication électronique au public. 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

---

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 aujourd'hui une réalité. Elle concerne aussi bien les réseaux que les terminaux ou les services. Internet a permis l'éclosion d'offres triple play ou quadruple play. La vidéo à la demande se développe. Le très haut débit renforcera encore cette convergence, qui pousse les entreprises à s'intégrer verticalement afin de proposer au client final des bouquets de services attractifs, relevant aussi bien de la communication audiovisuelle que des communications électroniques. L'exigence de mobilité crée également une demande plus forte d'accès au spectre hertzien pour des usages extrêmement variés (téléphonie, télévision mobile personnelle etc.). 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 pourtant des arbitrages procédant d'une vision d'ensemble, notamment en ce qui concerne la gestion et l'attribution des ressources hertziennes aux différents opérateurs. Le renforcement de l'efficacité de la régulation peut trouver deux types de réponse : soit un rapprochement institutionnel sur les modèles américain, britannique ou italien, soit, plus efficacement, une meilleure articulation des responsabilités de chacun des régulateurs en distinguant plus clairement leurs fonctions : la régulation éthique des contenus, confiée au CSA ; la régulation économique et technique des supports, relevant de l'ARCEP » (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 295). Pour sa part, Michel Boyon, ancien président du CSA, estimait en 2010 que le rapprochement ou l'éventuelle fusion du CSA avec l'ARCEP serait « un faux ou plutôt un non problème » (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 296). Les missions de l'ARCEP sont selon lui totalement différentes de celles du CSA. L'ARCEP a été créée pour accompagner la fin du monopole de l'État dans le domaine des télécommunications. Tandis que l'ARCEP attribue de « grands blocs de fréquences » à un opérateur qui paie pour les utiliser et les organise comme il veut, le CSA les attribue une par une à un opérateur déterminé pour un programme déterminé. Cette attribution est gratuite et la contrepartie de cette gratuité est constituée d'obligations (culturelles, en matière de contrôle du temps de parole des personnalités politiques, de diversité et d'accessibilité des programmes). Michel Boyon soulignait également que là où il y a une institution unique, cette dernière est souvent quasi exclusivement consacrée aux télécommunications parce qu'il s'agit de pays où il n'y a pas de contrôle des contenus. Et là où il y a une institution unique qui s'occupe à la fois des contenus et des télécommunications, on retrouve à l'intérieur des services et des collègues la distinction nette entre les deux missions (cité par P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 297). Par ailleurs, est notable que, dès la loi du 30 septembre 1986, la convergence technique a été envisagée et la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL) était compétente tant à l'égard du secteur des télécommunications que de celui de l'audiovisuel. Ce choix a cependant été remis en cause dès la loi du 17 janvier 1989 puisque le CSA, qui a succédé à la CNCL, a vu ses compétences recentrées sur l'audiovisuel.

contenants et des régulateurs des contenus<sup>1</sup> que celui de la réunion des seuls régulateurs des contenus<sup>2</sup>.

Pour l'heure, un même contenu audiovisuel se voit appliquer des règles substantiellement divergentes selon qu'il est accessible sur un service de médias audiovisuels à la demande ou sur un site de partage de vidéos, si bien que, en 2015, lorsqu'un nouveau concept de « télé-réalité » (consistant à cuisiner tout en s'alcoolisant très fortement) est introduit en France par un producteur, ce dernier décide naturellement de proposer ses émissions sur différents sites web et non à la télévision. La question est bien sûr posée : lesdites émissions sont-elles moins choquantes sur le web qu'à la télévision ? Ou bien sont-elles aussi choquantes sur l'un que sur l'autre média mais d'autres considérations justifieraient de les interdire à la télévision et non dans l'espace internetique ? Il n'est guère surprenant de voir le CSA, dans sa « lettre » de janvier 2013, émettre les propositions suivantes : il conviendrait d'« étendre à l'ensemble des services de vidéo en ligne les compétences du Conseil prévues à l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 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 »<sup>3</sup> ; et 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) »<sup>4</sup>. 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 ? »<sup>5</sup> ; tandis que le CSA peut faire observer que « les 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 »<sup>6</sup> et qu'une adaptation de la structure institutionnelle nationale est

---

<sup>1</sup> 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. Le concept d'interconnexion est inconnu du CSA alors même qu'il fait le quotidien de l'ARCEP. Le respect du pluralisme ne s'entend pour le régulateur des télécommunications que dans la perspective d'un marché ouvert et concurrentiel, alors même qu'il prend une signification particulière pour le CSA, parce qu'il est tout simplement l'une des conditions de la liberté de communication » (L. RAPP, « L'avenir de la régulation », *RLDI* 2006, n° 17).

<sup>2</sup> Le CSA, dans sa contribution au « rapport Lescure » de 2012, convenait qu'« il serait illusoire, voire destructeur, de déconnecter les différents aspects (techniques, juridiques, économiques) de la régulation des contenus audiovisuels, telle que l'assure aujourd'hui le CSA » (CSA, « Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques », oct. 2012, p. 16).

<sup>3</sup> CSA, « Lettre du CSA », [en ligne] <csa.fr>, janv. 2013.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> E. DERIEUX, *Le droit des médias*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 168.

<sup>6</sup> CSA, « Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques », oct. 2012, p. 16.

« rendue nécessaire par la convergence des technologies, la multiplication des terminaux et le développement de nouveaux usages »<sup>1</sup>.

Est remarquable que, en 2013, après que les députés Patrick Bloche et Patrice Verchère en sont venus à conclure que « créer une AAI spécialisée pour les activités de l'internet ne correspondrait pas à l'esprit d'internet qui consiste à faire travailler une multiplicité d'acteurs dans tous les domaines »<sup>2</sup>, les ministres de la culture et de la communication, du redressement productif et de l'économie numérique d'alors, dans un rapport confidentiel commandé par le Premier ministre que s'est procuré la presse, 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 communs précisément identifiés », qui « pourrait être en charge d'assurer la régulation de sujets communs et de trancher certains types de litiges » et qui, en cas de consultation par une autorité politique, « donnerait un avis unique et commun sur les sujets de convergence »<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Et l'instance aurait trois compétences principales en matière d'internet : d'abord, elle veillerait à la déontologie des contenus immatériels, notamment en matière de dignité de la personne humaine et de protection de l'enfance ; ensuite, elle serait chargée de promouvoir l'offre légale de musique et de films ; enfin, elle garantirait la « neutralité des réseaux », spécialement concernant la « gestion du trafic de données entre les hébergeurs et les opérateurs de télécommunications lorsqu'il s'agit de contenus audiovisuels »<sup>5</sup> — ce qui vise directement les sites de partage de vidéos —.

Est encore à noter que Pierre Lescure, dans son rapport remis également en 2013, a esquissé ce que pourrait être une autorité générale de la communication au public par voie électronique. Ainsi a-t-il proposé d'« instaurer, sous l'égide du CSA, un mécanisme de conventionnement, reposant sur un équilibre entre engagements volontaires (exposition de la diversité, financement de la création, tarifs sociaux et contribution à l'offre non marchande) et avantages (en termes d'accès aux aides, aux consommateurs et aux œuvres) »<sup>6</sup>. Ce mécanisme de conventionnement « pourrait être étendu à l'ensemble des services culturels numériques,

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 297.

<sup>3</sup> Cité par J. HENNI, « EXCLUSIF – Vers un rapprochement a minima entre le CSA et l'Arcep », [en ligne] <bfmbusiness.bfmtv.com>, 15 mars 2013.

<sup>4</sup> Cité par J. HENNI, « EXCLUSIF – Vers un rapprochement a minima entre le CSA et l'Arcep », [en ligne] <bfmbusiness.bfmtv.com>, 15 mars 2013.

<sup>5</sup> Cité par J. HENNI, « EXCLUSIF – Vers un rapprochement a minima entre le CSA et l'Arcep », [en ligne] <bfmbusiness.bfmtv.com>, 15 mars 2013.

<sup>6</sup> P. LESCURE, « Mission “Acte 2 de l'exception culturelle” – Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », mai 2013, p. 15.

pour faire du CSA l'autorité de régulation des médias audiovisuels et culturels, linéaires et non linéaires »<sup>1</sup>.

Reste qu'une autorité étatique spécialisée chargée d'encadrer toutes les communications par internet ou toutes les communications publiques par internet ne semble pas prête de voir le jour. Il en va *a fortiori* de la sorte d'une telle autorité disposant d'un large pouvoir d'édiction de normes à portée générale. Aussi ne serait-il pas opportun de davantage poursuivre cette discussion par trop *jus-politique* et spéculative. Il est temps, à présent, de conclure ce second titre consacré essentiellement à la réalité et à l'actualité des sources étatiques du droit de la communication par internet.

---

<sup>1</sup> *Ibid.* (non souligné dans le texte original). Est plus précisément expliqué que « la mission propose de mettre en place un mécanisme de conventionnement destiné à tous les services culturels en ligne. Naturellement désigné pour exercer le rôle de régulateur pour l'audiovisuel, le CSA pourrait, par souci de cohérence et d'efficacité, assumer cette fonction pour l'ensemble des services culturels en ligne. Cette nouvelle modalité d'intervention du CSA et son extension à d'autres secteurs que l'audiovisuel nécessiterait une révision de la loi de 1986, et justifierait probablement un changement de nom de cette autorité. Dans un souci de cohérence, il est proposé de confier au CSA la mission d'observation des pratiques culturelles en ligne aujourd'hui assumée par l'HADOPI, en lien avec les organismes sectoriels qui étudient, dans chaque domaine, l'état de l'offre légale et du marché » (*ibid.*).

## Conclusion du second titre

Parmi les différentes sources étatiques — le pluralisme des sources, si ce n'est le « désordre des sources »<sup>1</sup>, existe déjà au seul niveau étatique —, les sources étatiques dites « politiques » que sont le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre 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 et leurs visages respectifs sont aisément reconnaissables. 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.

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 provoqués par cette « impasse de la réglementation étatique face à l'internet »<sup>2</sup> qu'il paraît difficile de ne pas constater. 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 œuvre caricaturale, qu'elle serait en revanche dernière qualitativement. Cela n'est guère étonnant car, lorsqu'on constate la « crise quantitative et qualitative de la loi »<sup>3</sup>, 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 »<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>. Et un avocat spécialiste du « droit de l'internet » d'observer, de manière significative, que le premier problème des lois sur les technologies de l'information résiderait dans leurs intitulés mêmes : par exemple, la « loi de réglementation des télécommunications » de 1996<sup>6</sup> avait pour objet de déréglementer les télécommunications, tandis que la « loi sur le service public des

---

<sup>1</sup> M. MIAILLE, « Désordre, droit et science », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 92.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I : Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 26.

<sup>3</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 2.

<sup>4</sup> L. n° 2009-669, 12 juin 2009, *Favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

<sup>5</sup> B. BAYART, « Comprendre un monde qui change : Internet et ses enjeux », conférence à Mines Télécom, 8 nov. 2013.

<sup>6</sup> L. n° 96-659, 26 juill. 1996, *De réglementation des télécommunications*.



télécommunications » de 2003<sup>1</sup> avait pour objet de privatiser France Télécom<sup>2</sup>. En tout cas, la loi semble bien être, à l'échelle du droit de la communication par internet, une source dépréciée<sup>3</sup>.

Quant à la Constitution et au décret, s'ils sont désormais 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 d'aspect.

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 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 n'étant en aucun cas tenues pour obligatoires dans les litiges postérieurs<sup>4</sup> ; et l'ancien président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré de soutenir que « le Conseil constitutionnel a une gomme mais il n'a pas de crayon »<sup>5</sup>. Il semble fort, pourtant, que les juges disposent d'un crayon et qu'ils en fassent un usage abondant en matière de droit de la communication par internet, la pratique des textes tendant depuis longtemps à dépasser leur lettre. Selon le Professeur Pascale Deumier, « la réalité juridique oppose avec éclat des règles jurisprudentielles bénéficiant d'une vigueur supplantant parfois celle des règles légales »<sup>6</sup>. Dans le domaine du droit de la communication par internet, c'est « souvent » et non « parfois » que la jurisprudence doit suppléer une loi déficiente.

Ainsi l'étude des sources de ce droit amène-t-elle peut-être à confirmer le renversement des équilibres parmi les sources du droit que des ouvrages récents mettent en exergue<sup>7</sup>. Les sources auparavant premières deviendraient secondaires quand les sources qui hier demeuraient à l'arrière-plan seraient désormais 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 ».*

Le « nouveau droit » se caractériserait ainsi par le fait que *toutes les sources étatiques seraient, pour une raison ou pour une autre, « en crise »*. Ce droit ne saurait aller sans

---

<sup>1</sup> L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003, *Relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom*.

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

<sup>3</sup> 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. 52.

<sup>4</sup> Notamment, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000. Et Christian Atias de commenter : « La sécurité juridique invoquée 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).

<sup>5</sup> J.-L. DEBRÉ, « Le Conseil constitutionnel hier et aujourd'hui », conférence à l'Université Paris 13, 12 mars 2014.

<sup>6</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 194.

<sup>7</sup> Notamment, V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015.

« dépréciation du droit national »<sup>1</sup>. Dès lors, il se spécifierait par le recul des sources étatiques au profit des sources non étatiques, privées en particulier. La loi, notamment, douée à l'ère moderne d'une force symbolique 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 serait désormais faible ; et c'est dans cette faiblesse qu'il faudrait rechercher la cause première de la réalité du pluralisme juridique<sup>2</sup>, *mais aussi la cause première de la réalité du pluralisme du droit d'origine étatique*. Le « chaos qui semble affliger la production du droit »<sup>3</sup> ne s'expliquerait donc pas moins par les difficultés et les mouvements touchant les sources étatiques et interétatiques que par le développement des sources privées.

---

<sup>1</sup> 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. 56.

<sup>2</sup> A. DEBET, « L'encadrement juridique du commerce électronique : réflexions sur les sources du droit », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 146.

<sup>3</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 2.



## Conclusion de la seconde partie

Les sources privées tendent à concurrencer les sources publiques du droit de la communication par internet. Cela se vérifie 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<sup>1</sup>. Alors que les précédentes innovations technologiques, à l'instar des télécommunications ou de l'aviation, 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 clé joué par diverses instances de droit privé<sup>2</sup> : ICANN pour la gestion des noms de domaine, IETF et W3C pour la définition des standards techniques, Internet Society et Forum pour la gouvernance d'internet concernant les questions politiques, économiques et de société. 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.

Tout d'abord, la situation des sources internationales du droit de la communication par internet apparaît insatisfaisante. Si le cyberspace est désormais au cœur des relations internationales<sup>3</sup> et si d'aucuns plaident pour une refonte radicale de la « gouvernance internationale »<sup>4</sup> ou proposent l'instauration d'un « Comité International de l'Internet »<sup>5</sup>, cette dernière proposition n'est, semble-t-il, guère en passe de se voir réalisée tant lesdites relations internationales 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 États.*

Ensuite, l'étude des sources du droit de la communication par internet permet d'observer combien l'Union européenne joue aujourd'hui un rôle utile en même temps qu'original dans le processus de fabrication du droit. Pour autant, le caractère régional et le caractère semi-étatique de l'Union européenne amènent à considérer que le droit d'origine publique devra longtemps demeurer fractionné en divers droits locaux. *Concrètement, les sources européennes se placent*

<sup>1</sup> Par exemple, É. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 333 s.

<sup>2</sup> E. LAGRANGE, « 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.

<sup>3</sup> A. DESFORGES, « Cyberspace et géopolitique », Place de la toile, France culture, 24 mai 2014.

<sup>4</sup> B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.* 2004, p. 91.

<sup>5</sup> S. ASTIER, *Vers une régulation éthique de l'internet*, th., Université de Limoges, 2004.

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). Le droit de la communication par internet, pour ce qui est de sa part d'origine publique, est donc *morcelé en autant de droits particuliers qu'il y a d'États* et le progrès que serait l'Union européenne n'amène à tempérer que modestement ce constat tant les dimensions de l'Union sont celles d'un « ordre juridique international partiel »<sup>1</sup>, celles d'un *État continental*, loin d'être celles d'un État mondial. 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.

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<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. 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. Par exemple, un site connu de tous les internautes tel que <thepiratebay.[λ]>, 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<sup>4</sup>. *Les voies du droit semblent moins performantes que les voies de la pratique et, plus spécialement, que les voies de la pratique illégale.* 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 ne serait vraiment changé sous l'angle politique, alors que certains bouleversements technologiques ont décuplé les enjeux, les possibilités et les dangers. *La variété des lois et des réglementations nationales, permettant aux multinationales de mettre les systèmes nationaux en concurrence* et de créer ainsi une forme de *dumping* législatif et réglementaire, ne pourrait qu'être regrettée. Dans le même temps, elle ne saurait être évitée.

Le droit international serait donc actuellement plus proche du « chaos » que de l'« ordre »<sup>5</sup> et plus proche du « bric-à-brac » que du « système »<sup>6</sup>. Il apparaît toujours « en

<sup>1</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 112.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2006.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> En avril 2015, ce site est accessible à l'adresse <thepiratebay.to>, <.to> étant l'extension géographique des îles Tonga. Par ailleurs, peut être cité, dans un tout autre registre, l'exemple des îles Tuvalu, dont l'extension est le <.tv>. Cela constitue pour ce pays une véritable aubaine : en vendant des noms de domaine sous cette extension aux plus offrants, il a engrangé plus de douze millions de dollars (soit plus que son PIB annuel de l'année 1998) et a pu financer son inscription à l'ONU (189<sup>e</sup> membre). Le Turkménistan est dans une situation similaire avec le <.tm> (confusion avec le mot anglais « *Trademark* » signifiant « marque déposée »).

<sup>5</sup> Réf. à F. ATTAR, *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994.

<sup>6</sup> Réf. à J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. droit* 1986, p. 85 s.

devenir »<sup>1</sup>, toujours « primitif »<sup>2</sup> et « archaïque »<sup>3</sup> en ce qu'il ne connaît pas de Constitution<sup>4</sup> ni de différenciation des organes de création et d'application du droit — lequel ne saurait être autre que du « droit souple »<sup>5</sup> —, en ce que 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 dans une certaine mesure [son] ineffectivité »<sup>6</sup>. Les organisations internationales, parce qu'elles « ne semblent pas avoir le mandat ni les ressources pour surveiller l'infrastructure mondiale de l'information »<sup>7</sup>, se cantonnent à l'établissement d'orientations politiques évasives et abstraites. Ce constat s'avère problématique pour un droit n'ayant logiquement de sens qu'au-delà des territoires et des populations nationaux. Reste que la responsabilité retombe sur les épaules des États qui, malgré toutes leurs difficultés, se doivent d'être des « nœuds normatifs de poids »<sup>8</sup>. *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.*

Partant, l'examen des sources du droit de la communication par internet devait aussi permettre de tirer quelques enseignements relativement à l'état de l'État et, plus précisément, relativement à la situation des sources étatiques du droit. 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 »<sup>9</sup> et combien les gouvernants seraient de plus en plus « désorientés »<sup>10</sup>. D'aucuns présentent une loi qui serait « toujours plus insuffisante tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration »<sup>11</sup>. Pour ce qui est de la matière objet de cette thèse, ce constat ne pourrait que valoir *a fortiori*. En témoigne l'intitulé d'une étude du Professeur Christophe Caron consacrée aux difficultés des lois relatives aux activités internetiques : « Malédictions numériques »<sup>12</sup>. Ensuite, peut-être le taux de droit d'origine prétorienne est-il élevé en droit de la communication par internet en raison des manques (imprécisions et absences) propres aux actes du législateur, de telle sorte que, si, comme le pensait Hayek, le passage d'un droit fait par les juges à un droit édicté par le législateur aurait

<sup>1</sup> Réf. à M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Puf, 1990.

<sup>2</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 112.

<sup>3</sup> D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 498.

<sup>4</sup> M. DRAIN, *Relations internationales*, 16<sup>e</sup> éd., Larcier, coll. Paradigme, 2012, p. 27.

<sup>5</sup> 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*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 133).

<sup>6</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 112.

<sup>7</sup> 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. 278.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>9</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDJ* 2013, p. 1489.

<sup>10</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 36.

<sup>11</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 54.

<sup>12</sup> Ch. CARON, « Malédictions numériques », *Comm. com. électr.* 2009, repère 8.

constitué la transformation fondamentale de l'idée de droit en occident<sup>1</sup>, se produirait, sur ce point et à l'heure du droit « postmoderne », une sorte de retour en arrière.

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. Alors que les sources privées de normes semblent en mesure d'approcher l'idéal d'un droit sans territoire, tel n'est guère le cas des sources publiques puisque celles-ci se réduisent dans une large mesure aux sources étatiques. *Les actes normatifs transnationaux dominant ainsi les actes normatifs internationaux* et l'État se présente peut-être *au moins autant telle la source des difficultés que telle la source 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*. Il est vrai que tant le rapport public du Conseil d'État de 1998<sup>2</sup> que le rapport du député Christian Paul de 2000<sup>3</sup> 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 le plus souvent choisie « souverainement » par lesdits acteurs privés, indépendamment des pouvoirs publics et des orientations qu'ils décident<sup>4</sup>. Le terme « cyberspace », dans *Neuromancien* de William Gibson<sup>5</sup>, 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 par manque d'effectivité. Trop d'acteurs et d'utilisateurs des outils internetiques seraient de ces « gens heureux [qui] vivent comme si le droit n'existait pas »<sup>6</sup>. L'État peut-il tolérer cette situation qui remet en cause sa souveraineté, sa puissance, sa légitimité et, *in fine*, sa raison d'être ? Les fondations du « contrat social » paraissent s'écrouler, si tant est que ce « contrat » ait été un jour « conclu » par les internautes — il faut rappeler à quel point *les individus se présentent sous un jour différent selon qu'ils*

---

<sup>1</sup> F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980, p. 146 (cité par L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 85).

<sup>2</sup> EDCE 1998, *Internet et les réseaux numériques*.

<sup>3</sup> Ch. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, La documentation française, 2000.

<sup>4</sup> La situation n'est guère différente de celle que décrivaient, en 2006, des commentateurs : l'État « baigne dans un environnement où le pluralisme des foyers de production des normes, la complexité des situations reliées à la mondialisation de l'économie et l'évolution des échanges et des transactions vers un mouvement qui déborde les frontières des États sont les caractéristiques » (K. BENYEKHLEF, K. SEFFAR, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2006, p. 357).

<sup>5</sup> W. GIBSON, *Neuromancien* (1984), J'ai lu, coll. Science-fiction, 2001.

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 38.

agissent dans le monde physique ou dans le cyberspace<sup>1</sup>, si bien que le « contrat social » pourrait fort ne pas être « valide » à l'égard des actions se déroulant dans le milieu immatériel —.

De plus en plus loin serait le temps (largement fantasmé au demeurant) où Socrate pouvait, au moment de s'empoisonner conformément à la sentence de mort rendue contre lui et alors qu'il lui était loisible de s'échapper, estimer qu'il était préférable de « mourir en observant la loi plutôt que [de] vivre en la violant »<sup>2</sup>. Les lois qui ont vocation à régir les activités internetiques ne semblent partager que peu avec les antiques lois sacralisées ; elles seraient, tout au contraire, banalisées et devraient faire constamment leurs preuves « sur le terrain ». Et 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 »)<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. Sans cela, ils risqueraient fort de se trouver déstabilisés, fragilisés et, finalement, de s'écrouler. Or, dans le cyberspace, la « liberté-légitimité » et l'« utilité » de l'État et de son droit s'avèrent trop peu de choses. À l'échelle de la communication par internet, 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 pourrait donc 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 — rien de moins que le « devenir de l'homme » en dépendrait<sup>5</sup> —, il ne serait que possible d'observer combien les sources étatiques seraient ébranlées et combien leur capacité à intervenir efficacement serait douteuse.

C'est pourquoi, en cette étude, a été souligné à quel point l'organisation moderne des sources étatiques du droit 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*. Si, au XX<sup>e</sup> s., l'administration était tout à la

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> XÉNOPHON, *Mémorables*, 370 av. J.-C., L. IV.

<sup>3</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 2.

<sup>4</sup> Cf., également, O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V<sup>e</sup> République », in *Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006, p. 153 s. ; O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V<sup>e</sup> République », *Droits* 2007, n° 44, p. 71 s.

<sup>5</sup> En ce sens, R. TREGOUËT, « Société de l'information et devenir de l'homme », in D. BAHU-LEYSER, P. FAURE, dir., *Éthique et société de l'information*, coll. Territoires de l'information, La documentation française, 2000, p. 145 s.



fois « simple, nationale, centralisée, hiérarchisée et secrète »<sup>1</sup>, 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* ? L'avenir est incertain mais de grands chamboulements dans l'organisation des États sont possibles et, peut-être, souhaitables. Reste que, pour l'heure, *ce ne sont que des ébauches de ruptures dans l'architecture des sources étatiques du droit que l'étude du droit de la communication par internet laisse entrevoir*. 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 »<sup>2</sup> ; 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.

Il n'en demeure pas moins qu'élaborer la loi aujourd'hui deviendrait de plus en plus une « mission impossible »<sup>3</sup> et qu'il conviendrait peut-être de réviser les modalités de cette élaboration de la loi ainsi que, plus largement, celles de l'élaboration étatique du droit, sans quoi le gouffre séparant le droit d'origine étatique de ses destinataires pourrait devenir définitivement insupportable. En effet, nulle branche du droit ne s'analyserait plus que le droit de la communication par internet tel un « droit des sujets »<sup>4</sup>, c'est-à-dire tel un droit dont le problème principal serait celui de *la réception des normes par leurs destinataires*, tant ces derniers paraissent en mesure de respecter ou non les règles uniquement en fonction de la légitimité et du bien-fondé qu'ils leur accordent, loin de la contrainte, de la souveraineté et de la puissance étatiques<sup>5</sup>.

L'enjeu serait important dès lors qu'il est permis de se demander s'il faut percevoir l'éventuel État « postmoderne » comme un modèle qui pourrait être 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 Pierre Bourdieu à la fin du XX<sup>e</sup> s.<sup>6</sup> ? C'est notamment une esquisse de réponse à cette question, que l'internet pose avec une grande acuité, qui sera proposée au sein de la conclusion générale de cette thèse.

---

<sup>1</sup> G. BRAIBANT, « Panorama de l'administration français », in F. GALLOUÉDEC-GENUYS, dir., *À propos de l'administration française*, La documentation française, 1998, p. 9.

<sup>2</sup> Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », [en ligne] <foruminternet.org>, oct. 2010, p. 11 (site consulté en 2010).

<sup>3</sup> Réf. à B. JADOT, F. OST, dir., *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis (Bruxelles), coll. Travaux et recherches, 1999.

<sup>4</sup> Cf. L. DRAÏ, D. HIEZ, « La réception du droit : le droit des sujets », *RRJ* 2007, p. 141 s.

<sup>5</sup> « Le législateur, écrivait Portalis, ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois » (J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801).

<sup>6</sup> P. BOURDIEU, *Sur l'État – Cours au Collège de France – 1989-1992*, Le Seuil-Raisons d'agir, coll. Cours et travaux, 2012.

## CONCLUSION

*Précédemment en cette thèse, une introduction a tout d'abord visé à préparer à l'étude des sources du droit de la communication par internet. À ces fins, il a fallu circonscrire la notion de sources du droit telle que comprise en ces pages — ce sont essentiellement les sources formelles du droit qui y ont été interrogées et a été fait le choix d'une conception organique de ces sources formelles, tout en s'autorisant à recourir à quelques métonymies permettant de les désigner par les noms des actes normatifs qu'elles produisent — ; et il a fallu justifier l'intérêt d'entreprendre aujourd'hui des travaux doctoraux autour de la question des sources du droit.*

*Ensuite, l'introduction a permis de délimiter le périmètre de cette matière originale qu'est le droit de la communication par internet, ainsi que d'expliquer que celui-ci est une branche du droit des communications électroniques. A également été souligné que ledit droit des communications électroniques est l'échelle au niveau de laquelle a été conduite une expérience préliminaire (dont les prémisses et les résultats sont présentés au sein d'un ouvrage ad hoc intitulé Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience) dont l'objet était de mesurer la réalité du pluralisme juridique (compris comme concurrence entre des sources publiques et des sources privées de droit). Or il s'est avéré que, si ce pluralisme ne tend pas à être une réalité en droit de la communication audiovisuelle ni en droit des réseaux de communications électroniques (autres branches du droit des communications électroniques qui sont donc largement aux mains des sources étatiques et interétatiques), il tend en revanche à l'être en droit de la communication par internet. Ce sont les enseignements tirés de cette recherche scientifique préalable qui ont motivé le choix de consacrer le présent travail doctoral aux seules sources du droit de la communication par internet, avec le fait que cette branche du droit n'a jusqu'à présent que rarement été analysée, en tout cas en termes macro-juridiques, et avec le fait que l'internet est aujourd'hui, dans la plupart des champs de la connaissance, le facteur de sensibles mutations et l'objet d'importantes études.*

*Enfin, l'introduction s'est achevée par un argumentaire visant à convaincre de l'intérêt et de l'opportunité potentiels du sujet traité, ainsi que par un exposé des intentions et des éléments de méthode ayant imprégné ces pages, les influençant nécessairement en profondeur. En particulier, a été précisé combien l'objectif était de faire œuvre principalement scientifique et entièrement macro-juridique.*

*Ensuite, cette thèse s'est scindée en deux parties portant, pour l'une, sur les sources privées du droit de la communication par internet et, pour l'autre, sur les sources publiques du droit de la communication par internet. La première de ces parties a tout d'abord présenté et expliqué les particularités des sources privées de la branche du droit en cause. 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, à savoir la loi, la jurisprudence et la coutume — auxquelles on ajoute régulièrement, mais étonnamment, la doctrine —. 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, après avoir changé d'instruments de travail afin d'exceptionnellement réfléchir d'un point de vue subjectif, prescriptif et critique à l'état des sources du droit de la communication par internet, d'exprimer l'opinion personnelle 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. Toutefois, il semble que cela soit bien plus aisément défendable à l'égard du droit des activités internetiques qu'à l'égard du droit des technologies internetiques ; d'ailleurs, la part de droit d'origine privée est nettement plus élevée en matière de droit du contenant qu'en matière de droit du contenu de la communication par internet. 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 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 particulier au vu du développement du droit d'origine privée indépendant des institutions publiques, l'autorégulation et la corégulation emportant des conséquences très différentes du point de vue de la puissance étatique —. 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 été étudiées en ayant ainsi 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, soit 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, 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 des activités et des objets transnationaux présentant le plus 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 international. 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, pertinentes et efficaces que celles des organisations internationales ; mais elles sont bornées par la territorialité continentale de leur applicabilité — d'ailleurs, au-delà de la distinction pédagogique des sources publiques internes et des sources publiques externes, les sources européennes paraissent se rapprocher plus des sources étatiques que des sources internationales —. 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, implique une large ouverture à la société civile et aux experts. Néanmoins, si les sources européennes sont davantage au centre du jeu de la création du droit de la communication par internet que les sources internationales, elles le sont moins que les sources étatiques et le processus d'europanisation dudit droit, s'il est largement engagé, demeure loin d'être achevé.*

*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 sujettes à discussion 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 longuement 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 de normes intégrant ce droit qu'elles.*

*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 moderne étato-national, combien les sources étatiques du droit connaîtraient des mutations non anecdotiques — plus souvent subies que voulues et touchant davantage leur environnement que leur être — et combien elles seraient amenées à relever des défis importants et peut-être même vitaux, 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 relative prospérité normative des sources privées (dont le développement affecterait la puissance factuelle de l'État), il est tentant de tirer quelques conclusions du point de vue de la perturbation de l'État dont ces travaux relatifs aux sources du droit de la communication par internet attesteraient et d'émettre quelques propositions sous l'angle de la rénovation de l'État que lesdits travaux appelleraient. C'est à cette forme d'ouverture en direction de questionnements relevant — semble-t-il — plus de la science politique que de la science du droit que procèdera la conclusion générale qui débute. Elle pourra ainsi faire office de transition vers la suite du programme de recherches dans lequel s'inscrit cette thèse. Un futur ouvrage tiré de ces recherches portera en effet sur les causes et les conséquences du pluralisme juridique, ce qui amènera à interroger en même temps les causes et les conséquences de la « crise de l'État » — laquelle n'irait pas sans quelque « crise du droit » ou, du moins, sans quelque « crise du droit moderne » et quelque « crise du droit théorique » —.*

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 ! »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>, les bouleversements technologiques, économiques, sociaux et culturels qui ont suivi ont eux-aussi chamboulé la face du monde. Le XXI<sup>e</sup> s. ressemble peut-être moins au XX<sup>e</sup> s. que le XX<sup>e</sup> s. a ressemblé au XIX<sup>e</sup> s. Et l'internet ne serait pas étranger à cette révolution du monde qui, par exemple, tend à faire des données

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 11).

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.*<sup>1</sup>

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 »<sup>2</sup>. L'internet a été et est bien plus qu'une mode, même si on en vient désormais à l'imaginer en train de disparaître<sup>3</sup> et à envisager la figure d'un « post-Internet » aux « conséquences économiques et politiques imprévisibles »<sup>4</sup>. 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 secteur de la communication<sup>5</sup>. De beaucoup de points de vue, il a existé une ère anté-internetique et il existe une ère internetique<sup>6</sup>. Mais cela vaut-il plus particulièrement du point de vue juridique ?

**II.** Révolutionnaire en soi, véritable « média-choc »<sup>7</sup>, l'internet exerce fatalement son influence dans le domaine juridique et le droit de la communication par internet lui-aussi ne saurait être une simple « mode »<sup>8</sup>. 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. Sur ce point, 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. Les sources européennes revêtent

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 15.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Notamment, B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014. L'auteur estime qu'il ne faudrait plus parler de « l'internet » mais « des internets » en raison du partitionnement dont le réseau mondial serait l'objet. En outre, il juge que « le conflit entre États et géants économiques du web va aboutir à l'explosion de l'internet » (*ibid.*).

<sup>4</sup> B. BENHAMOU, « Internet des objets : défis technologiques, économiques et politiques », *Esprit* 2009, p. 5.

<sup>5</sup> 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, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 5).

<sup>6</sup> 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*, FYP, coll. Société de la connaissance, 2012 ; J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La nouvelle culture du capitalisme*, La découverte, 2005.

<sup>7</sup> Réf. à A. MINC, *Le média-choc*, Grasset, 1993.

<sup>8</sup> Il existe des modes en droit : S. SUR, « Les phénomènes de mode en droit international », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Pedone, 2001, p. 49 s.

une importance certaine, mais cette importance imprégnait déjà depuis longtemps diverses autres branches du droit. 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 cyberspace. La loi et la jurisprudence pourraient difficilement être pertinentes et efficaces dès lors qu'il s'agit de saisir les technologies et les activités internetiques ; or les principales sources étatiques du droit de la communication par internet sont le Parlement et les tribunaux. Partant, 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. N'hésite-t-on pas à convenir, parmi les pouvoirs publics, que, « face à la révolution numérique, le discernement doit se substituer à la déploration et à l'exaltation »<sup>1</sup> ou que, « pour résoudre les difficultés, il est temps d'engager un double effort *de lucidité et d'inventivité* »<sup>2</sup> ?

Seulement pareil travail de recherche et de réflexion ne pouvait-il constituer l'objet de cette thèse<sup>3</sup> et, au-delà de l'« introduction » contenue en cette conclusion, il donnera lieu à des textes publiés à part. Le présent ouvrage devait, lui, *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 paroxystique de « nouveau droit »*, certainement pas représentatif de la réalité générale du droit actuelle mais symptomatique de ce à quoi pourrait peut-être ressembler le paysage juridique à moyen terme. Et les questionnements juridiques et politiques suscités par les nouvelles technologies de la communication ne sont-ils pas nombreux ?

**III.** Les problématiques liées à l'internet et à ses usages comptant pour beaucoup parmi les plus décisives qui se laissent percevoir 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 qui se laissent percevoir à l'heure actuelle. Par exemple, on compare l'avantage stratégique donné par la science de l'« *information warfare* » à celui qui est assuré aux détenteurs de l'arme atomique<sup>4</sup>. La maîtrise des technologies est depuis toujours un domaine dans lequel se joue la puissance économique, militaire et politique d'un pays ; et le

---

<sup>1</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, p. 17.

<sup>2</sup> J.-M. SAUVÉ, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 6 (non souligné dans le texte original).

<sup>3</sup> La légistique pourrait être considérée telle une branche de la recherche juridique, mais elle ne saurait faire partie de la recherche *en droit stricto sensu* (cf. B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, 2016, coll. Logiques juridiques, p. 213 s.).

<sup>4</sup> B. BENHAMOU, *Souveraineté et réseaux numériques*, Armand Colin, 2006.

contrôle des technologies de l'information, la « suprématie informationnelle »<sup>1</sup>, est aujourd'hui une figure universelle de la puissance et l'internet en est le lieu et le levier. Il serait ainsi 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<sup>2</sup>.

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. Ce serait même, à l'heure de l'« homme numérique »<sup>3</sup>, le sort de l'humanité qui dépendrait des orientations prises par l'internet et, surtout, par les utilisations qui en sont faites<sup>4</sup>. Peut-être le « rêve cybernétique de mise en pilotage automatique des affaires humaines »<sup>5</sup> n'a-t-il jamais été aussi près de devenir réalité ; et un commentateur va jusqu'à estimer que, en 2030 au plus tard, aura été opérée la « fusion des hommes et des machines »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>. Ce n'est pas autre chose que l'« internet des objets » qui est ici en cause, lequel tend à faire disparaître la 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<sup>8</sup>. Peut-être les « prolongements technologiques de l'homme »<sup>9</sup> risquent-ils de laisser prochainement la place à quelques « prolongements humains des technologies ».

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> On écrit ainsi que, « sur internet, certains États sont plus souverains que d'autres » (É. TARDIEU GUIGUES, « Internet et territoire », *RLDI* 2012, n° 99, p. 66).

<sup>3</sup> Réf. à N. NEGROPONTE, *L'Homme numérique*, Press Pocket, 1997.

<sup>4</sup> R. TREGOUËT, « Société de l'information et devenir de l'homme », in D. BAHU-LAYSER, P. FAURE, dir., *Éthique et société de l'information*, La documentation française, coll. Territoires de l'information, 2000, p. 145 s.

<sup>5</sup> A. SUPLOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012.

<sup>6</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014.

<sup>7</sup> Notamment, J.-F. FOGEL, B. PATINO, *La condition numérique*, Grasset, 2013 ; É. SADIN, *L'humanité augmentée – L'administration numérique du monde*, L'Échappée, 2013.

<sup>8</sup> M. MCLUHAN, *Understanding Media – The Extensions of Man*, McGraw Hill (New York), 1964 (cité par J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 551).

<sup>9</sup> Réf. à M. MCLUHAN, *Pour comprendre les médias – Les prolongements technologiques de l'homme* (1964), Le Seuil, coll. Points essais, 1977.



Le Conseil d'État observe qu' « une éthique de l'interaction entre les êtres humains et les machines intelligentes [...] reste largement à bâtir »<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, ressemblent peut-être aux lois du XVIII<sup>e</sup> 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 »<sup>3</sup>. De telles lois ne sauraient utilement répondre aux enjeux propres aux activités internetiques. 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 se trouverait remis en cause par l'internet. *Toutes les caractéristiques de la technologie internetique entrent en contradiction plus ou moins frontale avec leurs homologues étatiques*. Là où l'État n'évolue qu'à la marge, son environnement connaît des ruptures brutales et change de plus en plus rapidement. En somme, l'organisation étatique n'aurait jamais été compatible avec la « grande leçon du temps »<sup>4</sup> et, aujourd'hui, cela serait proche de devenir intenable.

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'entretenant 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 est celle de *la remise en cause de la souveraineté et de la puissance étatiques par le pluralisme juridique*. Blackstone reconnaissait au Parlement britannique un pouvoir « transcendant et absolu »<sup>5</sup>. 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

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2014, p. 53.

<sup>2</sup> Cf. B. BARRAUD, « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s. ; B. BARRAUD, « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.

<sup>3</sup> VOLTAIRE, V° « Loi », in *Dictionnaire philosophique portatif*, 1764 (cité par J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 50).

<sup>4</sup> Hauriou écrivait que « le temps est un fleuve qui coule et ne peut remonter vers sa source. Sa direction est vers le nouveau, créer toujours du nouveau est le propre du temps et aussi le propre de la vie » (M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 15).

<sup>5</sup> Cité par Ph. LAUVAUX, C. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 735.

rivaliser avec la « puissance publique »<sup>1</sup>, à l'heure où, parmi les 100 entités les plus riches de la planète, il se trouve presque autant d'entreprises multinationales que d'États<sup>2</sup>.

La souveraineté, véritable dogme<sup>3</sup>, est au cœur du droit de l'État, bien que son sens, son contenu et sa portée soient aujourd'hui encore débattus<sup>4</sup>. Il n'est pas lieu, en ces lignes, de revenir sur la conception de la souveraineté et sur la distinction entre souveraineté et puissance étatiques esquissées par ailleurs<sup>5</sup>, celles-ci étant largement stipulatives — et même s'il pourrait éventuellement s'avérer porteur de considérer que *le développement des sources publiques externes tendrait à diminuer la souveraineté juridique quand le développement des sources privées tendrait à diminuer la puissance factuelle* —. Simplement faut-il ici se contenter de voir dans la souveraineté une « puissance absolue »<sup>6</sup>, puissance qui peut alors se comprendre telle une prérogative juridique en même temps que telle une caractéristique factuelle et qui, surtout, s'exprime dans la production des normes juridiques, donc dans les sources du droit. L'important est que la souveraineté soit souvent définie telle la « monopolisation du droit positif par l'État »<sup>7</sup>. « Grâce à la souveraineté, retient-on, [...] l'État crée du droit par ses lois et règlements [...] [et] il *contrôle sa création* par d'autres acteurs juridiques »<sup>8</sup>. 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 »<sup>9</sup>. L'État se spécifierait donc par la monopolisation 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

<sup>1</sup> Réf. à J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 363 s.

<sup>2</sup> F. DEDIEU, « Des entreprises multinationales plus riches que des pays », [en ligne] <geopolintel.fr>, 13 avril 2012.

<sup>3</sup> F. FARDELLA, « Le dogme de la souveraineté de l'État – Un bilan », *Arch. phil. droit* 1997, p. 115.

<sup>4</sup> En particulier, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994. Également, H. DUMONT, « La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif », in 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. 452 s. ; Th. BERNS, « Souveraineté, droit et gouvernementalité », *Arch. phil. droit* 2002, p. 351 s. ; F. FARDELLA, « Le dogme de la souveraineté de l'État – Un bilan », *Arch. phil. droit* 1997, p. 115 s. ; A. TRUYOL Y SERRA, « Souveraineté », *Arch. phil. droit* 1990, p. 313 s.

<sup>5</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 162 s. (sur la puissance de l'État) et p. 231 s. (sur la souveraineté de l'État). En substance, est considéré que la souveraineté étatique serait au droit ce que la puissance étatique serait au fait, étant entendu qu'il conviendrait de rapprocher le sens politique de la souveraineté de la souveraineté comprise comme prérogative juridique (pour une analyse contraire, cf., par exemple, 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.).

<sup>6</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 51).

<sup>7</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 197.

<sup>8</sup> *Ibid.* (non souligné dans le texte original).

<sup>9</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 31). Bodin ajoutait ailleurs que « le point principal de la majesté souveraine et absolue gît principalement à donner loi aux sujets en général sans leur consentement. [...] Il faut que le prince souverain ait les lois en sa puissance pour les changer et corriger selon l'occurrence des cas [...] tout ainsi que le maître pilote doit avoir en sa main le gouvernail pour le tourner à sa discrétion » (*ibid.*, L. I, chap. 8 (cité par S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus-philosophie, 1999, p. 31)).

droit », ce qui amène à considérer que « souveraineté », dans le langage commun, et « *Grundnorm* » ou « norme fondamentale », dans le langage kelsénien, désigneraient la même chose<sup>1</sup>.

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, quel que soit leur nombre, 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, 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<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>. Or la capacité de l'État à protéger ses « sujets » lorsqu'ils s'aventurent dans le cyberspace 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. Selon 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 »<sup>4</sup>. La souveraineté se présenterait donc tel le premier critère de l'État<sup>5</sup>. L'étaticité dépendant de la souveraineté, c'est l'existence même de l'État qui serait interrogée — à l'aune du droit de la communication par internet, non de manière absolue —. 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*.

Les sources étatiques sont concurrencées par des sources non étatiques, si bien que la souveraineté de l'État serait douteuse 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 avis sur le Sahara occidental de 1975, la Cour internationale de La Haye a précisé que, pour reconnaître la souveraineté à une

<sup>1</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 288.

<sup>2</sup> Pour Hegel, la souveraineté de l'État serait la condition de l'effectivité du droit (J.-F. KERVÉGAN, « Hegel, l'État, le droit », *Droits* 1993, n° 16, p. 32).

<sup>3</sup> Th. HOBES, *Léviathan*, 1651, chap. 21 (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. 225).

<sup>4</sup> *Ibid.*, L. III, chap. 7 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 52).

<sup>5</sup> Cela est confirmé par la définition inaugurale des *Six livres de la République* : la République est un « droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » (*ibid.*, L. I, chap. 1 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 52)).

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<sup>1</sup>. 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 cyberspace, cette juridiction, cette administration, cette législation et cette force ne restent-elles pas, au moins en partie, à inventer ?

Toutefois, si, pour Joseph de Maistre, « le crime le plus horrible que l'homme puisse commettre est l'attentat à la souveraineté »<sup>2</sup>, pareille pensée n'est peut-être plus d'actualité. La souveraineté semble « démodée »<sup>3</sup> et il faudrait s'autoriser à interroger sa pérennité puisqu'elle est le produit contingent de l'histoire et de la volonté humaine<sup>4</sup> et puisqu'on annonce depuis quelques temps que sonnerait l'heure de son « crépuscule »<sup>5</sup>. Seulement, un État sans souveraineté, est-ce bien raisonnable ? En même temps, une souveraineté immatérielle des États, est-ce envisageable ?

Loin du cyberspace — et depuis longtemps<sup>6</sup> —, on s'inquiète de l'effritement et de la « crise » de la souveraineté<sup>7</sup>, on juge que la souveraineté des États serait « soumise à rude épreuve »<sup>8</sup>, passant « de l'absolu au relatif »<sup>9</sup>, spécialement en raison de la mondialisation<sup>10</sup>. On va même jusqu'à proposer que la souveraineté serait « condamnée à disparaître »<sup>11</sup> et à décrire un « monde sans souveraineté »<sup>12</sup>, car dire de l'État qu'il est souverain serait comme qualifier de « rond » ce qui est carré<sup>13</sup>. Dans le cyberspace, où « la puissance de Facebook et de Google est beaucoup plus importante que celle de tout État »<sup>14</sup>, ces constats se trouvent plus souvent

<sup>1</sup> Cour internationale de Justice, avis, 15 oct. 1975, *Sahara occidental*.

<sup>2</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Londres, 1796 (cité par 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).

<sup>3</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité – t. I : La volonté de savoir*, Gallimard, 1976 (cité par N. ISRAËL, « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », [en ligne] <cahiers-ed.org>, 2004).

<sup>4</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 491.

<sup>5</sup> E. WRISTON, *The Twilight of Sovereignty*, 1992 (cité par J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, th., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2001).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> F. FARDELLA, « Le dogme de la souveraineté de l'État – Un bilan », *Arch. phil. droit* 1997, p. 115 s. ; B. CUBERTAFOND, « Souveraineté en crise ? », *RDP* 1989, p. 1273 s.

<sup>8</sup> R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, p. 118.

<sup>9</sup> H. DUMONT, « La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif », *Cahiers du Centre de Recherches en Histoire du Droit et des Institutions des Facultés Universitaires Saint-Louis* 1997, n° 7.

<sup>10</sup> 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<sup>e</sup> s. », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000 ; E. COHEN, *La tentation hexagonale – La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Fayard, 1996 ; G. TEUBNER, dir., *Global Law without a State*, Aldershot (Dartmouth), 1997.

<sup>11</sup> A. HAQUET, « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs* 2000, n° 94, p. 141.

<sup>12</sup> B. BADIE, *Un monde sans souveraineté – Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, coll. L'espace du politique, 1999.

<sup>13</sup> A. HAQUET, « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs* 2000, n° 94, p. 152.

<sup>14</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

confirmés qu'infirmés et on en vient à avancer que le combat des États pour leur souveraineté serait « dépassé »<sup>1</sup>. En matière de télécommunications, la souveraineté est la faculté de l'État d'organiser et de régler ces communications et moyens de communication sur son territoire et dans le cadre des conventions internationales. À l'ère de l'internet, cette souveraineté fait face à de nombreuses pierres d'achoppement et ne trouve de traduction concrète que très imparfaite.

Ensuite, on propose de « redéfinir la souveraineté »<sup>2</sup> car sa définition classique, qui en fait un pouvoir exclusif, ne serait « plus tenable »<sup>3</sup>. Un professeur spécialiste du « droit du cyberspace » décrit ainsi une « souveraineté plurielle et composite »<sup>4</sup> induite par la « coexistence de plusieurs systèmes normatifs appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace »<sup>5</sup>. Pareille vision de la souveraineté — autant que celles d'une souveraineté « divisée »<sup>6</sup>, « coopérative »<sup>7</sup>, « partagée »<sup>8</sup>, « mutualisée »<sup>9</sup>, « dégroupée »<sup>10</sup> ou « passant de la puissance au service et du service à l'entremise »<sup>11</sup> — est, semble-t-il, antithétique à la notion habituelle de souveraineté et peut-être mieux vaut-il ne pas recourir au terme « souveraineté » afin de décrire de tels mouvements, celui-ci étant « peu opérant »<sup>12</sup>. En tout cas cela est-il significatif des difficultés rencontrées par ladite souveraineté dans l'espace

<sup>1</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

<sup>2</sup> T. JACOBSEN et alii, *Re-envisioning Sovereignty*, Ashgate (Farnham), 2008 ; W. SHAN et alii, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing (Oxford), 2008.

<sup>3</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 146.

<sup>4</sup> K. BENYEKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 1.

<sup>5</sup> *Ibid.* Selon l'auteur, « on assiste à un déplacement, voire à une redéfinition de la souveraineté. [...] Nous sommes passés d'une souveraineté mystique, voire christique, celle de l'Église, vers une souveraineté laïque, celle de l'État, pour aboutir, aujourd'hui, à une souveraineté plurielle et composite » (*ibid.*).

<sup>6</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 145.

<sup>7</sup> F. X. PEREZ, *Cooperative Sovereignty – From Independence to Interdependence in the Structure of International Law*, Kluwer Law International (Dordrecht), 2000 ; U. BECK, *What is Globalization?*, Polity Press (Cambridge), 2000, p. 132 (cités par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 146). On explique que « la souveraineté contemporaine doit être définie comme coopérative [en ce qu'] elle cesse de n'être qu'un principe négatif relatif à l'indépendance de l'État et à sa liberté d'action, pour devenir aussi un principe positif traduisant l'appartenance de l'État à la communauté internationale, et son devoir d'apporter une contribution active à son développement » (J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 146).

<sup>8</sup> F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne – L'exemple français – Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2002 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 145).

<sup>9</sup> J.-F. BAYART, *Le gouvernement du monde – Une critique politique de la globalisation*, Grasset, 2004, p. 53 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 145).

<sup>10</sup> L. BOSNIAK, « Multiple Nationality and the Postnational Transformation of Citizenship », *Virginia Journal of International Law* 2002, p. 979 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 145).

<sup>11</sup> 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. 145.

<sup>12</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Éditions des journaux officiels, coll. Les études du Conseil économique, social et environnemental, 2014, p. 15. Et d'autres auteurs réinventent assez radicalement le sens de la souveraineté, par exemple en la présentant telle « une ressource relationnelle de négociation dans un monde caractérisé par des réseaux transnationaux complexes » (R. KEHOANE, « World Politics: Sovereignty in International Society », in H. H. KOLM, G. SORENSEN, dir., *Whose World Orders?*, Westview Press (Boulder), p. 165 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 146)).

internetique, où sa logique s'avère peu opératoire. Et bien d'autres observateurs de percevoir également dans la « nouvelle culture numérique » la cause de la « disparition de la souveraineté des États »<sup>1</sup>, de s'intéresser à la « souveraineté de l'internet et de l'information »<sup>2</sup> plus qu'à celle de l'État ou, à l'inverse, de convenir qu'« internet est exactement contradictoire avec l'idée de souveraineté »<sup>3</sup>. Cela ne s'explique-t-il pas, en premier lieu, par la remise en cause des idées de peuple et de nation ainsi que, plus encore, de leurs réalités que provoquerait la globalisation internetique ?

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 ses propres lois. *Dans le cyberspace, 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 »<sup>4</sup> ; c'est bien lui qui, volontairement, se soumet à « ce qui n'est de fait que le reflet abstrait de lui-même »<sup>5</sup>. 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. Si l'État-nation laisse la place à l'« État dénationalisé »<sup>6</sup>, 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.

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

<sup>1</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014.

<sup>2</sup> K. BENYKHLEF, « L'internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica* 2002, n° 8, p. 1. Au sens de l'auteur, la souveraineté se matérialiserait désormais davantage dans le monde de l'information que dans l'espace physique. Il explique : « La valeur de l'information dans le processus général de décision est fondamentale pour un État ; la souveraineté informationnelle est l'expression de ce caractère fondamental. [...] Toute action qui tend à préserver le contrôle de l'État sur son information relève de la souveraineté informationnelle. [...] [Mais] ce contrôle apparaît aujourd'hui illusoire au regard du réseau des réseaux alors qu'il pouvait être envisagé lorsque les principaux acteurs des environnements électroniques se limitaient encore aux grandes corporations multinationales. Tel n'est plus le cas. Le concept de souveraineté informationnelle nous paraît suranné, voire obsolète, à la lumière des nouveaux environnements électroniques. La réalité, encore une fois, est venue corriger les constructions théoriques sur lesquelles on fondait la souveraineté informationnelle. Celle-ci n'est plus en mesure de s'exercer concrètement. La fluidité, l'intangibilité et la délocalisation de l'information, les techniques de cryptage et d'anonymisation et, surtout, le nombre toujours croissant d'utilisateurs des inforoutes s'opposent, au plan pratique, à toute tentative de mise en tutelle normative de l'Internet » (*ibid.*).

<sup>3</sup> B. BEAUDE, *Les fins d'Internet*, Fyp éditions, coll. Stimulo, 2014.

<sup>4</sup> Const. 4 oct. 1958, préambule.

<sup>5</sup> S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement – Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, th., Université Paris X-Nanterre, 2000, p. 436.

<sup>6</sup> S. SASSEN, *La globalisation – Une sociologie* (2007), Gallimard, 2009, p. 39.

à disparaître »<sup>1</sup>. En tout cas ledit concept connaît-il des heures difficiles, parce que la « puissance privée » ne semble plus comme avant soumise à la puissance publique et parce que, 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 »* —.

Dès lors que, dans les faits, s'opère une « révolution des pouvoirs »<sup>2</sup>, 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 politistes et des juristes publicistes, là où, jusqu'à présent et depuis longtemps, elle était au tout premier plan<sup>3</sup>. Plus concrètement, l'architecture du droit étatique devrait peut-être, dans ce contexte, connaître quelques évolutions, si ce n'est quelques révolutions. 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 »<sup>4</sup>, étant entendu que « la postmodernité est indissociable de l'avènement d'une économie post-industrielle reposant sur les *technologies de l'information* »<sup>5</sup>. 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'« État effondré » qui, au XXI<sup>e</sup> s., serait appelé à prendre la succession de l'« État effronté » du XX<sup>e</sup> s. ? Il semble que ce soit sur une telle interrogation que débouche, *in fine*, l'étude du pluralisme juridique et, plus précisément, du déploiement de l'empire des sources privées du droit.

**VI. *Malgré son apparente évidence, l'État est contingent.*** Il 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 politiques. « La forme de l'État souverain, enseigne-t-on, n'est, dans l'histoire, *qu'un moment de l'organisation politique* »<sup>6</sup>. Se pose alors la question du jour ou de l'époque où ce moment prendra fin. Et, si « l'État n'appartient qu'aux Temps modernes », comme l'écrivait Marx<sup>7</sup>, se pose alors la question du jour ou de l'époque où les « Temps modernes » seront remplacés par les « Temps postmodernes ». « Limité dans son domaine de validité temporelle » selon les mots de Kelsen<sup>8</sup>,

<sup>1</sup> A. HAQUET, « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs* 2000, n° 94, p. 141.

<sup>2</sup> Réf. à M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation*, Gallimard, coll. NRF, 1995.

<sup>3</sup> Cf., notamment, B. CUBERTAFOND, « Souveraineté en crise ? », *RDP* 1989, p. 1273 s.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 18 (non souligné dans le texte original).

<sup>5</sup> *Ibid.* (non souligné dans le texte original).

<sup>6</sup> É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1438 (non souligné dans le texte original).

<sup>7</sup> 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, « L'ombre du Léviathan », *Cités* 2004, n° 18, p. 4).

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 383.

l'État pourrait avoir une « longue durée »<sup>1</sup> mais il ne saurait être éternel et, quoi qu'il en soit, sa forme actuelle-moderne ne saurait perdurer toujours<sup>2</sup>. Aujourd'hui, il paraît « plus qu'auparavant confronté à un certain nombre de phénomènes — *on se contentera ici de viser internet* — »<sup>3</sup> 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. 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<sup>4</sup>.

Dans *L'Homme révolté*, Albert Camus souligne que « toutes les révolutions modernes ont abouti à un renforcement de l'État »<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>. L'internet semble symptomatique de cette réalité et de cet avenir qui « échappent de plus en plus à toute autodétermination nationale et étatique »<sup>7</sup>. Dans le cyberspace, on entend plus attentivement que nulle part ailleurs la proposition de Carbonnier : « Si l'État vous inquiète, que ne le jetez-vous par-dessus bord ? »<sup>8</sup>. Et, si Pierre Bourdieu envisageait, à l'aune de données objectives et empiriques, le retrait progressif mais inéluctable de l'État<sup>9</sup>, l'observation du droit de la communication par internet ne pourrait qu'amener à abonder dans le sens de l'illustre sociologue plutôt que dans le sens de qui entreverrait quelque consolidation continue des structures étatiques.

Hauriou imaginait que l'État moderne allait « durer plus d'un millénaire »<sup>10</sup>. Seulement le professeur toulousain ne pouvait-il fonder sa prophétie qu'à la vue du paysage socio-culturel et politique du début du XX<sup>e</sup> s. et peut-être aurait-il tenu un tout autre discours s'il avait pu prendre en considération les inventions de l'internet et du web ainsi que le déploiement de la mondialisation. De même, peut-être Ihering n'écrirait-il plus aujourd'hui, après les deux guerres mondiales et après que certaines formes d'autorégulation aient montré qu'on peut

<sup>1</sup> Réf. à A. BRUGUIÈRE, J. REVEL, *Histoire de la France – La longue durée de l'État*, Le Seuil, coll. Points Histoire, 2000.

<sup>2</sup> 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<sup>e</sup> siècle*, Pedone, 1994, p. 11 s.

<sup>3</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 644 (non souligné dans le texte original).

<sup>4</sup> P. BLOCHE, P. VERCHÈRE, « Les droits de l'individu dans la révolution numérique », rapport d'information n° 3560, Assemblée nationale, 2011, 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 »).

<sup>5</sup> A. CAMUS, *L'Homme révolté* (1951), Gallimard, coll. Folio essais, 1985.

<sup>6</sup> A. LECA, *Les métamorphoses du droit français – Histoire d'un système juridique des origines au XXI<sup>e</sup> siècle*, LexisNexis, 2011, p. 301.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 301-302.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 36.

<sup>9</sup> P. BOURDIEU, *Sur l'État – Cours au Collège de France – 1989-1992*, Le Seuil-Raisons d'agir, coll. Cours et travaux, 2012.

<sup>10</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. VIII.



éventuellement « vivre sans État »<sup>1</sup>, que « la forme la plus insupportable d'État est toujours meilleure que l'absence d'État »<sup>2</sup>. L'auteur germanique en viendrait peut-être 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 n'est-elle pas ce qui menace le plus sa pérennité ?

**VII.** Comme celles du droit<sup>3</sup>, *la force et la réalité de l'État reposent sur un phénomène de croyance et de confiance*<sup>4</sup>, *sur une fiction*<sup>5</sup>, *sur des piliers psychologiques*, donc sur des piliers relativement fragiles et instables car versatiles. L'institution étatique puise son énergie dans les mœurs<sup>6</sup>, à l'instar de la coutume qui ne prend corps que grâce à une « *opinio juris sive necessitatis* »<sup>7</sup>. L'État « n'a pas d'existence en dehors de la reconnaissance de ses sujets, qui, à elle seule, suffit à le constituer »<sup>8</sup>. C'est ce que Nietzsche a mis en exergue à la fin du XIX<sup>e</sup> s., lorsqu'il a annoncé la « mort de Dieu » et son remplacement, en tant qu'« idole » du peuple, par l'État<sup>9</sup>. Déjà Hobbes avait envisagé l'État-Léviathan sous la forme d'un « “homme artificiel” dont la souveraineté est l'âme elle-même artificielle »<sup>10</sup>, tandis que, dans l'Antiquité, la loi avait été décrite par Cicéron sous les traits de l'« esprit de Dieu »<sup>11</sup> et considérée par Ulpien telle la « reine des choses divines »<sup>12</sup>. Et le Professeur Michel Troper, avec les réalistes scandinaves selon lesquels l'État s'appuierait uniquement sur la croyance des gouvernés<sup>13</sup> et avec Maurice Hauriou qui faisait dépendre la « valeur juridique » de l'« adhésion des esprits »<sup>14</sup>, de relever que, « de même qu'on conçoit un Dieu transcendant au monde, on conçoit

<sup>1</sup> Réf. à J.-W. LAPIERRE, *Vivre sans État ?*, Le Seuil, 1977.

<sup>2</sup> R. VON IHERING, *Der Zweck in Recht*, 3<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1928, p. 47).

<sup>3</sup> 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 »).

<sup>4</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 360.

<sup>5</sup> R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 93.

<sup>6</sup> E. ROUX, « D'où les institutions tirent-elles leur énergie ? », *Le bien commun*, France culture, 6 févr. 2014.

<sup>7</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 364.

<sup>8</sup> C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum* 2008, n° 1, p. 5.

<sup>9</sup> F. NIETZSCHE, « La nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra*, Verlag von Ernst Schmeitzner (Chemnitz), 1883.

<sup>10</sup> Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651 (cité par P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. Philosophe, 1989, p. 32).

<sup>11</sup> CICÉRON, *Traité des lois*, 52 av. J.-C., L. I, chap. 6 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 74).

<sup>12</sup> ULPEN, in *Digeste*, 529, I, 3, 2 (cité par O. THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle », 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. 57).

<sup>13</sup> É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1298.

<sup>14</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XIX.

un État transcendant au droit »<sup>1</sup>. Aussi a-t-on pu parler de « mythe de l'État »<sup>2</sup>. En somme, comme Dieu et la religion, *l'État et le droit disparaîtraient si l'on n'y croyait plus*.

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. L'idée d'un « État immortel trouvant ses origines dans celles de corps mystiques qui ont un commencement mais pas de fin »<sup>3</sup> n'engage que ceux qui s'adonnent au culte de l'État, peu nombreux, semble-t-il, dans le cyberspace — que soit rappelé combien *beaucoup d'individus respectent les instances étatiques et leur droit dans le monde physique mais non lorsqu'ils s'adonnent à des activités immatérielles* —. « Artificiel, irréel et imaginaire » selon Duguit<sup>4</sup>, l'État ne saurait être une forme institutionnelle intemporelle et universelle. « Pour aussi immémoriale qu'en soit l'habitude, l'État n'est pas inscrit dans la nature des choses », avertissait Nietzsche<sup>5</sup>, avant de prédire qu'« une génération future verra l'État perdre toute importance »<sup>6</sup>.

Reste que l'internet et le web concourraient à la « banalisation » de l'État<sup>7</sup>, 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 sources privées de normes et par une situation de pluralisme juridique qui ne pourrait guère aller de pair avec une grande puissance étatique. Toutefois, est-il 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 ?

**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 ». « Le temps des États-Nations et des droits nationaux est révolu », gage-t-on désormais sans

<sup>1</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 149. Et le professeur de noter que l'existence de l'État relève de la croyance et non de la logique, avant d'ajouter que « l'État apparaît non pas comme une union d'hommes psychophysiques mais seulement comme un objet de pensée » (*ibid.*).

<sup>2</sup> E. CASSIRER, *Le mythe de l'État*, Gallimard, 1946.

<sup>3</sup> A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012.

<sup>4</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1928, p. 138.

<sup>5</sup> F. NIETZSCHE, *Le gai savoir* (1882), Gallimard, 1981, p. 333.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 65.

ambages<sup>1</sup>. Aussi le regard porté sur le droit de la communication par internet, *droit en avance sur son temps*, pourrait-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 politique »<sup>2</sup> et, ultimement, la « fin de l'État »<sup>3</sup>, celui-ci n'étant plus perçu tel le « moins mauvais des systèmes »<sup>4</sup>, tel le « schéma idéal d'exercice du pouvoir »<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. 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 Carré de Malberg, combien « l'État n'est pas une fin mais un moyen »<sup>7</sup>.

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 »<sup>8</sup>. 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. Partant, s'il lui est encore possible de suivre la voie de la « renaissance » plutôt que celle de l'« érosion »<sup>9</sup>, il 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 caractères de l'internet<sup>10</sup>. 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 Carré de Malberg au début du XX<sup>e</sup> s.<sup>11</sup>. Et l'« État postmoderne » produirait un « droit postmoderne »<sup>1</sup>, c'est-à-dire

<sup>1</sup> A. LECA, *Les métamorphoses du droit français – Histoire d'un système juridique des origines au XXI<sup>e</sup> siècle*, LexisNexis, 2011, p. 302.

<sup>2</sup> Réf. à J. HABERMAS, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

<sup>3</sup> Réf. à P. BIRNBAUM, « La fin de l'État », *RF sc. pol.* 1985.

<sup>4</sup> J.-P. COLIN, « Variations sur la souveraineté », *Annuaire Français de Relations Internationales* 2009, n° 10, p. 12.

<sup>5</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 644.

<sup>6</sup> 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 », *Cités* 2004, n° 18, p. 85). Également, J.-P. CHEVÈNEMENT, *La France est-elle finie ?*, Fayard, 2011.

<sup>7</sup> 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. 25.

<sup>8</sup> H. LEFEBVRE, *De l'État – t. I : L'État dans le monde moderne*, 10/18, 1976, p. 24.

<sup>9</sup> Réf. à O. PAYE, dir., *Que reste-t-il de l'État ? Érosion ou renaissance*, Bruylant (Bruxelles), 2004.

<sup>10</sup> Par exemple, on note que « les principes directeurs du jeu concurrentiel tels qu'ils sont posés en droit sont l'ouverture, l'égalité, l'absence de centre et de position acquise, ainsi que la neutralité de l'intervention règlementaire. Or ces caractères sont aussi ceux de l'Internet. En effet, l'Internet a émergé d'un cadre juridique fait d'ouverture, d'égalité, d'interconnexion, de partage, d'adaptation et de décentralisation. Ces caractères nous conduisent à repenser les principes directeurs qui doivent être associés à l'ensemble du droit » (J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, th., Université d'Aix-Marseille, 2012, p. 553).

<sup>11</sup> 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. VI. L'illustre professeur strasbourgeois s'interrogeait en ces termes : « Le rapport entre l'État et ses membres individuels continuera-t-il à

un droit « mou, négocié, pluraliste et réflexif »<sup>2</sup>, « polycentrique, complexe, fragmenté et incertain »<sup>3</sup>. Mais un véritable État « postmoderne », un véritable État « internetique » ne serait-il pas un État *spatialement mondial et temporellement instantané*, donc un État impossible ?

En tout cas l'État d'aujourd'hui ne saurait-il être celui d'hier<sup>4</sup>. Selon Hauriou, il incomberait à l'État de « s'appuyer sur le passé et s'élancer vers l'avenir »<sup>5</sup>. À l'heure de l'internet, il lui appartiendrait surtout de savoir « s'élancer vers l'avenir ». Si des concepteurs de l'« État postmoderne » en font le résultat d'une « pensée de la déconstruction de l'État »<sup>6</sup>, n'est-il pas possible de penser la reconstruction de l'État en pensant l'« État postmoderne » ?

**IX.** On souligne que l'État n'aurait jamais été aussi contesté et menacé qu'actuellement et qu'il continuerait d'exister seulement parce qu'aucun modèle alternatif efficace ne serait proposé<sup>7</sup>. Rien n'assure que cette situation pourrait se prolonger durant des décennies et peut-être la « crise de l'État » évoquée en cette conclusion doit-elle être prise au sérieux. Si l'État est vraiment la moins mauvaise des organisations socio-politiques tout en étant attaqué de partout, tout en étant malmené comme jamais il ne l'a été depuis le début des « temps modernes », des heures difficiles à vivre pour l'Homme seraient à attendre — d'aucuns diront qu'elles sont déjà en train d'être vécues —. *Derrière la problématique relativement confidentielle des sources du droit de la communication par internet, ce seraient donc des questionnements fondamentaux à l'échelle de l'humanité qui se laisseraient percevoir.*

Sur ce point, il est remarquable que le Professeur Olivier Beaud expliquait, en 1994, à propos de son ouvrage *La puissance de l'État*, que

---

s'analyser en un rapport de commandement et de soumission ? ou, au contraire, le droit 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, parce que les procédés de collaboration sont devenus une nécessité pour l'État vis-à-vis de la généralité de son peuple, tandis que les procédés de commandement et de puissance ne trouvent plus à s'appliquer qu'à l'égard de l'individu, et encore dans le cas seulement de résistance opposée par celui-ci à la volonté générale » (*ibid.*, p. XIII-XIV).

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, 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.*).

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 681.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Réf. à R. MASPÉTIOL, « L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? », *Arch. phil. droit* 1976, p. 3 s.

<sup>5</sup> M. HAURIU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. XIII.

<sup>6</sup> L. ROUBAN, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 13.

<sup>7</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 644.

*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. [...] Cette question de la fin de l'État est aujourd'hui la plus impérieuse, mais elle ne relève pas de [La puissance de l'État] dont l'objet est plus modeste.<sup>1</sup>*

Par ailleurs, il est peut-être intéressant de rappeler la pensée de Rousseau selon laquelle

*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.<sup>2</sup>*

Et le philosophe de Genève de demander : « Si Sparte et Rome ont péri, quel État peut espérer durer toujours ? »<sup>3</sup>. Quoi qu'il en soit, peut-être faut-il 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 inerte et se reposant sur une structure et une organisation qui, étant ancestrales, risquent fort d'être aussi archaïques. « 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 »<sup>4</sup>.

L'institution étatique et le droit l'accompagnant 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

<sup>1</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 13.

<sup>2</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 11.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> 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. Et cet auteur d'ajouter que « les vieilles organisations hiérarchiques et contrôlées centralement, comme l'État, sont plutôt 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.*).

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<sup>1</sup>. C'est cette crise qui aurait favorisé l'avènement de l'État actuel<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, une quatrième métamorphose du droit et de l'État n'est-elle pas à attendre et, plus encore, à espérer<sup>4</sup> ? Et cette quatrième métamorphose du droit et de l'État ne sera-t-elle pas inéluctablement suivie d'une cinquième métamorphose du droit et de l'État, puis d'une sixième métamorphose du droit et de l'État etc. ?

**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 »<sup>5</sup>. 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 un utopiste :

<sup>1</sup> A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard, coll. Leçons inaugurales du Collège de France, 2013.

<sup>2</sup> M. CROZIER, *État modeste, État moderne – Stratégies pour un autre changement*, 3<sup>e</sup> éd., Fayard, 1997.

<sup>3</sup> Au moyen de son vocabulaire particulier, Gurvitch expliquait que « s'est établie, depuis le XVI<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> siècle, d'autres "faits normatifs" de caractère commun et 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*, Pedone, 1935, p. 148).

<sup>4</sup> Ces enjeux ne semblent ignorés de personne et, aujourd'hui, les dirigeants des écoles de formation des fonctionnaires-cadres présentent, très significativement, la situation à leurs étudiants en ces termes : « L'État est affecté par des changements profonds. [...] Transfiguré et contesté, il doit en permanence apporter la preuve de la légitimité de son action au service de l'intérêt général. Dans un contexte de crise, l'État doit donner sens et cohérence dans le monde global. [...] Les écoles de formation [...] de l'État se doivent de préparer leurs cadres débutants à faire face à un environnement complexifié. [...] [Elles] forment les futurs cadres aux missions redéfinies d'un État en perpétuelle adaptation dans un espace de plus en plus instable. Si ses moyens nécessitent d'être repensés, l'État [...] reste un chemin par où doit s'accomplir notre destin » (P.-H. VRAY (directeur de l'Institut régional d'administration de Lyon), « Le mot du directeur », [en ligne] <ira-lyon.gouv.fr>, 2013).

<sup>5</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 272.

*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 nulle part, pourrait bien devenir la réalité pourvu que se perfectionnent encore nos méthodes et notre instrumentation.<sup>1</sup>*

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, les sources du droit de la communication par internet enseignent qu'une règle universelle devant s'appliquer à la pensée et à la science juridiques serait :

*Le droit est mort, vive le droit.*

Au moment de clôturer cette thèse, il n'est donc que possible de s'approprier le sentiment qui, il y a un siècle, animait Max Weber lorsqu'il notait que ses études étaient « destinées à être bientôt dépassées, ce qui est finalement le sort de tous les travaux scientifiques »<sup>2</sup>.

Enfin, il convient peut-être, à la suite d'Émile Durkheim, d'admettre que « sans doute plus d'une proposition nous sera contestée »<sup>3</sup> et d'expliquer que « nous ne saurions ni nous étonner ni nous plaindre de ces contestations salutaires ; il est bien clair, en effet, que nos formules ont vocation à être réformées dans l'avenir, [...] à mesure que l'on acquerra une expérience plus étendue et plus approfondie »<sup>4</sup>. Et l'illustre sociologue d'ajouter peut-être pertinemment que, « en fait de méthode, on ne peut jamais faire que du provisoire ; car les méthodes changent à mesure que la science avance »<sup>5</sup>. Or, si le but poursuivi au long des recherches qui s'achèvent était de proposer une présentation et une compréhension des sources du droit inédites, il était aussi et peut-être surtout de *mettre à l'épreuve un mode d'approche des normes et de leurs origines novateur*. C'est pourquoi il faut terminer cette thèse en invitant à nouveau le lecteur à s'intéresser à l'ouvrage *Mesurer le pluralisme juridique – Une expérience*, lequel la cimentera en la faisant reposer sur une vaste base de données objectives et empiriques.

Ces pages ont posé des questions autant qu'apporté des réponses. Le chemin de la science et de la connaissance est sinueux et sans fin puisque le puits des interrogations se creuse un peu plus chaque fois qu'est obtenue une avancée épistémologique. Aussi l'intention de conclure pareil ouvrage était-elle peut-être vaine. On achève toujours trop tôt et à regret son œuvre, ce que Paul Cézanne réalisa sur son lit de mort, où il souffla, dit-on, ces derniers mots : « Dommage, je commençais à comprendre »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> P. OTLET, *Traité de documentation – Le livre sur le livre – Théorie et pratique*, Éditions Mundaneum (Bruxelles), 1934, p. 428. Cf. F. LEVIE, *L'homme qui voulait classer le monde – Paul Otlet et le Mundaneum*, Les Impressions nouvelles (Bruxelles), 2006.

<sup>2</sup> M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1920), Pocket, coll. Agora, 1967, p. 22-23.

<sup>3</sup> É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2<sup>e</sup> éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XI.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. XI-XII.

<sup>6</sup> Cité par Y. COPPENS, *Les grandes questions*, France 5, 7 nov. 2013.

# BIBLIOGRAPHIE

*Bibliographie sélective. La bibliographie complète de la thèse est disponible en ligne à l'adresse <univ-amu.academia.edu/BorisBarraud>, rubrique « Bibliographies »*

## I. Dictionnaires, encyclopédies et codes annotés

- ATELIN Ph., DORDOIGNE J., *Réseaux informatiques – Notions fondamentales*, 5<sup>e</sup> 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*, 5<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2010  
BATTU D., *Télécommunications – Principes, infrastructures et services*, 3<sup>e</sup> éd., Dunod, 2002  
BENSOUSSAN A., dir., *Internet, aspects juridiques*, 2<sup>e</sup> éd., Hermès, 1998  
BENYEKHFLEF K., TRUDEL P. et alii, *Droit du cyberspace*, 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*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007  
CASTETS-RENARD C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, 2<sup>e</sup> 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*, 2<sup>e</sup> 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*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2010
- DERIEUX E., GRANCHET A., *Le droit des médias*, 4<sup>e</sup> 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*, 5<sup>e</sup> 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 médias 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*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Delmas, 2008
- HUET J., MAISL H., *Droit de l'Informatique et des Télécommunications*, Litec, 1989
- LARRIEU J., *Droit de l'Internet*, 2<sup>e</sup> 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*, 7<sup>e</sup> éd., Eyrolles, 2011
- RABAGNY-LAGO 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*, 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-OBERNESSE A., dir., *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Publications du Pôle européen Jean-Monnet (Rennes), 2001
- BLOCHE P., VERCHÈRE P., rapporteurs, *Rapport d'information sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, Assemblée nationale, n° 3560, 2011
- BOISSON DE CHAZOURNES L., MEHDI R., dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, Bruylant (Bruxelles), 2005
- 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'ÉTAT, *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
- DEMIJNCK 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 Identity*, 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 cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 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
- KESSEDJIAN C., LOQUIN É., dir., *La mondialisation du droit*, Litec, coll. Les travaux du CREDIMI, 2000
- KIRBY M. et alii, *Les droits de l'homme dans le cyberspace*, UNESCO-Economica, coll. Droit du cyberspace, 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., KESSEDJIAN C., 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'Épilogue-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012
- SECRETARIAT 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
- TEYSSIE 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

- AART SCHOLTE J., *Globalization – A Critical Introduction*, MacMillan-St Martin Press (Londres-New York), 2000
- 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*, 2<sup>e</sup> 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*, 14<sup>e</sup> 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*, 3<sup>e</sup> éd., Armand Colin, coll. U histoire, 2009
- BARRAUD B., *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012
- 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*, 2<sup>e</sup> 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
- BENYEKHFLEF 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
- BRUNSWICK Y., DANZIN A., *Naissance d'une civilisation – Le choc de la mondialisation*, UNESCO, coll. Défis, 1998
- BUHLER P., *La puissance au XXI<sup>ème</sup> 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 machina*, 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*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2014
- 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*, 2<sup>e</sup> 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 réglementation 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*, 2<sup>e</sup> 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*, 4<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2005
- DE SOUSA SANTOS B., *Law and Globalization from Below*, Cambridge University Press, 2005
- DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, 2002
- 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 XXI<sup>e</sup> 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 cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 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*, 3<sup>e</sup> 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
- GRISSET P., *Les révolutions de la communication, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> 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
- HARRINGTON Ch. B., *Shadow Justice – The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press (Westport), 1985
- 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*, 2<sup>e</sup> 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 cyberspace*, 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*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004
- MATTELART A., *Histoire de la société de l'information*, 4<sup>e</sup> 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'Échappée, 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 without 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
- BENYEKHEF K., « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberspace », in GAUTRAIS V., dir., *Droit du commerce électronique*, Thémis (Montréal), 2002, p. 137 s.
- BENYEKHEF K., « Une introduction au droit global », in BENYEKHEF 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 21<sup>e</sup> 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 É., « 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<sup>e</sup> 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., PISANIFERRY 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'ordonnement 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., « Cyberspace 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 Cyberspace », 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 WAHEYENBERGE 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., KESSEDJIAN C., 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 régulateurs 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 BENYEKHEF 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 cyberspace », in *les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 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 cyberspace : perspective et principes d'une coopération internationale dans ce domaine », in FUENTES-CAMACHO T., dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Economica, coll. Droit du cyberspace, 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 cyberspace*, UNESCO-Economica, coll. Droit du cyberspace, 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 cyberspace ? », 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'Épilogue, 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 KESSEDIAN C., 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<sup>e</sup> 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 cyberspace », 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.
- PREUß 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 MARS DEN 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.
- REY 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 BENYEKHEF 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-PARISSET 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<sup>e</sup> 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.
- BARRAUD B., « La régulation des jeux d'argent en ligne : entre intérêt général et intérêts financiers », *RLDI* 2014, n° 103, p. 91 s.
- BARRAUD B., « Le droit de l'internet abandonné aux juges ? Illustration par la construction du régime de responsabilité des sites de partage de vidéos », *RLDI* 2014, n° 110, p. 48 s.
- BARRAUD B., « L'État territorial face au cyberspace mondial – L'informatique en nuage... de Tchernobyl », *RLDI* 2016, n° 122, p. 41 s.
- BARRAUD B., « Internet et temps du droit », *RLDI* 2016, n° 123, p. 37 s.
- BARRAUD B., « La crise de la sanction – Réflexions autour de la difficile répression des activités illicites en ligne », *RLDI* 2016, n° 128, p. 45 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 réglementaire 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.
- CAFFAGGI 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., « Malédiction numérique », *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 cyberspace : 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 Quarterly 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
- FENOULET 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 Significance 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., TONNELIER 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 Cyberspace : 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 ambiguë », *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 cyberspace 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.
- LEDRIEUX 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<sup>e</sup> 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.
- PÉLISSÉ 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 Cyberspace », *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 Cyberspace », *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., « Cyberspace 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.
- ROUBAN L., « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004, n° 18, p. 11 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 cyberspace », *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., « Source 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<sup>e</sup> 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 cyberspace ? », *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

Accès aux services de communication par internet	276
Accord commercial anti-contrefaçon	347, 352, 365
Action publique	166, 494
Administration	28, 117, 118, 120, 121, 141, 142, 148, 154, 155, 156, 272, 361 à 364, 396, 418, 430, 447 à 449, 507, 529, 534, 551, 552, 563, 573
Adresse IP	132, 140 à 143, 145, 233, 271, 272, 358, 511
Allemagne	315, 326, 336, 365, 381
Américanisation	126, 132, 325
Analyse économique du droit	188, 450, 481
Ancien Régime	480
Antiquité	300, 512, 520
Arbitrage	107, 124, 147, 180 à 186, 197, 205, 235, 350
Assemblée nationale	151, 158, 161, 255, 260, 298, 381, 425, 431, 494, 536
Association des fournisseurs d'accès et de services Internet	110, 137, 405
Association des professionnels de la gestion électronique de documents	110
Association française de normalisation	114
Association française pour le nommage internet en coopération	140, 148, 149, 197, 198, 204
Attractivité du droit	68, 202, 323, 448
Autorité de la concurrence	492, 527, 536
Autorité de régulation	323, 381, 526, 527, 529, 531, 535, 536, 541, 542
Autorité de régulation des communications électroniques et des postes	153, 305, 431, 492, 500 à 503, 510, 525, 526, 533 à 536, 538, 539, 541
Autorité de régulation des jeux d'argent en ligne	494, 510, 526, 527, 534, 536
Autorité de régulation professionnelle de la publicité	110, 111

---

## B

Bien commun	51, 224, 235, 256
Big data	254
Bonne pratique	100, 104, 137, 448

---

## C

Centralisation	51, 272, 315, 432, 573
Chambre de commerce internationale	111
Charte privée	68, 95, 96, 99, 102, 104, 108, 121, 133, 135, 137 à 139, 153, 154, 157 à 161, 164, 201, 222, 228, 230, 232, 241 à 244, 297, 476
Chine	82, 158, 325, 332, 352, 356 à 362, 365, 369, 559
Cinquième République	434, 445, 511
Citoyenneté	54, 366
Civil law	132
Code civil	19, 61, 82, 134, 135, 164, 168, 176, 177, 181, 182, 197, 355
Code de conduite	13, 20, 21, 95, 100, 101, 104 à 107, 135, 138, 154, 201, 222, 398, 399, 406, 408, 476
Code de la propriété intellectuelle	428
Code des postes et des communications électroniques	36, 38, 149, 428
Codification	82, 92, 97, 246, 470, 484
Collectivité territoriale	418, 429
Commerce électronique	92, 111, 117, 137, 153, 175, 330, 331, 337, 339, 346, 361, 394, 398, 403, 429, 448, 449
Commission des Nations unies pour le droit commercial international	337
Commission européenne	154, 155, 327, 347, 376, 380, 386, 387, 394, 395, 397, 399, 401, 403 à 407
Commission nationale informatique et libertés	136, 338, 494, 500, 503, 510, 515, 516, 526, 527, 531, 536, 538
Common law	83, 111, 132, 186, 325, 483, 487
Conception organique des sources du droit	7, 63
Conception pragmatique du droit	XIII
Concertation	138, 139, 152, 153, 162, 335, 349, 402, 513
Confiance	68, 100, 110, 114, 115, 120, 132, 137, 138, 143, 175, 201, 202, 206, 241, 243, 266, 282, 352, 365, 368, 462, 472, 499, 568
Conseil constitutionnel	149, 232, 264, 444, 450, 458, 460, 461, 469, 471, 489, 510, 523, 525
Conseil de l'Europe	156, 327, 370, 371
Conseil européen	375, 377, 381
Conseil national du numérique	139, 150, 158 à 161
Conseil supérieur de l'audiovisuel	135, 492, 500, 503, 510, 525, 526, 533 à 542

Constitution	17, 54, 135, 292, 331, 343, 382, 397, 417, 418, 422 à 424, 439 à 447, 450, 452, 458, 480, 488, 523, 533, 543, 544, 549, 565
Consultation	123, 144, 152, 154, 157, 258, 388, 397, 399, 400 à 406, 462, 495, 499 à 502, 541
Contentieux	61, 130, 131, 184, 231, 233, 234, 258
Contentieux en ligne	181, 182, 184, 186, 189, 192, 197, 390, 467, 514
Contenu illicite en ligne	154, 472
Contractualisation	166, 174, 181, 194
Contractualisation de la justice	184, 204
Contrat d'adhésion	102, 109, 128, 133, 171, 172, 236
Contrat électronique	112
Contrat international	337, 339, 347
Contrat social	53, 54, 214, 343, 365, 550, 551
Contrat-type	95, 108, 126, 128, 129, 132, 171, 234, 246
Contrefaçon	102, 137, 139, 254, 365, 463, 527, 533, 548
Convention collective	135
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	206
Convergence des médias	304, 526, 531, 532
Coopération	114, 117, 137, 155, 157, 162, 172, 305, 316, 345, 348, 349, 352, 356, 360, 365, 387, 390, 395, 402
Coordination	65, 121, 124, 273, 322, 326, 330, 393, 403
Corporation	49, 230
Cosmopolitisme	305
Cour de cassation	80, 461, 471, 480, 485, 488, 516
Cour de justice de l'Union européenne	373, 395
Courriel	30, 197, 203, 254, 462
Creative Commons	127, 284
Crise du droit	68
Cybercriminalité	54, 254, 282, 327, 349, 370, 377, 429
Cyberdélit	280
Cyberjustice	186

## D

Débat public	401
Décentralisation	26, 28, 51, 92, 272, 313
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	245, 440, 441, 444, 523
Déclaration universelle des droits de l'homme	281, 336, 346
Définition du droit	II, 35, 168
Démocratie	156, 188, 190, 222, 223, 235 à 237, 277, 285, 356, 359, 383, 389, 397, 401, 409, 440, 444, 507, 509, 512, 517 à 522, 525, 529
Démocratie participative	397
Déontologie	52, 68, 99, 100, 110, 136, 137, 153, 244, 533, 541
Déréglementation	296
Désobéissance	487

Directive européenne	114, 123, 181, 194, 325, 368, 374 à 381, 387, 388, 391, 392, 394, 396 à 400, 403, 406, 408, 447, 453, 470, 536
Diversité culturelle	54, 254, 282, 284, 340
Dogmatique juridique	12, 17, 18, 197, 433
Domain Name System	30, 141 à 143, 359, 361, 362, 511
Domaine public	69
Donnée personnelle	54, 69, 70, 131, 132, 228, 230, 232, 254, 280, 282, 319, 338, 357, 408, 526, 527, 533, 557
Droit administratif	42, 461, 473, 484 à 486, 493
Droit civil	42, 108, 111, 154, 194, 204, 457, 511
Droit commun	306, 318, 320, 321, 351, 369, 533, 548
Droit comparé	20, 321, 325
Droit constitutionnel	443
Droit d'auteur	126, 127, 281, 284, 327, 330, 339, 347, 375, 404, 429, 500
Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information	394, 458, 471, 528
Droit de l'environnement	44, 188
Droit de la concurrence	477
Droit de la gouvernance	220
Droit de propriété	62, 119, 127, 131, 137, 142, 145, 153, 197, 259, 276, 280, 282, 314, 333, 338, 339, 357, 365, 376, 377, 394, 399, 428, 459, 460, 463, 477, 501
Droit des contrats	62
Droit des marchés financiers	44
Droit des médias	135, 525, 536, 540
Droit d'inspiration romano-germanique	186, 323, 325, 483, 487
Droit doux	62
Droit du contenant de la communication par internet	35 à 40, 112, 114, 118, 122, 140, 146, 148, 153, 215 à 217, 221, 246, 252, 267 à 277, 282, 283, 286, 304, 305, 330, 331, 368, 423, 452, 492, 536, 547, 558
Droit du contenu de la communication par internet	35 à 40, 131, 153, 215, 216, 221, 246, 252, 267 à 270, 274 à 283, 286, 304, 368, 423, 441, 444, 452, 492, 536, 558
Droit du sport	44
Droit du travail	44
Droit économique	378
Droit fiscal	62
Droit flou	245, 347, 348
Droit gazeux	98, 245
Droit international privé	130, 135, 345
Droit international public	301, 311, 319, 343 à 345, 350, 366
Droit moderne	XV, 13, 42, 51, 81, 162, 210, 285, 286, 439, 499
Droit mondial	304, 307, 312, 313, 316, 319, 321, 326, 341, 342, 344, 357, 366, 412
Droit mort	24
Droit mou	62, 204, 346
Droit négocié	41, 109, 159, 206, 571
Droit pénal	204, 327, 428

Droit romain	82, 183, 441
Droit social chez Gurvitch	465
Droit souple	48, 62, 122, 124, 174, 273, 313, 347, 395, 404, 427, 484, 549
Droit spontané	81, 82, 92
Droit vivant	83
Droit-État	51
Droits de l'homme	156, 188, 231, 232, 245, 260, 261, 337, 346, 356, 359, 389, 440, 441, 444, 523
Droits et libertés fondamentaux	40, 48, 70, 188, 206, 231, 247, 253, 255, 259, 260, 261, 326, 337, 406
Droits voisins du droit d'auteur	330, 339, 375, 404, 429, 500

---

## E

Échelle de juridicité	XIII, 98, 134
École de l'exégèse	16
Économie numérique	102, 110, 137 à 139, 159 à 161, 229, 368, 448, 449, 537, 541
Éditeur de service	36, 110, 234, 278, 283, 540
Éducation	116, 215, 448
Effectivité	24, 45, 69, 79, 87, 91, 101, 139, 159, 242, 264, 273, 327, 339, 418, 427, 428, 433, 444, 457, 468, 475, 478, 528, 550, 562, 587
Effet cliquet	534, 566
Efficacité	101, 107, 109, 114, 156 à 159, 196, 199, 204, 205, 241, 269, 346, 379, 382, 388 à 390, 401, 409, 453, 488, 495, 502, 503, 510, 513, 515, 537, 560
Égalité	41, 152, 210, 222, 236, 266, 276, 350, 360, 365, 423, 460, 509, 533
Entreprise multinationale	70, 132, 221, 226, 228, 235, 236, 271, 274, 301, 314, 332, 401, 477, 527, 548, 567
Épistémologie	12, 60
Équité	20, 90, 183, 468
Espace extra-atmosphérique	301, 311, 312, 333, 340
État de droit	162, 206, 222, 225, 242, 259, 265, 356, 359, 389, 518, 520, 522, 530
État moderne	50, 162, 250, 443, 491, 530, 567
État pluriel	54
État postmoderne	74, 162, 174, 491, 570
État-droit	XII, 51
Étatisme juridique	15, 19, 61, 196, 412
État-nation	51, 318, 560, 565
États-Unis	41, 129, 133, 139 à 142, 148, 158, 205, 233, 271, 272, 283, 311 à 313, 316, 335, 336, 352, 353, 356, 360 à 365, 369, 370, 382, 409, 489, 530, 559
Éthique	99, 100, 117, 156, 221, 337, 488, 530, 560
Eurocratie	400
Expertise	107, 125, 144, 152, 385, 395, 397, 406 à 409, 430, 450, 479 à 481, 492, 495 à 503, 506 à 509, 514, 515, 521, 530, 547

---

## F

Fait normatif	XII, 17, 18, 50, 52, 290
Famille de droit	62
Fédéralisme	27, 109
Fédération de l'e-commerce et de la vente à distance	109, 137, 138, 197
Flexibilité	101, 141, 220, 243, 391 à 393, 403
Fonctions de l'État	62, 93, 119, 141, 188, 262, 314, 336, 362, 363, 365, 382, 396, 447, 475, 493, 517, 518, 525
Force juridique	74, 98, 99, 103, 104, 170, 239, 433, 483
Force normative	84, 88, 97, 98, 101, 103, 104, 109, 239, 240, 344, 346, 483
Forum des droits sur l'internet	139, 148 à 162, 182, 195, 196, 334 à 336, 500, 547, 552
Fournisseur d'accès à internet	28, 36, 110, 137, 141, 146, 151, 176, 184, 219, 276, 358, 400, 402, 405, 463, 472
Fracture numérique	40, 429
Frontière	50, 58, 66, 156, 159, 203, 300, 301, 305, 309 à 318, 338, 341, 348, 353, 358, 362, 366, 375, 376, 436, 540, 559

---

## G

Géolocalisation	233
Géopolitique	305
Gouvernance globale	226
Gouvernance mondiale	51, 97, 318, 319, 333, 430
Gouvernants/gouvernés	54, 225, 256, 325, 434, 467, 498, 504, 505, 549
Gouvernement des juges	478, 482, 489
Groupement des éditeurs de contenus et de services en ligne	110
Guerre	225, 250, 352, 353, 354, 358, 364, 393, 560, 567

---

## H

Harmonisation	94, 313, 319 à 325, 357, 369, 375, 376, 379, 392, 404, 411, 537, 548
Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet	161, 261, 458, 494, 510, 526 à 528, 534 à 539
Hébergement (de services de communication par internet)	110, 146, 176, 466
Hébergement de sites web	152, 184, 219, 540, 541
Hiérarchie des normes	93, 266, 343, 452, 476
Histoire du droit	11, 16, 192, 198, 201, 368, 473

---

**I**

Indépendance	107, 117, 124, 155, 205, 222, 226, 272 à 274, 358, 481, 497, 515, 519, 530
Informatique	27, 29, 34, 112, 116, 123, 132, 272, 292, 316, 358, 379, 448, 462, 486, 516, 531
Infrastructure	37, 117, 118, 123, 142, 153, 356, 357, 360, 361, 376, 549
Infrastructure essentielle	142
Institute of Electrical and Electronics Engineers	115, 125, 271
Institution politique	474
Institutionnalisation	377, 499
Intégration	78, 97, 98, 256, 321, 342, 345, 366, 369, 374, 376, 378, 387, 477, 548
Interactive Advertising Bureau	121
Intérêt général	70, 152, 221 à 230, 235, 237, 238, 253 à 259, 268, 275 à 279, 282 à 286, 297, 316, 317, 369, 374, 405, 406, 475, 482, 508, 509, 551, 573
Intermédiaire technique	403
Internationalisation	143, 305, 308, 316 à 318, 324, 375
Internationalisme	318
Internet Architecture Board	118, 121
Internet Assigned Numbers Authority	120, 145
Internet Corporation for Assigned Names and Numbers	133, 134, 137 à 148, 153, 204, 230, 231, 271, 275, 335, 336, 358, 361 à 365, 374, 547
Internet des objets	29, 233, 559
Internet Engineering Steering Group	118, 120, 121
Internet Engineering Task Force	115 à 125, 144, 145, 153, 230, 271, 275, 289, 365, 547
Internet Governance Forum	156, 157, 158
Internet Society	105, 116 à 125, 152, 221, 230, 273, 289, 365, 507, 547
Internormativité	427
Interopérabilité	27, 38, 113, 118, 119, 122, 142, 274, 276, 320, 374
Interrégulation	52, 536, 537

---

**J**

Judiciarisation	480
Juridiction internationale	188, 350
Jusnaturalisme	83, 314, 516
Justice privée	179, 181, 186 à 192, 199, 206, 207, 350

---

**L**

Label	13, 153, 154, 157, 159, 297
Labellisation	100, 104, 138, 202
Lacune (en droit)	201, 237, 243, 247, 337, 365, 470
Légicentrisme	424, 426, 427, 434, 435

Légistique	57, 121, 162, 244, 349, 371, 382, 385, 386, 388, 391, 395, 396, 423, 436, 469, 497, 510, 551, 558
Lex electronica	42, 81, 90 à 94, 243, 251, 344
Lex mercatoria	21, 42, 44, 91 à 93, 180, 196, 203, 243, 265, 301, 345
Libéralisation	325, 376
Libéralisme politique	132, 474
Liberté d'expression	259, 260, 282, 291, 324, 336, 357, 462, 475, 477
Liberté de communication	52, 53, 459, 531
Licence libre	127
Lien hypertexte	154
Livre blanc	33, 141, 353, 376, 387, 388, 397, 401 à 404
Livre vert	154, 375, 376, 377, 395, 397, 402 à 406
Lobby	110, 258, 332, 381, 397, 404, 405, 406
Logiciel	36, 117, 120, 127, 230, 353
Logiciel libre	50, 119
Loi applicable	135
Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication	526, 531, 540
Loi pour la confiance dans l'économie numérique	68, 202, 457, 458, 472, 499
Loi pour une République numérique	37, 60
Loi technicienne	429

---

**M**

Macro-droit	58, 59, 60, 462
Marché des jeux d'argent et de hasard	297, 527
Maxime	16, 496
Médiation	77, 147, 154, 157 à 159, 171, 182 à 187, 192 à 197, 204, 205, 292, 489
Micro-droit	58, 59, 60
Minitel	32
Mode alternatif de résolution des conflits	41, 50, 164, 171, 172, 176, 179, 180, 182, 185, 186, 190, 194 à 198, 204, 205, 350
Monisme juridique	XII, 52, 237, 244, 434
Monopole public	255, 279, 280
Morale	36, 80, 118, 127, 152, 204, 229, 241, 278, 342, 473, 483, 493, 509
Moteur de recherche	30, 137, 140, 228, 232, 359, 464
Multijuridisme	427
Multimédia	29, 122, 448, 449
Multirégulation	52

---

**N**

Nation	53, 69, 190, 264, 278, 308, 316, 344, 346, 353, 425, 522, 565, 566
Nationalité	540
Navigateur (web)	31, 123, 124, 361

Négociation	141, 157, 183, 184, 198, 204, 284, 327, 332, 337, 360, 365, 374, 375, 380, 382, 395, 397, 402, 405, 449, 564
Network Solution International	141
Neutralité (de l'internet)	54, 119, 121, 160, 184, 254, 274, 282, 297, 509, 541
Nom de domaine	40, 116, 140 à 145, 148, 149, 198, 271, 272, 275, 315, 331, 358, 361 à 364, 465, 547
Non-droit	42
Normalisation	52, 110, 113 à 115, 119 à 122, 125, 145, 228, 272, 289, 331, 332, 351, 396, 407
Normativisme	7, 134, 177, 427
Normativité	16, 20, 45, 88, 170, 202, 267, 300, 337, 351, 382, 453
Norme primaire	368, 386
Norme secondaire	386
Norme sociale	XIV, 113, 228
Norme technique	108, 112 à 115, 270 à 274, 280, 340, 499, 530
Notion à contenu variable	468, 473

---

**O**

Open Source	127, 230
Ordre public	92, 127, 176, 182, 234, 250, 262, 277, 280 à 282, 291, 359, 468, 477
Organes-sources	7, 63
Organisation de coopération et de développement économique	337, 340, 409
Organisation des Nations unies	148, 156, 330 à 339, 345, 346, 356, 364, 400
Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture	156, 340, 345
Organisation internationale de normalisation	114, 115
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle	147, 197, 317, 328, 338, 339, 363, 409
Organisation mondiale du commerce	188, 311, 327, 345, 356
Organisation non gouvernementale	107, 333, 357, 363, 398 à 403
Oubli numérique (droit à)	137, 138, 465

---

**P**

Parlement européen	317, 365, 378, 381, 382, 406, 407
Parlementarisme	54, 529
Participation	52, 121, 143, 146, 152, 155 à 158, 220, 332, 337, 359, 364, 385, 388, 389, 396 à 409, 430, 458, 522
Patrimoine commun de l'humanité	333
Personnalité juridique	120
Philosophie du droit	59
Piratage en ligne	538
Plateforme de diffusion de vidéos	178, 279, 331, 540, 541

Pluralisme judiciaire	198
Pluralisme ordonné	325
Police	219, 264, 278, 327, 350
Polycentricité	93, 427, 491, 571
Population	33, 310, 344, 369, 382, 408, 569
Positivisme	9, 14, 427, 499, 573
Post-nationalisme	318
Pouvoir constituant	441, 460, 471
Pouvoir de sanction	198, 330
Pouvoir exécutif	334, 343, 396, 445, 447, 450, 468, 522
Pouvoir judiciaire	190, 198, 206, 456, 474, 485, 489, 522
Pouvoir législatif	343, 425, 426, 447, 471, 508, 522, 527
Pouvoir règlementaire	128, 246, 510
Pragmatisme	XIII, 13, 16, 59, 63, 120, 122, 177, 186, 191, 205, 272, 274, 355, 389, 453, 475, 504
Prérogatives de puissance publique	49
Presse	137, 338, 531 à 535, 541
Principe de primauté	XVI, 254, 255, 258, 262, 264, 322, 327, 417, 480
Principe général du droit	89, 93, 102, 326, 405, 463, 487
Privatisation de la justice	205
Privatisation du droit	115, 220, 236
Procéduralisation	390, 499
Procédure	71, 103, 107, 114, 116, 130, 134, 147, 181, 185, 191, 194, 195, 197, 380, 381, 392, 425, 447, 461, 501
Propriété intellectuelle	62, 119, 127, 131, 137, 145, 153, 280, 282, 333, 338, 339, 357, 365, 376, 377, 394, 399, 459, 463
Propriété littéraire et artistique	477, 501
Protection de l'enfance	153, 540, 541
Protection des mineurs	110, 115, 227, 282, 429
Protocole	26 à 29, 31, 33, 38, 112, 117, 120 à 123, 145, 195, 272, 274, 275, 280, 311, 331
Publicité	44, 98, 110, 111, 138, 154, 176 à 178, 199, 203, 229, 245, 284, 361, 533
Puissance privée	49, 75, 177, 217, 297, 560, 566
Puissance publique	49, 75, 177, 192, 217, 225, 258, 296, 343, 418, 442, 561, 562, 566

---

**R**

Radio Frequency Identification	233, 449
Radiodiffusion	32, 33, 36, 280, 538
Rareté des ressources	62, 69, 279, 538
Recommandation	96, 101, 110, 111, 124, 146, 152, 154, 156, 160, 197, 331, 334, 335, 339, 346, 363, 388, 392, 393, 407, 430, 431, 499, 502
Régime politique	118, 353, 442
Régionalisation	369
Règle supplétive	135
Régulation économique	378, 538
Régulation sectorielle	533
Régulation sociale	97, 170



Régulation technique	142, 269
Représentation	42, 54, 56, 65, 152, 189, 234, 306, 309, 311, 406, 408, 409, 430, 474, 475, 507, 509, 522
République	160, 194, 256 à 258, 353, 413, 425, 436, 445, 504, 506, 510, 520, 522, 533, 543, 555, 562, 565
Réseau (paradigme)	51, 386
Réseau de communications électroniques	36
Réseau social	232
Revirement de jurisprudence	488

---

**S**

Sanction	75, 104, 179, 198 à 205, 529
Science des sources	8
Science humaine	24
Science politique	279
Sécurité juridique	222, 242 à 245, 261 à 267, 277, 279, 286, 392, 469, 485 à 488, 517, 518, 551
Sénat	312, 425, 430, 431, 533, 556
Séparation des pouvoirs	266, 452, 459, 482, 489, 507, 509, 517, 518, 522 à 525
Service de médias audiovisuels à la demande	36, 37, 540
Service public	181, 317, 431
Simplification du droit	297
Société en réseau	308
Soft law	105, 154, 389, 404
Sommet mondial sur la société de l'information	156 à 158, 227, 317, 332 à 337, 340, 346, 356, 362 à 364, 374
Source privée indépendante des sources publiques	60, 74, 122, 144, 176, 194, 196, 237, 408, 530
Souveraineté nationale	379, 565
Souveraineté populaire	441, 442, 507, 519, 521
Spectre hertzien	69, 275
Standard	113, 116, 120, 122, 130, 272
Standard technique	13, 31, 38, 115, 118 à 125, 221, 270 à 276, 316, 468, 470, 513, 547
Subsidiarité	322, 389, 405
Suffrage universel	54, 508, 509
Summa divisio	V, 7, 17, 19, 26, 46, 60
Suprématie informationnelle	360, 559
Syndicat national de la communication directe	136
Système politique	389, 408, 507

---

**T**

TCP/IP	27, 31, 117, 274, 311
--------	-----------------------

Technocratie	446, 507, 509, 514, 521, 529, 530
Technologie	27, 114, 115, 124, 231, 267, 277, 305, 319, 344, 358, 407, 436, 526, 531, 534, 559, 560
Téléchargement illégal	463
Télématique	26
Téléphonie	25, 29, 32, 33, 36, 233, 300, 305, 361, 556, 574
Téléphonie mobile	29, 32, 36, 448
Télévision	29, 32, 33, 36, 278, 280, 331, 376, 537 à 540
Temps du droit	51, 391
Territoire	56, 65, 207, 297, 308 à 312, 314, 316, 332, 348, 350, 361, 364, 369, 448, 550, 564
Territorialité	40, 382, 537
Texture du droit	62
Théorie des sources du droit	5, 7, 13, 46, 62, 289
Théorie du droit	XIV, XIX, 24, 59, 104, 134, 167
Tradition	357
Traité international	17, 62, 158, 301, 324, 326, 327, 333, 339, 340, 374
Tribunal des conflits	485, 486
Typologie des sources du droit	5, 13, 18, 21, 61 à 64

---

**U**

Union française du marketing direct et digital	136
Union internationale des télécommunications	145, 272, 305, 330 à 333, 340, 351, 356, 359 à 365, 409, 449
Utilitarisme	257

---

**V**

Vente en ligne	92, 109, 110, 116, 137, 232, 254
Vide juridique	46, 344, 489
Vie privée	71, 96, 104, 125, 131, 229, 233, 254, 260, 280, 281, 282, 291, 338, 348, 377, 399, 407, 459, 462, 515
Volonté générale	85, 231, 257, 434, 452, 474, 497

---

**W**

Web 2.0	128, 399
World Wide Web Consortium	115, 116, 122 à 125, 145, 152, 153, 230, 271, 275, 283, 289, 365, 547

# TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos .....	I
I. La définition de la norme .....	VI
II. La théorie syncrétique du droit et l'échelle de juridicité.....	VII
III. L'influence de la théorie syncrétique du droit et de l'échelle de juridicité sur l'étude concrète des sources du droit.....	IX
IV. L'étude concrète des sources du droit de la communication par internet.....	XIV
V. Le recours à des instruments de mesure .....	XVIII
VI. Résumé des résultats du programme de recherches.....	XX
VII. Annonce de la problématique de la thèse .....	XXI
Introduction.....	1
I. Introduction à l'étude des sources du droit.....	3
A. La distinction des sources formelles et des sources matérielles du droit .....	6
B. L'intention d'interroger les sources formelles du droit .....	11
II. Introduction à l'étude du droit de la communication par internet.....	23
A. L'internet : un nouveau moyen de communication électronique .....	25
B. Le droit de la communication par internet : une nouvelle branche du droit des communications électroniques .....	35
III. Introduction à l'étude des sources du droit de la communication par internet.....	43
A. L'objet de la thèse.....	47
B. La méthode de la thèse.....	55
C. Le plan de la thèse.....	61

Première partie

Les sources privées du droit de la communication par internet..... 67

Titre 1. L'originalité constatée des sources privées du droit  
de la communication par internet..... 73

Chapitre 1. Les spécificités des sources privées de normes générales  
applicables aux communications par internet..... 77

Section 1. La singularité des usages privés..... 79

A. Les usages : des constructions coutumières très présentes à l'heure du droit  
transnational ..... 81

1. Le déclin progressif de la coutume parmi les sources du droit : du droit spontané  
au droit ordonné..... 81

2. La distinction de l'usage et de la coutume : une différence de degré mais non  
de nature ..... 83

3. La définition de la coutume : un véritable droit « naturel » ..... 85

4. La définition de l'usage : une norme coutumière en voie de consolidation..... 88

5. L'importance des usages dans le droit de la communication par internet :  
une illustration du retour du droit spontané dans le jeu du droit ..... 90

B. La *lex electronica* : des usages très nombreux au sein du droit des activités  
internetiques ..... 91

1. La « *lex electronica* », expression inspirée de la « *lex mercatoria* » ..... 91

2. La *lex electronica*, signe d'un droit extraordinaire ..... 93

Section 2. La singularité des règlements privés ..... 95

A. L'importance des règlements privés en droit de la communication par internet ..... 96

1. La force normative des règlements privés..... 97

2. Le contenu normatif des règlements privés..... 99

3. La pertinence normative des règlements privés ..... 100

4. La valeur contractuelle de certains règlements privés ..... 102

5. Le caractère d'acte normatif typique du droit transnational du règlement privé..... 105

B. La diversité des règlements privés en droit de la communication par internet ..... 108

1. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre d'autorégulation.. 108

a. Le droit corporatif..... 108

α. La catégorie du droit corporatif..... 108

β. Les exemples de droit corporatif ..... 109

b. Les normes techniques..... 112

α. La norme technique comme norme juridique ..... 112

β. La norme technique comme norme spécifique..... 113

c. Les règlements établis par les organisations privées de la « gouvernance  
de l'internet » ..... 116

α. L'Internet Society (ISOC)..... 116

β. L'Internet Engineering Task Force (IETF) .....	119
γ. Le World Wide Web Consortium (W3C) .....	122
d. Les contrats-types imposés par les principaux services du web .....	126
α. Les contrats-types « <i>creative commons</i> », un droit parallèle au grand succès .....	126
β. Les conditions d'utilisation des services du web, des règlements autant que des contrats .....	128
γ. Les conditions d'utilisation des services du web, un défi lancé au droit et aux droits .....	129
δ. Les contrats-types, des actes normatifs au cœur du droit transnational .....	132
2. Le droit issu des codes et autres chartes produits dans un cadre de corégulation ...	133
a. Le droit de la communication par internet, matière caractéristique de la corégulation .....	134
α. Le cyberspace, terre d'élection d'une corégulation au sens incertain .....	134
β. Le cyberspace, terreau fertile pour l'essor de la corégulation .....	137
γ. Le cyberspace, terrain d'une corégulation au succès mitigé .....	138
b. L'ICANN, organisation typique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle mondiale .....	139
α. L'originalité du statut, des missions et des moyens de l'ICANN .....	141
β. L'originalité de la « gouvernance » de l'ICANN .....	143
γ. L'originalité des organes de réflexion et de décision de l'ICANN .....	144
δ. L'importance de la production normative de l'ICANN .....	147
ε. L'importance de la gestion de l'extension de noms de domaine <.fr> par l'AFNIC .....	149
b. Le Forum des droits sur l'internet, institution symbolique de la corégulation de la communication par internet à l'échelle nationale .....	150
α. L'introduction de la corégulation en France par le Forum des droits sur l'internet .....	150
β. La composition du Forum des droits sur l'internet .....	151
γ. La création de normes par le Forum des droits sur l'internet .....	153
δ. La participation du Forum des droits sur l'internet au Forum mondial sur la gouvernance de l'internet .....	155
ε. La dissolution du Forum des droits sur l'internet et la création du Conseil national du numérique .....	158
Chapitre 2. Les particularités des sources privées de normes individuelles applicables aux communications par internet .....	163
Section 1. La singularité des contrats privés .....	165
A. L'acceptation délicate du contrat privé parmi les sources du droit .....	166
B. Le particularisme vital du contrat privé parmi les sources du droit .....	171
1. La portée individuelle des stipulations contractuelles .....	171
2. La force motrice du contrat privé en droit de la communication par internet .....	172
3. Le problème de la validation étatique des normes contractuelles privées .....	176

Section 2. La singularité des jugements privés.....	179
A. Le développement des modes privés de résolution des conflits nés d'activités internetiques .....	180
1. Les visages des modes alternatifs de résolution des conflits.....	182
2. Les succès des modes alternatifs de résolution des conflits .....	186
3. La « justice spontanée », un défi pour l'État ? .....	189
4. La « justice spontanée », une nouvelle culture judiciaire ?.....	192
5. Quelques exemples de modes alternatifs de résolution des conflits .....	195
B. La fragilité des sanctions privées d'activités internetiques illicites.....	198
1. L'efficacité incertaine des sanctions privées appliquées dans le cyberspace .....	199
2. La légitimité incertaine des sanctions privées appliquées dans le cyberspace .....	205
Conclusion du premier titre .....	209
<b>Titre 2. La légitimité contestée des sources privées du droit de la communication par internet.....</b>	<b>213</b>
<b>Chapitre 1. Les défauts des sources privées du droit de la communication par internet .....</b>	<b>219</b>
Section 1. Un droit potentiellement détaché de la justice, de la démocratie et de l'intérêt général.....	223
A. Les intérêts des citoyens à l'épreuve des sources privées du droit.....	223
1. Un droit issu du « gouvernement du peuple, par les organisations puissantes et pour les organisations puissantes » .....	224
2. Un droit servant des intérêts particuliers .....	227
3. Un droit menaçant les droits et libertés des internautes.....	231
B. Les canons de la démocratie à l'épreuve des sources privées du droit .....	235
Section 2. Un droit nécessairement dégagé de la contrainte, de la stabilité et de la certitude.....	239
A. La faible force contraignante des normes d'origine privée : la crainte du droit « mou » .....	240
B. Les incertitudes et l'instabilité des normes d'origine privée : le risque de l'insécurité juridique .....	242
<b>Chapitre 2. Les qualités des sources publiques du droit de la communication par internet .....</b>	<b>249</b>
Section 1. Des garanties en matière de sécurité autant qu'en matière de droits fondamentaux .....	253
A. Un droit protecteur de l'intérêt général et des droits et libertés des individus.....	255
1. La sauvegarde de l'intérêt général comme justification de la primauté des sources publiques du droit.....	255

2. La défense des droits et libertés des personnes comme justification de la primauté des sources publiques du droit.....	258
B. Un droit garant de la sécurité et de la sécurité juridique des individus .....	262
1. La conservation de l'ordre et de la sécurité comme justification de la primauté des sources publiques du droit.....	262
2. La préservation de la sécurité juridique comme justification de la primauté des sources publiques du droit.....	264
Section 2. Des bénéfiques en matière de contenus plus qu'en matière de contenants .	269
A. Une acceptabilité du droit d'origine privée supérieure en matière de droit du contenant de la communication par internet .....	270
1. L'utilité des standards et des normes techniques d'origine privée .....	271
2. Les vertus du droit des infrastructures physiques et logiques de l'internet .....	274
B. Une exigibilité du droit d'origine publique supérieure en matière de droit du contenu de la communication par internet .....	277
1. L'intervention des sources étatiques majoritairement dans le domaine des contenus .....	278
2. La concentration des enjeux principalement dans le domaine des contenus .....	279
3. L'inclination tendancielle et non absolue pour les sources publiques dans le domaine des contenus.....	283
Conclusion du second titre.....	285
Conclusion de la première partie .....	289
Seconde partie	
Les sources publiques du droit de la communication par internet.....	295
Titre 1. La situation contrastée des sources publiques externes du droit de la communication par internet.....	299
Chapitre 1. Le dénuement des sources internationales du droit de la communication par internet.....	303
Section 1. La nécessité d'édifier un droit mondial .....	307
A. Le caractère indispensable de la recherche d'un droit de la communication par internet d'essence internationale .....	308
1. L'État comme échelle inopportune face aux exigences du droit de la communication par internet .....	308
2. Le cyberspace comme espace mondial appelant une régulation mondiale .....	310
3. La déterritorialisation du droit d'origine publique comme besoin impérieux en présence d'un objet aterritorial .....	313
4. L'unité du droit d'origine publique comme réponse à un droit d'origine privée mondialisé .....	315
5. L'internationalisation du jeu du droit et de la politique comme phénomène de plus en plus général .....	317

B. Le caractère élémentaire des moyens d'un droit de la communication par internet d'essence internationale .....	319
1. L'harmonisation interétatique : un pis-aller de construction internationale du droit de la communication par internet .....	319
a. Le sens de l'harmonisation : des droits formellement différents mais matériellement ressemblants.....	320
b. La cause de l'harmonisation : une mise en concurrence des droits étatiques.....	323
c. L'état de l'harmonisation : un processus inachevé et fragmentaire .....	324
2. Les négociations et accords interétatiques : une imparfaite construction internationale du droit de la communication par internet .....	327
a. L'Union internationale des télécommunications : des travaux internationaux contribuant au seul droit du contenant .....	330
b. Les Sommets mondiaux sur la société de l'information : des travaux internationaux improductifs normativement.....	332
c. Des travaux internationaux démultipliés mais toujours compliqués .....	336
d. Des travaux internationaux focalisés sur quelques préoccupations .....	338
Section 2. L'impossibilité d'ériger un droit mondial .....	341
A. Les limites inaltérables du droit à l'échelle internationale .....	344
1. Le cyberspace saisi par un droit transnational privé qualitativement supérieur au droit international public .....	344
2. Le cyberspace réglé par des actes internationaux à la force normative défectueuse .....	346
3. Le cyberspace visé par des normes internationales à la précision déficiente .....	347
4. Le cyberspace facteur de désaccords quant aux moyens autant que quant aux fins.....	348
5. Le cyberspace objet d'une épineuse application internationale du droit autant que d'une laborieuse création internationale du droit .....	350
B. La diversité inéluctable des intérêts à l'échelle internationale.....	352
1. Le cyberspace, lieu de guerre autant que de paix entre les nations .....	353
2. Le cyberspace, foyer d'une diversification autant que d'une unification des cultures .....	354
3. Le cyberspace, ferment d'un affrontement autant que d'un rapprochement des valeurs étatiques .....	356
4. Le cyberspace, milieu éloquemment encadré par la Chine .....	357
5. Le cyberspace, monde contestablement dominé par les États-Unis .....	360
Chapitre 2. Le développement des sources européennes du droit de la communication par internet.....	367
Section 1. L'utilité de l'Union européenne face à l'exigence d'un droit supranational.....	373
A. L'approfondissement du processus d'eupéanisation du droit de la communication par internet .....	374

B. L'inaboutissement du processus d'eupéanisation du droit de la communication par internet .....	378
1. Les tensions entre États membres au sein de l'Union européenne .....	378
2. Les transpositions parfois chaotiques des directives de l'Union européenne .....	379
3. Les autres limites des interventions des instances de l'Union européenne.....	381
Section 2. L'affinité entre l'Union européenne et l'édiction d'un droit supranational .....	385
A. L'attention de l'Union européenne à la légistique .....	386
1. Un droit et une fabrique du droit « en réseau » .....	387
2. Une « gouvernance » au profit d'une haute qualité des normes.....	388
3. Une recherche de flexibilité et de souplesse des normes .....	391
4. Une utilisation de l'évaluation <i>a priori</i> et <i>a posteriori</i> des normes.....	393
5. Une variété d'éléments remarquables dans la légistique européenne.....	395
B. L'ouverture de l'Union européenne à la société civile .....	397
1. L'encouragement de la corégulation et de l'autorégulation.....	398
2. La participation des acteurs privés intéressés à l'élaboration des normes .....	399
3. L'usage des livres verts et des livres blancs de la Commission européenne .....	403
4. Le recours aux consultations encadré par des procédures anti-lobbying.....	405
5. Le concours abondant et important des avis d'experts .....	407
Conclusion du premier titre .....	411
 Titre 2. L'organisation contrariée des sources publiques internes du droit de la communication par internet.....	415
 Chapitre 1. Les paradoxes des sources constitutionnelles, des sources législatives et des sources décrétales du droit de la communication par internet. .	421
Section 1. La législation, une source première mais fragile .....	425
A. Des interventions législatives nombreuses mais à l'effectivité précaire .....	427
B. Des instances législatrices concurrencées signes du déclin de la force symbolique de la loi .....	432
Section 2. La Constitution et le décret, des sources attendues mais discrètes.....	439
A. La transparence de la Constitution en matière de régulation des activités internetiques .....	440
1. Les difficultés à placer l'internet et les activités internetiques dans le champ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.....	440
2. Les difficultés à inclure l'internet et les activités internetiques dans l'objet de la Constitution.....	441
B. L'insuffisance du décret en matière de régulation des activités internetiques .....	445
1. Des décrets d'application des lois plus souvent que des décrets autonomes .....	446
2. Des décrets de création d'institutions ministérielles spécialisées dépourvues de fonction normative .....	448



Chapitre 2. Les contradictions des sources étatiques juridictionnelles  
et des sources étatiques spécialisées du droit de la communication par internet.. 451

Section 1. Les juridictions, des sources surexploitées mais inopportunes.....	455
A. La constatation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet .....	457
1. Les contributions normatives des juges omniprésentes : les nombreuses règles de droit produites par certaines juridictions .....	458
2. Les constructions normatives des juges suscitées par le législateur : la délégation de la fonction créatrice par le silence ou l'obscurité de la loi .....	467
3. Les apports normatifs des juges validés ou invalidés par le Parlement : les relations de la législation et de la jurisprudence entre rapprochement et affrontement.....	471
4. La jurisprudentialité du droit de la communication par internet : la régulation par les tribunaux au moyen de leurs créations normatives .....	473
5. La juridictionnalité du droit de la communication par internet : la régulation par les tribunaux au-delà de leurs créations normatives .....	475
B. La condamnation de la jurisprudentialisation du droit de la communication par internet .....	479
1. La fragilité inhérente à un droit prétorien .....	479
a. La crainte de l'activisme politique des juges .....	480
b. La peur du manque de compétence et de la mise sous influence des juges.....	481
c. Les autres données précarisant la légitimité du droit des juges .....	482
2. L'insécurité immanente à un droit prétorien .....	486
Section 2. Les autorités spécialisées, des sources opportunes mais sous-exploitées .	491
A. L'action normative possiblement fructueuse des autorités <i>ad hoc</i> .....	495
1. L'affirmation et l'expansion nécessaires des autorités spécialisées en tant que sources formelles .....	495
a. Une réticence du législateur à concéder aux autorités <i>ad hoc</i> la fonction <i>jus</i> - créatrice .....	495
b. Un rôle de sources matérielles des autorités <i>ad hoc</i> très développé .....	497
c. Un rôle de sources formelles des autorités <i>ad hoc</i> à développer .....	502
d. Un État de citoyens muant avec les autorités <i>ad hoc</i> en un État d'experts .....	506
2. La légitimité et l'efficacité supérieures des autorités spécialisées en tant que sources formelles .....	510
a. Une légitimité et une efficacité caractérisées négativement : par comparaison avec les difficultés de la loi et du décret.....	510
b. Une légitimité et une efficacité caractérisées positivement : par la preuve de la compétence des autorités et de leurs membres.....	515
B. L'action normative actuellement périlleuse des autorités <i>ad hoc</i> .....	517
1. L'épreuve insurmontable du respect des canons du droit étatique .....	517
a. Un droit sans la démocratie.....	518
b. Un droit sans la séparation des pouvoirs .....	522

2. La quête inconcevable d'une autorité étatique unique .....	525
a. Les insuffisances assumées des autorités spécialisées existantes .....	526
α. Les compétences étroites et fragmentaires des autorités de régulation des médias .....	526
β. Les conséquences nuisibles des origines législatives des autorités de régulation des médias .....	527
γ. La divergence excessive entre les destinataires de leurs normes et les autorités de régulation des médias .....	529
δ. La convergence profonde des médias non suivie d'une convergence des autorités de régulation des médias .....	531
b. La perspective obstruée d'une autorité générale originale .....	533
α. L'utilité des réflexions dans le sens d'une régulation unitaire et centralisée plutôt que plurielle et sectorielle .....	534
β. La rareté des réflexions dans le sens d'une régulation unitaire et centralisée plutôt que plurielle et sectorielle .....	538
Conclusion du second titre .....	543
Conclusion de la seconde partie .....	547
Conclusion .....	553
Bibliographie .....	575
I. Dictionnaires, encyclopédies et codes annotés .....	575
II. Traités, manuels et guides .....	575
III. Monographies collectives .....	576
IV. Monographies individuelles .....	579
V. Contributions à des monographies collectives .....	584
VI. Articles et chroniques .....	593
VII. Autres travaux académiques .....	602
Index .....	603

# THE SOURCES OF THE 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



# LES SOURCES DU DROIT DE LA COMMUNICATION PAR INTERNET

Si d'importantes recherches sur les sources du droit et de nombreux travaux sur le droit de la communication par internet ont déjà été menés, cette thèse se distingue des premiers comme des seconds : d'une part, elle interroge des sources souvent originales, loin de réduire le droit à la loi et à la jurisprudence ; d'autre part, elle ne consiste pas en un exposé technique et utilitaire du droit de la communication par internet mais en une étude scientifique et macrojuridique (*i.e.* détachée des règles et des régimes juridiques). 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, significative du « nouveau 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 apparaissent. L'objet de cette thèse est de constituer un témoignage de ce renouvellement des lieux et des modes de production des normes en cours.

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. Pour ce qui est du droit positif, le droit de la communication par internet partage seulement quelques attributs avec les droits classiques du XX<sup>e</sup> siècle. Pour ce qui est de la science et de la pensée juridiques, il appartient peut-être aux chercheurs en droit de ne pas analyser les normes et les institutions de demain au moyen des instruments et à l'aune des enseignements d'hier. Aussi la fréquentation du droit de la communication par internet invite-t-elle à élaborer de nouveaux outils et de nouveaux cadres épistémologiques afin de décrire et expliquer le plus justement possible la réalité factuelle du droit. Ce sont ces défis que tente de relever le présent ouvrage. En se concentrant sur des objets juridiques inhabituels mais caractéristiques du droit du XXI<sup>e</sup> siècle en construction, il entend favoriser la compréhension et l'acceptation des mutations contemporaines du droit. Plus spécifiquement, l'objectif poursuivi est de contribuer à la rénovation de la pensée des sources du droit à l'heure où la conception moderne desdites sources, foncièrement étatiste, apparaît de plus en plus dépassée à mesure que leur nombre, leur identité, leur architecture et leur équilibre évoluent. En premier lieu, peut-être faudrait-il dès à présent ériger la distinction des sources publiques et des sources privées en *summa divisio* des sources du droit.

Mots-clés : pluralisme juridique ; sources formelles du droit ; mondialisation du droit ; droit global ; droit postmoderne ; théorie du droit ; pensée du droit ; branches du droit ; sources privées du droit ; privatisation du droit ; publicisation du droit ; sources internationales du droit ; droit international public ; relations internationales ; sources européennes du droit ; Union européenne ; sources étatiques du droit ; usages privés ; règlements privés ; contrats privés ; jugements privés ; sanctions privées ; modes alternatifs de résolution des conflits ; *lex electronica* ; normes techniques ; autorégulation ; corégulation ; société civile ; gouvernance de l'internet ; normalisation de l'internet ; standards et protocoles de l'internet ; droit de l'hébergement de sites web ; droit des noms de domaine ; droit du commerce électronique ; droit des contenus illicites en ligne ; droit des données personnelles ; droit de la propriété intellectuelle ; droit en réseau ; droit souple ; droit mou ; jurisprudence ; jurisprudentialisation du droit ; autorités publiques spécialisées ; technocratie ; légistique ; droit des communications électroniques ; droit de la communication audiovisuelle ; droit des réseaux de communications électroniques ; légitimité des sources ; intérêt général ; sécurité juridique ; droits et libertés fondamentaux ; ordre public ; démocratie ; séparation des pouvoirs ; crise du droit ; crise de la loi ; crise de l'État ; crise de la puissance ; crise de la souveraineté ; pragmatisme juridique ; expérience scientifique en droit

*Presentation and keywords in English behind the back cover*