



La régulation en réseau du cyberspace

Thomas Schultz

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2005/2 (VOLUME 55), PAGES 31 À 90
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.055.0031

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2005-2-page-31.htm>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses de l'Université Saint-Louis.
Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International (CC BY-NC 4.0).



La régulation en réseau du cyberspace*

Thomas SCHULTZ

Chercheur aux Universités de Genève et de Cambridge

Introduction

Du cyberspace, c'est-à-dire de l'espace social virtuel qu'a suscité Internet, on a pu tout dire. Pour certains, il s'agit d'un eldorado de liberté absolu, comme jadis la haute mer, incontrôlable et incontrôlé par les États, totalement dépourvu de territoire, règne de l'autodétermination individuelle¹. Pour d'autres, quand ce n'est pas l'existence même du cyberspace qui est niée², il ne s'agit que d'un domaine tout à fait trivial de la vie sociale, une évolution de société qui appelle simplement une série de mises à jour législatives, mais qui ne mérite pas plus, pour reprendre les termes d'un juge américain, une réflexion sur le « droit du cyberspace » que les ongulés ne méritent

* Ce texte est basé sur une intervention faite lors d'un colloque organisé par le Professeur François Ost aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, le 9 novembre 2005, sur la question de la fécondité du modèle du réseau.

Je tiens à remercier mon ami Rashid Bahar, du Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève, pour de nombreuses discussions ayant conduit à certains concepts-clés de cet article et pour une relecture critique, toujours justifiée, de ce texte. Merci également à Victor Bonnin, du Département de droit international privé de la même université, pour une lecture attentive d'une version précédente de l'article.

¹ J.P. BARLOW, « Déclaration d'indépendance du Cyberspace », Davos, 8 février 1996 : « gouvernements du monde industriel [...], vous n'avez pas de souveraineté où nous nous rassemblons [...] L'espace social que nous nous construisons [est] naturellement indépendant des tyrannies que vous cherchez à nous imposer. Vos définitions légales [...] ne s'appliquent pas à nous. »

² O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 13–14, l'auteur préférant la notion de « marché électronique », pour une série de raisons qui nous semblent faire ressortir le positivisme juridique comme obstacle épistémologique.

une réflexion sur le « droit du cheval »³. Pour d'autres encore, les développements de la technologie ont conduit à l'émergence de moyens techniques permettant non seulement de saper l'ordre réglementaire dans ses fondements même, mais également d'imposer une nouvelle forme de normativité, plus puissante que celle des États, se fondant sur la technique pour limiter nos actions ; le cyberspace serait donc, pour les tenants de cette position, le royaume des programmeurs, qui contrôlent la technique⁴. Pour d'autres enfin, l'origine de tout pouvoir, et donc de toute régulation, doit être cherchée du côté des utilisateurs. Ceux-ci établiraient une sorte de démocratie planétaire dans laquelle chacun voterait avec sa souris comme l'on peut d'ordinaire voter avec ses pieds, c'est-à-dire en choisissant un secteur du cyberspace plutôt qu'un autre, en fonction de la préférence de chacun pour les divers ensembles de normes qui les régissent⁵.

En réalité, il semble bien que le cyberspace ne soit rien de tout cela et un peu de tout cela. C'est avant tout un domaine social récent, très flexible, en pleine évolution et, à ce titre, il constitue un laboratoire intéressant des phénomènes juridiques contemporains, qui trouvent là un terrain moins préalablement occupé par des structures de pouvoir et donc de normativité. De plus, Internet est, en tant que structure technologique, organisé d'une manière qui correspond de près aux fondements du modèle du réseau. Ce qui est certain, par ailleurs, c'est que le cyberspace a acquis aujourd'hui une position centrale dans le quotidien sociétal. Yves Poullet, l'un des plus éminents spécialistes en la matière, s'écrie ainsi : « quelle occupation peut encore échapper aux possibilités croissantes offertes par les technologies de l'information et de la communication ! Nous voilà

³ F.H. EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », in *U. Chi. Legal F.*, 1996, p. 207 et s. Voir aussi la réponse amusée et non moins célèbre de L. LESSIG, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », in *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 113, p. 501 et s.

⁴ Y. POULLET, « La technologie et le droit : du défi à l'alliance », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 943 et s. Pour des exemples, voir par exemple A.M. FROMKIN, « The Death of Privacy », in *Stan. L. Rev.*, 2000, vol. 52, p. 1461 et s.

⁵ D.R. JOHNSON et D.G. POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », in *Stan. L. Rev.* 1996, vol. 48, p. 1367 et s., spéc. pp. 1398–1399 et D.C. NUNZIATO, « Exit, Voice, and Values on the Net », in *Berkeley Tech. L.J.*, 2000, vol. 15, p. 753 et s., spéc. p. 763.

saisis par [ces technologies] dans notre globalité »⁶. Le cyberspace se profile ainsi comme un phénomène social dont l'importance s'accroît tous les jours et qui semble constituer un objet d'étude particulièrement riche. À ce double titre, l'examen des flux de normativité qui forment, ensemble, la régulation du cyberspace nous semble constituer une occasion particulièrement intéressante de tester le nouveau paradigme de la régulation qu'est le modèle du réseau.

Le présent article tente ainsi de répondre à la question de savoir quel rôle joue, pour la régulation du cyberspace, ce que l'on appelle désormais l'hypothèse « pyramide-réseau », c'est-à-dire le passage de la figure de la pyramide comme paradigme central de la production du droit à celle du réseau⁷. On se souvient que la conception pyramidale du droit, dont Hans Kelsen fut l'un des derniers grands défenseurs, présente la production du droit comme un processus unidirectionnel allant du haut vers le bas (*top-down*), le droit émanant toujours du haut, d'un foyer de juridicité unique, s'exprimant de préférence à l'impératif, visant à interdire, construit en un système pyramidal clairement ordonné et hiérarchisé. On sait aussi que le modèle du réseau procède à une déconstruction réaliste de cet ordonnancement, qui révèle dès lors des occurrences de renversement de hiérarchie (le niveau inférieur déterminant le niveau supérieur) et un flou apparent des chemins qu'emprunte la production du droit. Le modèle du réseau entreprend ensuite une action positive de reconstruction en appréhendant deux phénomènes. D'un côté, il met en avant la transformation des modalités d'intervention de l'État, qui recourt à des mécanismes de gouvernance et non plus de gouvernement, à du droit doux, flou, mou, voire liquide. De l'autre, il modélise la rivalité – au sens fort du terme – entre divers acteurs ayant des velléités de régulation. C'est cette rivalité, qui prend donc la forme d'un réseau où toutes les relations de pouvoirs sont possibles, c'est ce second aspect du modèle du réseau qui nous intéresse plus particulièrement dans cet article. Cet aspect nous semble non seulement avoir été l'objet d'un nombre plus restreint d'études, mais il nous paraît également plus spécifique, plus propre à la théorie du réseau, étant donné que la

⁶ Y. POULLET, « Mieux sensibiliser les personnes concernées, les rendre acteurs de leur propre protection », in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2005, vol. 5, p. 47 et s.

⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publ. FUSL, 2002.

mutation des formes d'intervention de l'État est le sujet de nombreuses théories concurrentes au réseau.

Deux hypothèses principales d'application du modèle du réseau seront examinées ici. Toutes deux auront pour objectif fondamental de répondre à la question de savoir si l'on peut établir un modèle ou au moins des parties d'un modèle qui aiderait à résoudre la question de savoir qui fait quoi dans la régulation d'un secteur donné, quels en sont les acteurs dominants. Le modèle du réseau ayant défait le modèle formel d'une régulation *top-down*, la question se pose maintenant de savoir si l'on peut aborder la construction d'un autre modèle appréhendant le flux régulateur global dans un secteur et plus spécifiquement si le modèle du réseau peut jouer ce rôle.

La première hypothèse reposera sur l'idée qu'une pluralité d'acteurs tente, dans le cyberspace, d'imposer leurs productions normatives respectives. Ces différents flux normatifs peuvent, dans certaines situations à tout le moins, être appréhendés sous la forme de modèles de régulation en concurrence l'un avec l'autre : il s'agira de la réglementation étatique, de l'autorégulation et de ce que l'on appelle, dans le contexte du cyberspace, la régulation par la technologie. Il nous semble que le modèle du réseau peut être utilisé pour cette hypothèse comme méta-modèle de régulation, c'est-à-dire comme modèle des modèles de régulation, comme modèle qui explique les interactions et les hiérarchies qui s'établissent entre les modèles de régulation que nous venons d'énumérer.

La seconde hypothèse mobilisera le modèle du réseau comme un modèle d'internormativité, d'étude et d'explication des relations entre différents systèmes ou ordres juridiques. Le modèle du réseau permet, à notre sens, d'expliquer de manière féconde les rivalités d'application de plusieurs ordres juridiques à une même situation et les hiérarchies s'établissant à cette occasion entre ces ordres. Nous y concluons que la hiérarchie entre les différents acteurs (le sens du flux normatif global) et entre les différents systèmes juridiques (quel ensemble normatif primera) nous semble pouvoir être établie en fonction de deux facteurs : l'effectivité et la légitimité, ou plus exactement l'effectivité instrumentale (la capacité à contraindre le respect) et l'effectivité symbolique (la capacité à appeler le respect volontaire de la norme, reposant sur une adéquation morale des normes).

Cela, nous allons le démontrer en présentant tout d'abord, dans les grandes lignes, le domaine d'expérimentation, soit le cyberspace et Internet. On y montrera simplement qu'Internet et réseau ont fondamentalement partie liée et que le premier semble donc

intuitivement être un objet d'étude particulièrement fécond. Ensuite, on abordera les trois principaux modèles actuels de régulation du cyberspace et l'on montrera rapidement leurs rivalités, leurs volontés respectives à s'imposer. On y verra qu'aucun modèle de régulation n'a de suprématie hiérarchique définitive, que la hiérarchie entre les modèles de régulation est changeante et complexe. Enfin, on abordera la même question sous l'angle des systèmes juridiques et l'on observera comment différents systèmes jouent la concurrence dans le cyberspace et que, là aussi, la hiérarchie entre eux n'est jamais définitivement établie.

1. Internet et le modèle du réseau : une relation privilégiée

Internet est, comme son nom le suggère, un inter-réseau informatique ou, en d'autres termes, un méta-réseau, c'est-à-dire un réseau de réseaux. De là à penser qu'il constitue un cas d'application privilégié du modèle du réseau, il n'y a qu'un pas. Mais, au-delà de la proximité sémantique et de l'intuition, existe-t-il effectivement une relation particulière entre le modèle théorique dont il s'agit de faire le test ici et l'objet auquel nous nous proposons de l'appliquer ? C'est à cette question qu'est dédiée cette première partie.

Nous l'aborderons en revenant tout d'abord très brièvement à la relation entre, d'un côté, le concept de réseau dans le modèle de ce nom et, de l'autre, Internet. Ensuite, nous passerons en revue certaines caractéristiques techniques du Net qui nous permettent de penser qu'il s'agit bien là d'un cas d'application privilégié du modèle théorique étudié ici. Puis, afin d'éclairer cette assertion, nous tenterons de relever l'influence qu'exercent ces caractéristiques techniques sur la régulation du cyberspace. Enfin, nous noterons dans les grandes lignes comment l'objet d'étude en question ici présente une version radicalisée de certaines mutations du droit plus généralement contemporaines.

a. Internet : retour aux sources du réseau

Le modèle du réseau repose, en partie du moins, sur l'idée du réseau telle que le sociologue Manuel Castells la définit, à savoir qu'il s'agit d'un « ensemble de nœuds interconnectés » où un nœud est un « point d'intersection d'une courbe par elle-même », formant une « structure [...] ouverte [...], susceptible [...] de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu'ils sont capables de

communiquer au sein du réseau » et opérant « de spectaculaires réorganisations des relations de pouvoir »⁸. L'idée de Michel Serres qu'« aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, [qu']aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel » n'est, pour le surplus, jamais loin⁹. On notera que, transposé au domaine du droit, les nœuds deviennent les acteurs de la production normative et les courbes prennent la forme de flux de pouvoir.

Or, Manuel Castells est un théoricien (l'un des plus remarqué d'ailleurs) de la structuration sociale du cyberspace, c'est-à-dire du pendant social de la plate-forme technologique de communication que constitue Internet¹⁰. Il existe une relation fondamentale dans ses travaux entre la structure technologique du Net et la structuration des rapports sociaux qui ont tendance à se tisser dans le cyberspace¹¹. Sa

⁸ M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t. 1, *L'ère de l'information*, trad. Ph. Delamare, Paris, Fayard, 1998, p. 526. Une définition plus étoffée a été proposée par F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit. n. 7, p. 24 : « le réseau constitue une 'trame' ou une 'structure', composée d'éléments' ou de 'points', souvent qualifiés de 'nœuds' ou de 'sommets', reliés entre eux par des 'liens' ou 'liaisons', assurant leur 'interconnexion' ou leur 'interaction' et dont les variations obéissent à certaines 'règles de fonctionnement'. De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, 'aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel' ».

⁹ M. SERRES, *Hermès I. La communication*, Paris, Minuit, 1968, p. 11.

¹⁰ Comme l'écrit Manuel Castells, le cyberspace, en tant que plate-forme globale de communication, ne peut être réduit à sa dimension instrumentale, M. CASTELLS, *La galaxie Internet*, trad. Ph. Chemla, Paris, Fayard, 2001, p. 13. Voir aussi M. WERTHEIM, *The Pearly Gates of Cyberspace. A History of Space from Dante to the Internet*, Londres, Virago, 1999, p. 299 : le cyberspace est un espace social, un « réseau de relations » ; P. TRUDEL, « Quel droit pour le cyberspace ? », in *Légipresse*, 1996, n° 129, II, p. 9 et s. : le cyberspace est un « lieu social », et B.D. LOADER, « The Governance of Cyberspace : Politics, Technology and Global Restructuring », in *Governance of Cyberspace : Politics, Technology & Global Restructuring*, s. dir. B.D. Loader, Londres, Routledge, 1997, p. 1 et s., spéc. p. 1 : « a computer-generated public domain which has no territorial boundaries or physical attributes and is in perpetual use. »

¹¹ M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t. 1, op. cit. n. 8, p. 525 « les réseaux constituent la nouvelle morphologie sociale de nos sociétés, et la diffusion de la logique de la mise en réseau détermine largement les processus de production,

définition du réseau est, en d'autres termes, directement importée de l'architecture d'Internet¹². Par ailleurs, on notera que la « cyberculture »¹³, dont le modèle du réseau est largement empreint¹⁴, trouve ses racines dans les virtualités d'action qu'Internet permet, ce qui est une conséquence directe de son organisation technique¹⁵.

D'un côté, étant donné que le modèle du réseau s'inspire de Castells, qui se fonde lui-même sur Internet, il semble bien qu'il existe une filiation entre Internet et le modèle du réseau. En conséquence, remonter la filiation pourrait permettre, espérons-nous, d'éclairer le modèle théorique en examen ici.

De l'autre côté, appliquer le modèle du réseau aux phénomènes juridiques qui se développent à partir de l'objet techno-sociétal duquel il s'inspire pour établir ses bases devrait montrer des résultats particulièrement probants. On observera à cet égard que la notion de réseau, qui découle donc au moins en partie de la structure d'Internet, a été utilisée pour décrire les flux normatifs dans divers domaines socio-juridiques, mais l'hypothèse de la régulation du cyberspace n'a encore guère été testée¹⁶.

b. Caractéristiques fondamentales d'Internet

Les deux caractéristiques qui nous semblent les plus fondamentales dans le modèle du réseau sont sa décentralisation et son caractère ouvert. D'un côté, le réseau est décrit comme étant marqué par la circularité¹⁷, composé d'acteurs dont aucun « ne dispose plus du

d'expérience, de pouvoir et de culture » et M. CASTELLS, *La galaxie Internet*, trad. P. Chemla, Paris, Fayard, 2001, p. 11

¹² M. CASTELLS, *La société en réseaux*, *op. cit.* n. 8, p. 25 et s.

¹³ P. LEVY, *Cyberculture*, Paris, Odile Jacob, 1997.

¹⁴ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 449.

¹⁵ *Ibidem*, où les auteurs relèvent les « transformations que le développement des technologies de l'information a rendues possibles ».

¹⁶ Voir tout de même F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, pp. 116–117 et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, à paraître.

¹⁷ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit*, s. dir. P. Bouretz, Paris, Esprit, 1991, p. 241 et s., spéc. p. 256 : la « circulation de sens juridique s'opèr[e] dans l'espace public et nul ne pourrait [...] prétendre se l'accaparer » (nous soulignons) et, p. 244 et 255 et s., le réseau « ne connaît d'autre loi que la circulation des discours ». Voir aussi ID., « La régulation : des horloges et

privilège du premier ou du dernier mot »¹⁸, dépourvu de centre. De l'autre côté, il est présenté comme une structure ouverte, « n'impliqu[ant] aucune forme de clôture »¹⁹. Or, ces deux mêmes caractéristiques sont les pierres angulaires du fonctionnement du Net.

b.1. Décentralisation

Tout l'édifice technologique que constitue Internet repose sur un principe fondamental : la décentralisation. Cette caractéristique a été volontairement mise en œuvre lors de sa conception ; sa raison d'être était de rendre le réseau invulnérable aux attaques militaires locales, l'une des préoccupations principales du développement des systèmes de télécommunication pendant la guerre froide. Techniquement, cette décentralisation a pour effet que, si l'une des parties du réseau est détruite, les transmissions sont automatiquement réacheminées vers les serveurs et les lignes restées intactes. Ceci est rendu possible par le fait que toute communication est scindée en petits paquets, qui sont acheminés par différentes routes et recombinaisonnés à l'arrivée. Les parcours ainsi empruntés ne peuvent être ni dirigés, ni prévus, ni même vérifiés par l'utilisateur²⁰. Les informations ne transitent donc pas par un point central qui pourrait les filtrer, les censurer ou autrement les contrôler. Elles circulent, en quelque sorte, librement²¹.

des nuages... », in *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, s. dir. B. Jadot et F. Ost, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, p. 11 et s., spéc. p. 17 : l'impulsion normative de chaque acteur n'est plus destinée qu'« à circule[r] parmi d'autres, dans le réseau interactif de la production juridique ».

¹⁸ ID., « La régulation : des horloges et des nuages... », *op. cit.* n. 17, p. 16.

¹⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 25.

²⁰ A. DUFOUR, *Internet*, 5^e éd., Paris, PUF, 1997, p. 6 : « la diversité des liaisons utilisées pour véhiculer les informations sur Internet est totalement [...] imperceptible pour l'utilisateur [de telle manière] que l'on ignore généralement les supports et les routes empruntés réellement par les informations que l'on reçoit ou que l'on envoie. »

²¹ Il existe toutefois une exception à cette décentralisation : le système de nommage (ou Domain Name System - DNS), c'est-à-dire le système d'allocation et de correspondance des adresses IP et des noms de domaine : voir par exemple Sh.E. GILLET et M. KAPOR, « The Self-Governing Internet : Coordination by Design », in *Coordinating The Internet*, s. dir. B. Kahin et J.H. Keller, Cambridge, Mass. et Londres, MIT Press, 1997, p. 3 et s., affirmant qu'Internet est « à nonante-neuf pour cent décentralisé » et « centralisé pour un pour cent ». Le système de nommage est centralisé du fait de l'existence d'une base de donnée unique sur laquelle repose tout

b.2. Ouverture

La décentralisation que nous venons d'évoquer, qui correspondait avant tout à une nécessité militaire, est étroitement liée à l'un des principaux facteurs ayant fait la popularité d'Internet : son ouverture. On entend par là que, d'un côté, tout autre sous-réseau fonctionnant avec le même protocole de communication (l'Internet Protocol – IP) peut s'y connecter sans avoir à requérir une quelconque forme d'autorisation ou de réception de la part d'un organisme de contrôle²². De l'autre côté, cela signifie que les technologies qui ont fondé Internet ont institué un accès géographiquement ouvert²³. De plus, puisqu'aucune matière ne doit circuler (dématérialisation), les communications sont quasi-instantanées et les frontières géographiques perdent toute incidence²⁴. En principe, si l'on exclut des cas radicaux concernant surtout les régimes répressifs de certains pays restreignant l'accès au Net²⁵, tout site web peut être consulté depuis

l'édifice de la conversion des noms de domaine en adresses IP. Dans ce contexte, la déterritorialisation est d'ailleurs beaucoup plus faible, les adresses IP étant distribuées sur base nationale : W.R. STEVENS, *TCP/IP illustré*, vol. 1, *Les protocoles*, trad. E. Tyberghier, Paris, Thomson, 1997, p. 9 et s.

²² Pour une description plus approfondie d'Internet, voir par exemple A. DUFOUR et S. GHERNAOUTI-HELIE, *Internet*, 9^e éd., Paris, PUF, 2002 ; A. DUFOUR, *Le cybermarketing*, Paris, PUF, 1997 ; Harvard Law Review, « Developments in the Law – The Law of Cyberspace », in *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 112, p. 1574 et s., spéc. p. 1577 ; M. GEIST, « The Reality of Bytes : Regulating Economic Activity in the Age of the Internet », in *Wash. L. Rev.*, 1998, vol. 73, p. 521 et s., spéc. pp. 525–531, et K.W. GREWLICH, *Governance in 'Cyberspace'. Access and Public Interest in Global Communications*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 28 et s.

²³ J. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », in *U. Pa. L. Rev.*, 2005, vol. 153, p. 1951 et s., spéc. p. 1956.

²⁴ Th. HOEREN, « Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts », in *NJW*, 1998, vol. 39, p. 2849 et s., spéc. p. 2849–2852. Voir aussi M.A. LEMLEY et L. LESSIG, « The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era », in *UCLA L. Rev.*, 2001, vol. 48, p. 925, spéc. 930 et s.

²⁵ Nous simplifions volontairement ici la problématique de la territorialité sur Internet. Si notre assertion de la déterritorialisation et l'ouverture de principe est sans doute correcte, on peut constater une tendance de plus en marquée vers la réintroduction de frontières dans le cyberspace, fondées sur des technologies géolocalisatrices, promues par les gouvernements (afin de faire respecter des considérations d'ordre public sur leurs territoires) et les opérateurs commerciaux (afin de mieux cibler ou fractionner leur clientèle). On notera également le caractère

tout point du globe. En somme, n'importe quel acteur peut se connecter à Internet depuis n'importe quel endroit et, ce faisant, participer à la régulation à tout le moins sociale du cyberspace.

c. Incidence de la structure technologique sur la régulation

La structure technologique d'Internet a une incidence très nette sur sa régulation. La régulation d'un monde virtuel tel que le cyberspace (mais il pourrait s'agir également de tout autre ensemble de faits dématérialisés tels que les réseaux bancaires ou financiers) est en effet pour une partie très importante tributaire de ce que la technique permet ou ne permet pas de réaliser. En l'espèce, les deux caractéristiques principales d'Internet que nous venons d'évoquer (décentralisation et ouverture) affaiblissent la capacité de régulation des États.

La structure technologique du Net mettant en œuvre sa décentralisation réduit de manière déterminante l'effectivité d'une intervention normative classique de l'État²⁶. Elle entraîne la difficulté d'imposer d'en haut une forme de régulation de type pyramidal, prenant la forme d'un « commandement unilatéral, autoritaire, centralisé »²⁷, puisqu'il n'y a pas un opérateur unique (au contraire des réseaux hiérarchisés tels que SWIFT²⁸ ou les systèmes téléphoniques nationaux²⁹) qui contrôlerait le réseau dans son ensemble. Tout comme dans un système neuronal, si une partie du réseau est empêchée de réaliser les actions voulues par les acteurs, le réseau se réorganise par un déplacement des flux vers d'autres de ses parties. Seul un nombre de mesures restreint au point d'être négligeable

radicalement fermé qu'Internet peut prendre dans les pays, comme la Chine, où l'État contrôle l'accès des internautes à la toile en imposant des restrictions très strictes à l'ensemble des fournisseurs d'accès. Sur tout ceci, voir J. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », *op. cit.* n. 23 et ID., « States and Internet Enforcement », in *UOLTJ*, 2003/2004, vol. 1, p. 213 et s.

²⁶ A. MANOLOPOULOS, « Raising 'Cyber-Borders' : The Interaction Between Law and Technology », in *Int. J. L. & Tech.*, 2003, vol. 11, p. 40 et s., spéc. p. 55.

²⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 26.

²⁸ Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 46.

²⁹ Voir de manière générale F.B. SCHNEIDER (éd.), *Trust in Cyberspace*, Washington, D.C., National Academy Press, 1999, pp. 27-29 et K. HAFNER et M. LYON, *Where Wizards Stay up Late : The Origins of the Internet*, New York, Schuster & Schuster, 1996, pp. 62-63.

permet de contrôler véritablement un comportement, non dans une partie toujours contournable du cyberspace, mais dans son ensemble.

Quant à l'ouverture d'Internet, c'est-à-dire le fait qu'il ne soit pour ainsi dire pas géographiquement compartimenté à l'intérieur et, vers l'extérieur, apte à accueillir un nombre indéterminé de nouveaux sous-réseaux, cette caractéristique permet l'évitement législatif ou l'évasion territoriale, autrement dit le *law shopping*³⁰. On entend par là le déplacement des acteurs touchés dans un État par une réglementation qui leur déplaît vers un autre État. Puisque les informations se déplacent sur Internet sans limitation géographique, le fait qu'elles soient expédiées et reçues dans un État plutôt qu'un autre n'a quasiment aucune importance. Les activités peuvent être menées à distance depuis n'importe quelle localisation géographique³¹. La capacité de régulation des États, dont l'assise est territoriale, en est affaiblie³². La quasi-absence de frontières génère donc des difficultés de contrôle des flux d'informations, parce que la déterritorialisation de ceux-ci entre en conflit avec la territorialité des États.

d. Le cyberspace : archétype de quelques mutations juridiques contemporaines

En raison notamment des caractéristiques technologiques fondamentales d'Internet et des effets que celles-ci ont sur la capacité des États à le réguler, le cyberspace constitue le terreau d'un certain nombre de situations radicalisées de phénomènes juridiques contemporains relevant de la logique du réseau. Ces phénomènes sont d'ailleurs expressément prévus dans la description du modèle du réseau par ses auteurs, ce qui semble aller de soi si l'on retient l'idée

³⁰ Pour un survol de cette problématique : Harvard Law Review, « Developments in the Law – The Law of Cyberspace », Partie II, « Communities Virtual and Real : Social and Political Dynamics of Law in Cyberspace », in *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 112, n° 7, p. 1586 et s., spéc. p. 1587

³¹ Pour une discussion de ce caractère ubiquitaire, U. SIEBER, « Informationsrecht und Recht der Informationstechnik – Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen », in *NJW*, 1998, vol. 30, p. 2569 et s., spéc. p. 2579.

³² Voir par exemple R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 5 : « la sphère de puissance de l'État coïncide avec l'espace sur lequel s'étendent ses moyens de domination » et « l'État exerce sa puissance non seulement sur un territoire, mais sur un espace, espace qui, il est vrai, a pour base de détermination le territoire lui-même. »

que le modèle du réseau repose précisément, de manière certes indirecte, sur l'organisation d'Internet lui-même.

En premier lieu, les auteurs du modèle du réseau rappellent que « c'est une conception renouvelée du territoire qui s'impose », une « vision plus fluide et dynamique des espaces juridiques – moins enfermée dans des frontières juridiques qu'ouverts aux multiples flux et réseaux des régulations concurrentes »³³. Or, le cyberspace, on l'a vu, est probablement l'un des contextes où le territoire est le plus radicalement remis en question. Il n'y est pas totalement absent, certains noms de domaine et toutes les adresses IP identifiant les ordinateurs sont par exemple attribués territorialement. De plus, la plupart des opérateurs et des utilisateurs sont aisément identifiables géographiquement. Cependant, la notion de territoire change radicalement, par exemple en raison de l'extrême facilité de passer du territoire d'un État à celui d'un autre. Des territoires virtuels y existent également, sous la forme d'univers d'informations correspondant à des zones du cyberspace, délimitées par exemple par la nécessité d'entrer un mot de passe ou par l'admission de certains types d'ordinateurs seulement³⁴. C'est donc bien d'une vision plus fluide et dynamique du territoire qu'il semble s'agir.

Cette transformation de la notion de territoire s'accompagne d'un mouvement « emport[ant] les États vers l'extérieur »³⁵ : il s'agit de la mondialisation, où « l'espace se contracte à la dimension d'un 'village mondial' [...], [la] mobilité sans frein [...] annule les distances, le temps s'accélère au point de faire de l'instantané [...] la mesure de l'action pertinente, [et] la distinction intérieur-extérieur perd [...] beaucoup de son importance, contraignant les États à une mise en question radicale de leurs modes d'intervention »³⁶. Ici aussi, c'est dans le cyberspace que l'on retrouve probablement les formes les plus marquées de ces phénomènes. Pour Thomas Friedman, le web est le concept même représentant le phénomène de la mondialisation, il en est la quintessence³⁷. En effet, la dématérialisation du cyberspace (abandon du papier, échanges de biens informationnels

³³ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit. n. 7, p. 130

³⁴ L. LESSIG, « The Zones of Cyberspace », in *Stan. L. Rev.*, 1996, vol. 48, p. 1403 et s.

³⁵ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit. n. 7, p. 158

³⁶ *Ibidem*, p. 159.

³⁷ Th. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree*, Glasgow, HarperCollins, 2000, p. xvi et s.

au lieu de biens matériels) conduit tout d'abord à une contraction radicale de l'espace en raison de la mobilité extrême des informations, disponibles sur Internet de manière ubiquitaire³⁸. Si la première phase de la mondialisation (19^e siècle à la fin des années 1920), qui correspondait à une première contraction des distances, était surtout marquée par un accroissement des flux démographiques rendu possible par la facilitation des conditions de transport, sa deuxième phase, dont nous sommes actuellement témoins, est davantage caractérisée par un développement des flux informationnels, constituant autant de services ou de biens immatériels. Pour cette seconde phase, Internet est le développement technologique le plus significatif, celui sur lequel repose la partie la plus importante des transformations socio-économiques, il représente la figure la plus emblématique du rétrécissement du monde³⁹. Internet est également l'un des facteurs les plus frappants de l'accélération du temps, au point que les théoriciens du cyberspace le décrivent marqué par la « détemporalisation », faisant ainsi référence à la quasi-instantanéité des communications électroniques⁴⁰. Enfin, la distinction intérieur-extérieur est, sur Internet plus que partout ailleurs, très largement brouillée puisqu'il est extrêmement difficile d'arrêter les informations aux frontières d'un État⁴¹. Le mode d'intervention des États en est affecté, notamment en ce qu'ils sont amenés à adopter des lois qui sortent de plus en plus d'effets extraterritoriaux, afin de pouvoir englober des actions dont l'origine se situe en dehors du territoire de l'État mais y exerçant un effet direct⁴².

³⁸ Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 31 et s., P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 1/17 et S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse Laval et Paris II dact., 2003, p. 228 et s.

³⁹ Yves Poullet conclut ainsi à une « double globalisation » par Internet : « Globalisation dans un premier sens, de par la dimension internationale des réseaux et de leur convergence ; globalisation dans un second sens, dans la mesure où l'ensemble des activités est progressivement traduite en information digitale » : Y. POULLET, « Mieux sensibiliser... », *op. cit.* n. 6, à la note 66.

⁴⁰ Th. HOEREN, « Internet und Recht... », *op. cit.* n. 24.

⁴¹ P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », in *Le droit international de l'internet*, s. dir. G. Chatillon, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 89 et s., spéc. p. 90.

⁴² Voir par exemple J.-M. CHEVALIER, I. EKELAND, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, p. 41. Sur les

En contrepoint de ces développements de l'État dans ses relations extérieures, il est aujourd'hui décrit, à l'intérieur, comme un « acteur en quête de rôle »⁴³, il connaît depuis quelque temps des « métamorphoses de la souveraineté »⁴⁴, en ce sens qu'il est « amené à composer désormais avec une multitude d'interlocuteurs locaux et sectoriels et d'adopter certains de leurs modes d'action »⁴⁵. Tout se passe « comme si, incapable d'imposer sa logique unilatérale aux réseaux sociaux, l'État se trouvait pris à son tour dans les mailles de leurs filets, contraint d'en passer lui aussi par la négociation et le multilatéralisme pour atteindre ses objectifs »⁴⁶. À nouveau, les métamorphoses de la souveraineté étatique prennent sans doute leur aspect le plus marqué dans le contexte d'Internet. On se souvient peut-être à cet égard de la flamboyante *Déclaration d'indépendance du cyberspace* de John Perry Barlow, dans laquelle son auteur clame cette revendication radicale : « Gouvernements du monde industriel, [...] je déclare l'espace social que nous nous construisons naturellement indépendant des tyrannies que vous cherchez à nous imposer »⁴⁷. Lawrence Lessig explique ainsi qu'« une idée définissait la première génération de pensée relative à cet espace. Le cyberspace, disait-on, ne peut être régulé. Il ne 'peut pas être gouverné', il

difficultés de contrôler techniquement les flux d'information sur Internet, conduisant à remettre en question le principe de la souveraineté internationale, A. MEFFORD, « Lex Informatica : Foundations of law on the Internet », in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1997, p. 211 et s. et J.L. GOLDSMITH, « Against Cyberanarchy », in *U. Chi. L. Rev.*, 1998, vol. 65, p. 1199 et s., spéc. pp. 1203–1204 : « regulation of the local effects of cyberspace information flows permits all nations simultaneously to regulate all web-based transactions. The result is multiple and inconsistent regulation of the same activity » ; S. BIEGEL, *Beyond our control ? Confronting The Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Londres, MIT Press, 2001, p. 40 ; D.R. JOHNSON et D.G. POST, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *op. cit.* n. 5, p. 1380 ; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* n. 2, p. 54 et s., et Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, *op. cit.* n. 28, p. 51 et s. et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 61 et s.

⁴³ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 125 et s.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ J.P. BARLOW, « Déclaration d'indépendance du cyberspace », *op. cit.* n. 1.

a une 'capacité innée' à résister à la régulation. C'est là sa nature, son essence, c'est ainsi que sont les choses [...] Le cyberspace est un espace de non-contrôle »⁴⁸. Le cyberspace se concevait ainsi, en raison surtout de sa décentralisation et de son ouverture, comme un eldorado de liberté non soumis à la souveraineté des États, argument pris du fait que toute tentative de réglementation d'une activité conduirait forcément, si la réglementation ne convient pas aux destinataires, au déplacement des acteurs concernés vers un autre État où la législation leur est plus favorable. Si l'idée de l'absence totale de l'État dans le cyberspace est de toute évidence une exagération extrême, on peut aisément constater que les difficultés d'intervention de l'État y sont tout à fait réelles, comme en témoignent par exemple le téléchargement illégal de musique et de films, le spamming, les casinos virtuels ou encore la pornographie impliquant des enfants, pour ne citer que quelques exemples⁴⁹. L'État ne peut guère, dans ce domaine, simplement imposer des commandements unilatéraux sanctionnés de la menace de l'intervention de la force publique. Les stratégies d'évitement sont trop nombreuses et, partant, nombre d'interventions, pour être réellement efficaces, devraient être portées à un niveau où elles atteindraient aux principes fondamentaux d'un État démocratique respectant la sphère privée. Par ailleurs, une attitude libertaire, niant fondamentalement la légitimité de l'État à imposer sa réglementation, anime un nombre important d'acteurs, qualifiés parfois de « séparatistes », du cyberspace⁵⁰. Cela contribue à la

⁴⁸ L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 24, se référant notamment à T. STEINERT-THRELKELD, « Of Governance and Technology », in *Inter@active WeekOnline*, 2 octobre 1998 : « some things never change about governing the Web. Most prominent is its innate ability to resist governance of any form. »

⁴⁹ On notera que l'influence déterminante d'Internet dans ces problématiques a été de porter ces phénomènes à une autre échelle. Ce n'est pas, par exemple, que la copie illicite de musique était inexistante auparavant, mais bien plus qu'il suffit aujourd'hui de quelques heures pour se constituer une discothèque entière à partir de fichiers musicaux illégalement téléchargés. Ce changement d'échelle a eu pour conséquence de transformer des délits mineurs, des cas bagatelles sans véritable problème pour l'État de droit – mis à part, bien entendu, la question de la pornographie impliquant des enfants –, en des phénomènes socio-juridiques majeurs qui sapent les fondements de l'autorité.

⁵⁰ J. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », *op. cit.* n. 23, pp. 1953, 1958, 1961.

résistance sociale de l'objet de la régulation⁵¹. En conséquence, l'État, face à ce qui est décrit comme une véritable « impasse »⁵² s'il entend poursuivre simplement sa « volonté [...] d'imposer sa politique »⁵³, est amené à composer avec de multiples acteurs et à s'accommoder de leurs revendications par un « droit négocié »⁵⁴, dans un processus semblable à celui qui régit la politique fiscale relevant de cette logique que mieux vaut une entreprise (ou un individu) payant peu que pas de payeur du tout (phénomène de dumping réglementaire). Plus récemment, l'État tend par ailleurs à reprendre l'un des modes d'action principaux des acteurs du cyberspace, à savoir le contrôle par la technologie (rendre certains comportements technologiquement impossibles ou extrêmement difficiles à réaliser), allant jusqu'à envisager l'utilisation publique de techniques développées par les pirates informatiques dans un but de sanction⁵⁵. Les modes d'action de l'État sont donc bien en mutation radicale dans ce domaine, en raison d'une résistance du contexte à réguler.

2. Le modèle du réseau pour appréhender les aspects généraux de la régulation du cyberspace

Dans la première partie, nous avons abordé la relation entre le modèle du réseau et le cyberspace avec une perspective très globale, dont le but était simplement de mettre en lumière les relations privilégiées existant entre ces deux éléments. Nous avons vu que ces relations sont de deux types. D'un côté, l'organisation même d'Internet, qui détermine très largement la forme que prennent les flux de pouvoir dans le cyberspace, correspond précisément au concept de

⁵¹ Voir par exemple P. SIRINELLI, « L'adéquation entre le village virtuel et la création normative – Remise en cause du rôle de l'État », in *Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, s. dir. K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, La Haye, Kluwer, 1998, p. 1 et s. ; B.D. LOADER, « The Governance of Cyberspace : Politics, Technology and Global Restructuring », in *Governance of Cyberspace : Politics, Technology & Global Restructuring*, s. dir. B.D. Loader, Londres, Routledge, 1997, p. 1 et s., spéc. p. 2 « to some, [cyberspace] heralds a libertarian future of self-expression freed from the impositions of government domination ».

⁵² Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, op. cit. n. 28, p. 44 et s.

⁵³ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 56 et s.

⁵⁵ J. REIDENBERG, « States and Internet Enforcement », op. cit. n. 25, p. 225 et s.

réseau tel qu'il est retenu pour le modèle du réseau. Internet se caractérise en effet par un certain nombre de traits assez rares dans l'architecture des réseaux d'informations, et tous ces traits se retrouvent dans le concept de réseau. De l'autre côté, le cyberspace est le théâtre de manifestations radicalisées de phénomènes juridiques contemporains entrant dans la logique du modèle du réseau et prévus par celui-ci.

La trame de fond étant ainsi posée, il s'agit maintenant d'adopter une perspective moins générale et d'approcher de plus près les flux normatifs qui parcourent le cyberspace. La question ici sera de savoir dans quelle mesure le modèle du réseau décrit effectivement « la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent »⁵⁶, pour reprendre les termes de Michel Foucault, c'est-à-dire de représenter la structure des pouvoirs et donc du droit dans le cyberspace.

Nous commencerons par une présentation des trois modèles de régulation du cyberspace les plus souvent évoqués, qui correspondent à autant de désirs d'imposer un flux normatif plutôt qu'un autre et donc de prétendre à la suprématie d'un type d'acteurs. Ensuite, nous conclurons en proposant de comprendre le modèle du réseau comme un méta-modèle de régulation, c'est-à-dire un modèle décrivant la concurrence entre différents modes de régulation.

a. Types de flux normatifs dans la régulation du cyberspace

On peut identifier, dans le cyberspace, trois acteurs principaux de la régulation : les États, les acteurs techniques et les usagers. Chacun de ces types d'acteurs est la source d'un flux normatif : la réglementation étatique, la régulation par la technique et l'auto-régulation, qu'ils tentent souvent d'imposer au détriment des autres flux normatifs. Dans les pages qui suivent, nous passerons successivement en revue ces trois formes de normativité, en tentant de démontrer que chacune correspond à un modèle de régulation que ses défenseurs tentent d'imposer.

a.1. Élaboration législative étatique et prétention de souveraineté étatique

Malgré les rapports faits aux gouvernements affirmant que le cyberspace « n'est pas naturellement [l'espace] du droit », qu'il se

⁵⁶ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 122.

situe dans un rapport d'« antagonisme avec le droit »⁵⁷, les États n'ont pas abandonné la partie, loin s'en faut. La réglementation du cyberspace, plus que jamais, est un objectif clair de la plupart des gouvernements.

Deux raisons peuvent être relevées quant à la permanence de la volonté étatique d'imposer sa production normative. Premièrement, les transformations importantes de la normativité juridique dans le cyberspace, constituant autant d'anomalies dans le fonctionnement d'une machinerie juridique étatique subissant un nombre jusque là inégalé d'échecs, ont entraîné un durcissement de la dogmatique juridique. Comme lors de la remise en cause de tout paradigme dominant (et la réglementation hégémonique par l'État en est de toute évidence un), la résistance du paradigme apparaît spontanément et son pouvoir explicatif, un temps inquiété, est artificiellement étendu pour couvrir des phénomènes qu'il ne devrait en principe pas prendre en compte⁵⁸. En l'espèce, la dogmatique juridique conclut en substance qu'une activité quelconque ne saurait échapper à l'État du fait qu'elle est dématérialisée, étant donné que les champs d'application des divers droits étatiques quadrillent nécessairement le monde entier. On argue alors qu'il faudrait simplement procéder à suffisamment de production législative et de mise en œuvre des normes par la contrainte pour que tout rentre dans l'ordre. On notera également qu'une telle réaction de l'État repose pour le surplus sur le fait que l'amour-propre des agents de l'État a été touché par des acteurs prétendant pouvoir passer outre leur autorité.

Deuxièmement, l'État a un devoir, lié à son existence même, de protéger ses citoyens et ses valeurs fondamentales⁵⁹. Plus précisément, on peut distinguer trois arguments poussant l'État à intervenir. Tout d'abord, les activités véhiculées par les réseaux ne concernent pas exclusivement les individus qui se connectent à Internet, qui pourraient en conséquence être éventuellement considérés comme participants à ces activités à leurs propres risques. Bien au contraire, les activités réalisées dans le cyberspace produisent des externalités

⁵⁷ Conseil d'État (français), *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998.

⁵⁸ Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

⁵⁹ J. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », *op. cit.* n. 23, p. 1969 et M. VIVANT, « Internet et modes de régulation », in *Internet face au droit*, s. dir. É. Montero, Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 215 et s., spéc. pp. 220 et 219.

tout à fait significatives pour le monde hors ligne⁶⁰ ; les pertes subies par l'industrie du disque à cause de l'échange de fichiers musicaux sur Internet en constitue l'exemple le plus connu⁶¹. Ensuite, seule l'activité réglementaire étatique garantit une réflexivité sociale⁶², c'est-à-dire une base démocratique suffisante et donc la prise en compte d'un nombre suffisant d'intérêts et de valeurs sociales. En d'autres termes, l'intervention de l'État « vise à maintenir l'ouverture du réseau afin d'éviter que les autorégulations ne soient détournées par des groupes d'intérêts particuliers »⁶³. Enfin, seul le droit étatique peut réellement donner un cadre de confiance aux acteurs du cyberspace. En effet, comme le notent Jacques Berleur et Yves Poulet, « que la loi ait une fonction rassurante est indéniable. Elle crée un cadre de référence clair, soumet les acteurs à des prescrits qui garantiront la sécurité, la loyauté et la bonne fin des opérations »⁶⁴. L'intervention de l'État est donc un élément nécessaire au développement de la net-économie.

La conséquence de ces deux raisons est que les États tentent encore très souvent d'imposer leurs normes, souvent au détriment de la nécessité – du point de vue de la faisabilité ou de l'efficacité de la régulation – de recourir à du droit négocié. Si l'idée d'une normativité souple composant avec les diverses velléités des destinataires est certes en train d'émerger dans le cyberspace comme paradigme concurrent à celui du droit imposé, ce dernier est encore loin de disparaître.

De ce point de vue, le seul modèle acceptable (voire correct, pour les tenants d'un positivisme dur) de régulation du cyberspace est la réglementation, c'est-à-dire la souveraineté étatique sans compromis. L'État a donc, dans bien des situations, une prétention

⁶⁰ M.A. LEMLEY, « The Law and Economics of Internet Norms », in *Chi.-Kent. L. Rev.*, 1998, vol. 73, p. 1257 et s., spéc. p. 1277 et s.

⁶¹ Voir par exemple J.B. MEISEL et T.S. SULLIVAN, « The Impact of the Internet on the Law and Economics of the Music Industry », in *Info*, 2002, vol. 4, no. 2, p. 16 et s.

⁶² M. MAESSCHALCK et T. DEDEURWAERDERE, « Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », in *Gouvernance de la société de l'information. Loi – Autoréglementation – Éthique*, s. dir. J. Berleur, C. Lazaro et R. Queck, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 77 et s., spéc. p. 88.

⁶³ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁴ J. BERLEUR et Y. POULLET, « Réguler Internet », in *Revue Études*, 2002, vol. 397, n° 5, p. 463 et s., pp. 470-471.

réelle à demeurer un souverain hégémonique, imposant un flux normatif unidirectionnel et dominant, voire exclusif.

a.2. Création de technologies régulatrices et prétention de souveraineté des acteurs techniques

Internet est fondamentalement un environnement technique. Dès le début, c'est sur les acteurs techniques qu'a reposé son bon fonctionnement. L'interconnexion des réseaux, et donc la transmission d'informations, n'est possible que grâce à la collaboration des routeurs, des fournisseurs d'accès et des responsables de réseaux⁶⁵. En réalité, ce n'est pas seulement la marche du réseau lui-même, mais également la totalité du traitement des informations, donc l'ensemble des actions entreprises (puisqu'elles ont toutes nécessairement des informations pour substance) qui dépend de la technologie et des acteurs techniques.

Étant donné que le cyberspace est ainsi « construit par la technique » et que celle-ci détermine dans une large mesure la possibilité, l'impossibilité et les modalités nécessaires des activités qui s'y réalisent, il est « possible de concevoir la configuration même de l'espace en y incluant des règles qui doivent être suivies »⁶⁶. En d'autres termes, la technique constitue une forme de contrainte pouvant être instrumentalisée pour régir les comportements dans le cyberspace et, partant, véhiculer certaines valeurs.

À partir de ce constat de la régularité par la technique, un courant de pensée a émergé que l'on pourrait qualifier de *law & technology* (par référence aux divers courants interdisciplinaires américains), dont les chefs de file sont Lawrence Lessig⁶⁷ et Joel

⁶⁵ Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, *op. cit.* n. 28, p. 70.

⁶⁶ P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », *op. cit.* n. 41, p. 100. Pour une étude de cette forme de régulation, au travers notamment des cookies et du standard PICS, voir R.C. SHAH et J.P. KESAN, « Manipulating the governance characteristics of code », in *Info*, 2003, vol. 5, n° 4, p. 3 et s.

⁶⁷ Parmi les nombreux écrits de cet auteur sur ce sujet, citons simplement L. LESSIG, « Intellectual Property and Code », in *St. John's J. Legal Comment.*, 1996, vol. 11, p. 635 et s. ; ID. ; « Reading the Constitution in Cyberspace », in *Emory L.J.*, 1996, vol. 45, p. 869 et s. ; ID., « The Constitution of Code : Limitations on Choice-based Critiques of Cyberspace Regulation », in *CommLaw Conspectus*, 1997, vol. 5, p. 181 et s. ; ID., « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », in *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 113, p. 501 et s., et ID. *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48.

Reidenberg⁶⁸. Pour ces auteurs, la technique constitue un facteur éminemment central de la régulation des activités véhiculées par les réseaux. Partant, les technologies régulatrices sont considérées comme le nouveau « paradigme de la gouvernance des réseaux »⁶⁹, fondant le modèle de la régulation par la technique⁷⁰, qui consiste à « exploiter la dimension technique du cyberspace afin de poser des limites aux activités qui s'y déroulent »⁷¹. Les acteurs privilégiés en sont les producteurs de technique⁷², les programmeurs⁷³. C'est à eux que revient le choix immédiat des valeurs véhiculées par la technologie⁷⁴.

⁶⁸ J.R. REIDENBERG, « La régulation d'Internet par la technique et la *Lex informatica* », in *Les risques de régulation*, s. dir. M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Science-Po et Dalloz, 2005, p. 81 et s. ; ID., « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », in *Borders in Cyberspace*, s. dir. B. Kahin et Ch. Nesson, Cambridge, Mass., MIT Press, 1997, p. 84 et s. ; ID., « Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules Through Technology », in *Tex. L. Rev.*, 1998, vol. 76, p. 553 et s., et ID., « Rules of the Road on Global Electronic Highways : Merging the Trade and Technical Paradigms », in *Harv. J.L. & Tech.*, 1993, vol. 6, p. 287 et s.

⁶⁹ J.R. REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », *op. cit.* n. 68, p. 96 : « a network governance paradigm must emerge to recognize the complexity of regulatory power centers, [and] utilize new policy instruments such as technical standardization to achieve regulatory objectives. »

⁷⁰ Également qualifié de *code-based regulation* (L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48) ou régulation par l'architecture technique (É. LABBE, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », in *Juriscom.net*, novembre 2000, www.juriscom.net/uni/doc/20001108.htm, § 40) ou encore *rulemaking through technical architecture* (R.H. WEBER, *Regulatory Models for the Online World*, La Haye, Kluwer / Zurich, Schulthess, 2002, p. 89 et s.).

⁷¹ É. LABBE, « La technique dans la sphère de la normativité », *op. cit.* n. 70, § 1.

⁷² Pour une meilleure mise en contexte de cette affirmation, rappelons simplement, en empruntant la plume d'Arnaud Dufour, que « les réseaux comportent une partie matérielle (ordinateurs, terminaux, cartes d'interface réseau, câbles, etc.), une partie logicielle (applications, programmes de gestion du réseau, systèmes de sécurité, etc.) et une composante 'humaine', constituée d'une part des techniciens et des gestionnaires chargés de la mise en œuvre du réseau, d'autre part des clients du réseau, c'est-à-dire des utilisateurs bénéficiaires des services offerts par le réseau. Les trois composantes matériel-logiciel-'humain' sont à la base de toute question télématique » : A. DUFOUR, *Internet*, *op. cit.* n. 20, p. 4. C'est donc la « partie humaine » des réseaux (à l'exclusion, en principe, des utilisateurs) qui constitue les

Quelquefois, les acteurs techniques font effectivement un usage très large de ce pouvoir qui leur revient d'adopter des règles de comportement par le biais de la technique. On en trouve des exemples dans le domaine de la protection du droit d'auteur et du *copyright*⁷⁵, de la lutte contre le spamming⁷⁶, de la protection de la vie privée⁷⁷

acteurs privilégiés que nous avons mentionnés. La technique ou technologie qu'ils instrumentalisent pour leur activité régulatrice est formée de la « partie matérielle » et de la « partie logicielle ». En ce sens, L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48, p. 89 : « an analog for architecture regulates behavior in cyberspace – 'code'. The software and hardware that make cyberspace what it is constitute a set of constraints on how you can behave [...] they are features selected by code writers ; they constrain some behavior by making other behavior possible, or impossible. The code embeds certain values or makes certain values impossible. In this sense, it too is regulation, just as the architectures of real-space codes are regulations. » Voir aussi T. WU, « Cyberspace sovereignty ? The Internet and the International System », in *Harv. J. L. & Tec.*, 1997, vol. 10, p. 647 et s., spéc. pp. 650–655, analysant successivement la « *regulation via hardware* » et la « *regulation via software* ».

⁷³ Nous simplifions ici délibérément la problématique en faisant référence aux « programmeurs ». Les acteurs techniques sont en réalité plus diversifiés, et l'on compte notamment parmi eux les organisations de normalisation et les importants acteurs économiques tels que Microsoft. Pour une discussion de ces acteurs techniques, voir par exemple J.R. REIDENBERG, « La régulation d'Internet par la technique et la *Lex informatica* », *op. cit.* n. 68, p. 87.

⁷⁴ Le World Wide Web Consortium (W3C), organisme de régulation technique d'Internet, dont le directeur est le créateur du protocole de base du web, le *hypertext transfer protocol* (http), est par exemple réputé pour laisser largement ses idéaux politiques, qui avaient déjà marqué la création du http, imprégner les normes techniques qu'il émet.

⁷⁵ T.W. BELL, « Fair Use vs. Fared Use : The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine », in *N.C. L. Rev.*, 1998, vol. 76, p. 557 et s. ; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; L. LESSIG, *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Vintage Books, 2002, pp. 180–183.

⁷⁶ D.E. SORKIN, « Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail », in *U.S.F. L. Rev.*, 2001, vol. 35, p. 325 et s.

⁷⁷ L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48, pp. 142–164.

(anonymat / identification électronique⁷⁸, traçabilité des comportements d'un internaute sur un site commercial, cryptage des transmissions⁷⁹), des noms de domaine⁸⁰, de la liberté d'expression⁸¹ ou encore de la liberté de concurrence⁸².

De ce point de vue, le flux normatif dominant est celui qui découle de la technique et des acteurs techniques, puisque, en permettant ou non certaines actions et en en fixant les modalités, elle structure les flux de pouvoirs et donc les flux normatifs.

Ce modèle de régulation est quelquefois poussé à son extrême, où l'on considère que la souveraineté dans le cyberspace est en réalité entre les mains d'acteurs techniques. Cette « souveraineté du réseau »⁸³ (plus précisément la souveraineté des acteurs maîtrisant les aspects techniques du réseau) repose sur l'idée que la technique, au contraire de toute autre source normative, « opère une transformation immédiate, finale et complète »⁸⁴ de la situation régulée, une sorte d'auto-exécution des normes véhiculées par la technique, ce qui lui confère une effectivité instrumentale supérieure à toute autre forme de

⁷⁸ S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, *op. cit.* n. 42, pp. 199–200 et G. GREENLEAF, « An Endnote on Regulating Cyberspace : Architecture vs. Law ? », in *UNSW Law Journal*, 1998, vol. 21, p. 593 et s., spéc. pp. 609–612.

⁷⁹ G. GREENLEAF, « An Endnote on Regulating Cyberspace... », *ibidem*, pp. 612–613.

⁸⁰ Parmi de nombreuses références, voir notamment S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, *op. cit.* n. 42, pp. 194–198.

⁸¹ L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48, pp. 164–186.

⁸² G. GREENLEAF, « An Endnote on Regulating Cyberspace... », *op. cit.* n. 78, p. 616 et s., plus spécifiquement sur les moteurs de recherche.

⁸³ Voir par exemple M. VIVANT, « Internet et modes de régulation », *op. cit.* n. 59, p. 225 et P. TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace », in *Sociologie et Sociétés*, 2000, vol. 32, p. 190 et s., spéc. pp. 191–193, sous le titre « Souveraineté du réseau », l'auteur précisant toutefois la notion en retenant la « souveraineté des réseaux » (p. 193 : « les réseaux se présentent de plus en plus comme les entités souveraines du cyberspace ») : la *souveraineté* des producteurs de technique se limite, selon l'auteur, aux divers sous-réseaux qui constituent Internet et non à Internet tout entier. Il fonde cette distinction sur le fait que le pouvoir d'exclusion d'un réseau est toujours limité à un sous-réseau, jamais à Internet tout entier.

⁸⁴ S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, *op. cit.* n. 42, p. 188, l'auteur se fondant ici de manière générale sur les théories de Lessig.

normativité. Partant, on allègue une « ascendance de la technique sur [les autres sources de] normativité »⁸⁵.

a.3. Autorégulation et prétention de souveraineté des usagers

À son origine, Internet était fortement marqué par une culture libertaire faisant l'éloge, on l'a vu, d'un « espace social [...] naturellement indépendant »⁸⁶ des États, d'un cyberspace possédant une « capacité innée à résister à la régulation »⁸⁷ et constituant en conséquence un « espace de non-contrôle » vis-à-vis des États⁸⁸. Le cyberspace se concevait, en d'autres termes, comme un eldorado de parfaite liberté pour son usager, libre de toute réglementation par l'État.

Ce dogme s'est depuis lors largement révélé erroné. L'État peut intervenir dans le cyberspace et il le fait, quand bien même l'effectivité de son action est parfois fortement réduite. À ce dogme a toutefois survécu l'idée, qui n'est plus descriptive mais normative, que le cyberspace *ne doit pas* être réglementé par l'État, qu'il doit être contrôlé essentiellement par des mécanismes d'autorégulation conférant le pouvoir régulateur aux usagers d'Internet, c'est-à-dire aux acteurs socio-économiques des activités que les réseaux numériques véhiculent⁸⁹. Cette approche normative de l'autorégulation, opposée à tout autre flux normatif que celui dont l'utilisateur est la source et plus particulièrement à l'État, se fonde sur les arguments suivants. Tout d'abord, le pluralisme culturel inhérent à un espace global est nécessairement supérieur à celui de tout État, dont l'intervention ne pourrait en conséquence prendre en compte l'intégralité des intérêts à représenter. La rapidité de l'évolution de la technique est aussi

⁸⁵ É. LABBE, « La technique dans la sphère de la normativité », *op. cit.* n. 70, *passim*, spéc. § 7. Voir L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48, p. 130 : « the code in effect is doing the work that the law used to do [...] far more effectively than the law used to do », concluant que cela conduit à « a shift in effective regulatory power – from law to code ». Voir aussi J.R. REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », in *Les incertitudes du droit*, s. dir. E. MacKaay, Montréal, Thémis, 1999, p. 133 et s., spéc. pp. 142–143.

⁸⁶ Voir n. 47 ci-dessus.

⁸⁷ Voir n. 48 ci-dessus.

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, *op. cit.* n. 28, p. 79 et s. et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 110 et s.

invoquée, en ce qu'elle s'oppose à la relative lenteur des réformes législatives, réputées avoir toujours un temps de retard sur la réalité⁹⁰. Dans le même ordre d'idées, on peut observer que l'État est perçu comme constituant un organisme allochtone, d'origine étrangère et non intégrable, incapable de comprendre en profondeur les nouvelles formes de sociabilité propres au cyberspace⁹¹. On invoque également l'ineffectivité du droit étatique, causée par la facilité de l'évasion territoriale, par les pratiques de *law shopping*⁹². On met aussi en avant l'insécurité juridique à laquelle une constellation de réglementations locales potentiellement applicables expose l'acteur global du cyberspace⁹³. La fréquente application extraterritoriale des normes étatiques, note-t-on enfin, suscite des problèmes de légitimité démocratique⁹⁴.

⁹⁰R.H. WEBER, *Regulatory Models for the Online World*, La Haye, Kluwer / Zurich, Schulthess, 2002, p. 84 : « meaningful self-regulation provides the opportunity to adapt the legal framework to changing technology in a flexible way » et « effective self-regulation induces the concerned persons to be open to a permanent consultation process in respect of development and implementation of the rules » et L.J. GIBBONS, « No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation : Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace », in *Cornell J.L. & Pub. Pol'y*, 1997, vol. 6, p. 475 et s., spéc. p. 509 et s. Voir aussi P. MANKOWSKI, « Wider ein transnationales Cyberlaw » in *AfP*, 1999, p. 138 et s., l'auteur s'engageant dans une conclusion aussi critique que positiviste.

⁹¹M.D. GOODMAN, « Why the Police Don't Care About Computer Crime », in *Harv. J. Law & Tech.*, 1997, vol. 10, p. 465 et s., spéc. pp. 482–484, et M.A. LEMLEY, « Shrinkwraps in Cyberspace », in *Jurimetrics J.*, 1995, vol. 35, p. 311 et s., spéc. p. 313

⁹²Voir T. HARDY, « The proper legal regime for 'Cyberspace' », in *U. Pitt. L. Rev.*, 1994, vol. 55, p. 993 et s., spéc. p. 1033 et s., et Y. POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », in *Ubiquité*, 2000, vol. 5, p. 55 et s., spéc. p. 58.

⁹³J.L. GOLDSMITH, « Against Cyberanarchy », *op. cit.* n. 42, p. 1204.

⁹⁴D.R. JOHNSON et D.G. POST, « The New Civic Virtue of the Internet », in *The Emerging Internet : The 1998 Report of the Institute for Information Studies*, Washington DC, Aspen Institute, 1998, p. 25 et s., spéc. pp. 30–31, et D.L. BURK, « Federalism in Cyberspace », in *Conn. L. Rev.*, 1996, vol. 28, p. 1095 et s., spéc. pp. 1123–34.

Une certaine notion de « souveraineté de l'utilisateur »⁹⁵, sur un plan à nouveau descriptif et non plus normatif, subsiste également. Il ne s'agit plus de l'idée d'une absence de réglementation étatique, mais que les activités de l'utilisateur du Net s'inscrivent dans un espace permettant, par sa quasi-absence de frontières, des stratégies d'évitement législatif lui conférant un réel choix entre des régimes juridiques concurrents⁹⁶. L'utilisateur pourrait ainsi toujours se soustraire aux règles indésirables pour se soumettre à celles qu'il préconise. Ce *law shopping* conduirait ensuite à un dumping réglementaire, à un alignement des cadres normatifs proposés sur la volonté généralisée des utilisateurs. La liberté de choix entre des règles, même si elles sont prédéterminées, combinée à la réaction des entités qui les offrent en accommodant les préférences des utilisateurs, opérerait ainsi un réel *user empowerment*⁹⁷, une prise de pouvoir de l'utilisateur, au point de le placer

⁹⁵ P. TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace », *op. cit.* n. 83, p. 190 et s.

⁹⁶ P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », *op. cit.* n. 41, p. 100 ; E. KATSH, J. RIFKIN et A. GAITENBY, « E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution : In the Shadow of 'eBay Law' », in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 2000, vol. 15, p. 705 et s., spéc. p. 732 : « competition among 'rule-sets' ». D.R. JOHNSON et D.G. POST, « Law and Borders... », *op. cit.* n. 5, pp. 1398-1399 : « In Cyberspace, though, any given user has a more accessible exit option, in terms of moving from one virtual environment's rule set to another's », et D.C. NUNZIATO, « Exit, Voice, and Values on the Net », in *Berkeley Tech. L.J.*, 2000, vol. 15, p. 753 et s., spéc. p. 763. Voir aussi D.R. JOHNSON et K.A. MARKS, « Mapping Electronic Data Communications onto Existing Legal Metaphors : Should We Let Our Conscience (and Our Contracts) Be Our Guide ? », in *Vill. L. Rev.*, 1993, vol. 38, p. 487 et s. ; D.G. POST, « Governing Cyberspace », in *Wayne L. Rev.*, 1996, vol. 43, p. 155 et s., spéc. p. 167, et Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, *op. cit.* n. 28, p. 79 et s.

⁹⁷ Le « user empowerment » est en réalité un concept voisin faisant l'éloge de l'amélioration de la position de l'utilisateur par la technologie. Sur ce concept, voir, parmi de nombreuses références, Center for Democracy & Technology, « An Analysis of the Bertelsmann Foundation Memorandum on Self-Regulation of Internet Content : Concerns from a User Empowerment Perspective », octobre 1999, www.cdt.org/speech/991021bertelsmannmemo.shtml ; M. D'UDEKEM-GEVERS et Y. POULLET, « Concerns from a European User-Empowerment Perspective Relating to Internet Content Regulation : An Analysis of Some Recent Statements », in *CL&SR*, 2002, vol. 17, p. 371 et s. et vol. 18, p. 11 et s., et H. BURKERT, « The Post-Deregulatory Landscape in International Telecommunications Law : A Unique

au sommet de la hiérarchie des acteurs de la production normative. De la même manière que sur un marché l'on dit que « le client est roi » parce qu'il peut librement choisir entre les biens ou services qui lui sont proposés, l'utilisateur du Net acquiert dans cette perspective un pouvoir dominant de régulation en raison des choix dont il dispose d'utiliser à ses fins l'un ou l'autre des cadres normatifs proposés. En d'autres termes, l'utilisateur, au lieu de voter avec ses pieds, vote avec sa souris⁹⁸. On notera que ce raisonnement ne s'applique pas uniquement aux réglementations étatiques, mais également aux normes imposées par le biais de la technologie, parce que le caractère décentralisé d'Internet empêche généralement une solution technique unique de s'imposer dans tout le cyberspace, dans lequel il restera en conséquence toujours des zones concurrentes.

Enfin, l'idéologie libertaire des usagers du cyberspace, si elle n'est certainement plus aussi marquée qu'à son origine, subsiste tout de même sous une forme atténuée, probablement parce que la possibilité d'échapper aux réglementations étatiques existe effectivement sur Internet plus que partout ailleurs. En conséquence, les « séparatistes du cyberspace »⁹⁹ continuent à s'opposer farouchement à l'intervention des États.

En somme, pour les défenseurs de cette forme radicale de l'autorégulation, qui conçoivent une certaine souveraineté de l'utilisateur, seul ce modèle de régulation est légitime, parce que l'État est l'objet d'une inadéquation fondamentale avec le cyberspace, et ce modèle de régulation est celui qui décrit le mieux la réalité des flux normatifs, puisque le *user empowerment* place l'utilisateur dans une position prééminente.

b. Le modèle du réseau comme méta-modèle de régulation

Nous avons vu qu'une pluralité d'acteurs, à savoir les États, les acteurs techniques et les usagers d'Internet¹⁰⁰, se profilent sur la scène

European Union Approach ? », in *Brooklyn J. Int'l L.*, 2002, vol. 27, p. 739 et s., spéc. p. 775.

⁹⁸ Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 527

⁹⁹ Voir n. 50 ci-dessus.

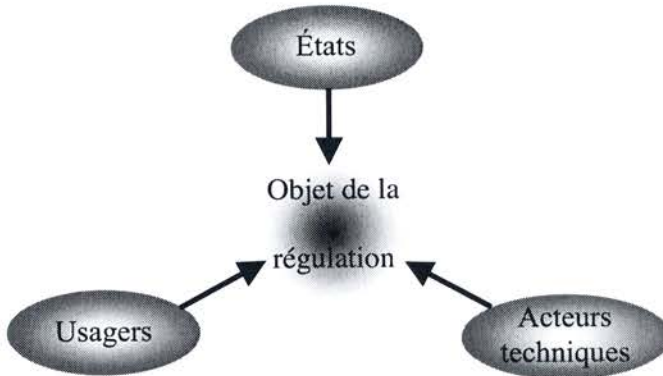
¹⁰⁰ Pour une énumération plus riche de ces acteurs, voir par exemple R.H. WEBER, *Regulatory Models for the Online World*, *op. cit.* n. 90, pp. 51-52 et S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, *op. cit.* n. 42, pp. 4-9, qui retiennent comme acteurs : les gouvernements, les fournisseurs d'accès et de contenu, les compagnies de téléphonie locale, les opérateurs des réseaux longue distance (*Internet backbones*), les

de la production normative juridique du cyberspace, où ils participent tous, pour reprendre les termes de Jean Leca sur le concept de gouvernance, à « l'interaction d'une pluralité d'acteurs 'gouvernants' qui ne sont pas tous étatiques ni même publics »¹⁰¹. Chacun contribue à cette interaction par le flux normatif qu'il crée, par la prétention de normativité qu'il exerce.

producteurs de logiciels et de matériel informatique, les organisations de standardisation pour Internet, les communautés virtuelles (implicitement pour Weber, voir p. 53) et l'ICANN (pour Biegel, p. 9). Voir aussi K.W. GREWLICH, *Governance in 'Cyberspace'*, op. cit. n. 22, pp. 36-37 ; J. HUET, « Réflexions sur les sources du jeune 'droit de l'Internet' », in *D.*, 2000, vol. 28, p. iv et s., et Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, op. cit. n. 28, p. 69 et s. Pour une énumération des instruments qui expriment ces normativités, voir par exemple P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, s. dir. Ch.-A. Morand, Bruxelles, Bruylant / Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles / Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 221 et s., spéc. p. 236 et s., qui énumère « l'architecture technique », « les pratiques contractuelles », « les usages », « les textes internationaux », « les textes modèles », « les lois modèles », « les modèles d'autoréglementation », les standards des « instances des normalisation » et les décisions des « structures adjudicationnelles du cyberspace ». Voir aussi N.W. NETANEL, « Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory », in *Calif. L. Rev.*, 2000, vol. 88, p. 395 et s., spéc. pp. 399–400 : « rule making [...] finds expression in myriad forms and settings, including web site terms of use ; behavioral norms of virtual chat rooms and discussion groups ; network administration guidelines ; listserv moderator filtering ; Internet service provider contracts ; Usenet voting procedures ; local area network acceptable use policies ; newsgroup frequently-asked question files ; decisions of virtual magistrates ; help manners and programmers' manuals for multi-user dimensions ; the code embedded in browsers, servers, and digital content ; and the technical protocols that enable intra- and internet work communication. All such norms shape and delimit the possibilities for human interaction and commerce in cyberspace. In that sense, they have much the same effect as formal state-promulgated law. »

¹⁰¹ J. LECA, « L'État creux », in *La France au-delà du siècle*, La Tour d'Aigues, DATAR / Éd. de l'Aube, 1994, p. 91 et s., spéc. p. 98. Voir aussi Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford/New York, Oxford Univ. Press 1995, p. 225 : « governance is about a varied cast of actors : people acting together in formal and informal ways, in communities and countries, within sectors and across them, in non-governmental bodies and citizens' movements, and both nationally and internationally ».

Ces divers flux normatifs peuvent être schématiquement représentés de la manière suivante :



Dans ce schéma, chaque ovale représente un acteur de la régulation et chaque trait indique un flux normatif, c'est-à-dire une production normative visant à réguler l'objet de cette rivalité de régulation¹⁰².

Dans de nombreux domaines, ces divers acteurs poursuivent des objectifs différents et défendent des intérêts divergents. En conséquence, cette interaction, dans bien des cas, prend la forme d'une concurrence, chaque acteur tentant d'imposer ses normes¹⁰³. Ces diverses prétentions à la souveraineté dans la régulation du cyberspace conduisent inévitablement à des confrontations, à des collisions des flux normatifs qui ont prétention à s'imposer.

Une telle concurrence entre des acteurs de la production du droit n'est bien entendu pas propre au cyberspace, elle existe

¹⁰² Ce schéma est inspiré de ceux de Lawrence Lessig : exemple L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, op. cit. n. 48, p. 88, 93, 165, ainsi que L. LESSIG, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Creativity*, New York, Penguin Press, 2004, pp. 121, 124-126, 132.

¹⁰³ Voir par exemple L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, op. cit. n. 48, pp. 39-42 ; J.R. REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », op. cit. n. 85 ; S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, op. cit. n. 42, p. 9 ; Y. POULLET, « Comment 'réguler' la protection des données ? Réflexions sur l'internormativité », in *Mélanges offerts à P. Delnoy*, à paraître.

probablement dans tout domaine de la vie sociale. Toutefois, cette concurrence semble particulièrement forte dans le cyberspace, pour les raisons qui suivent. Tout d'abord, les activités véhiculées par les réseaux font l'objet d'un paysage juridique moins pré-occupé, à la densité normative plus faible, qui a connu moins d'interventions régulatrices que la plupart des autres domaines socio-juridiques. Cette relative absence de régulation préalable suscite une course à la régulation accrue, chaque acteur tentant d'être le premier à occuper le territoire réglementaire, pour pouvoir y imposer sa normativité, qui diminuera à son tour la légitimité d'une nouvelle intervention régulatrice et accroîtra donc la résistance que celle-ci rencontrera¹⁰⁴. Le même phénomène est déclenché par le fait que la réalité visée par la régulation est plus changeante que dans beaucoup d'autres domaines, les technologies (qui, rappelons-le, rendent certaines actions possibles et en empêchent d'autres) faisant l'objet de développements incessants et à un rythme particulièrement rapide. En conséquence, les réactions normatives, c'est-à-dire les adaptations de la régulation, y sont particulièrement fréquentes, ce qui crée un nombre plus élevé d'occasions de se lancer dans une course à la régulation. De plus, l'État est affaibli dans le cyberspace, ce qui accroît le pouvoir relatif des autres acteurs et facilite l'entrée en scène de nouveaux acteurs. Un autre facteur du même phénomène réside dans le fait qu'il s'agit d'un environnement technique, ce qui a également permis le développement du pouvoir normatif de nouveaux acteurs maîtrisant la technologie¹⁰⁵. Finalement, comme nous l'avons indiqué plus haut, le cyberspace est encore aujourd'hui marqué par une certaine idéologie libertaire, dont la dimension contestatrice des prétentions à l'hégémonie de l'État renforce les velléités non seulement de résistance à la réglementation étatique, mais aussi de développement de normativités concurrentes.

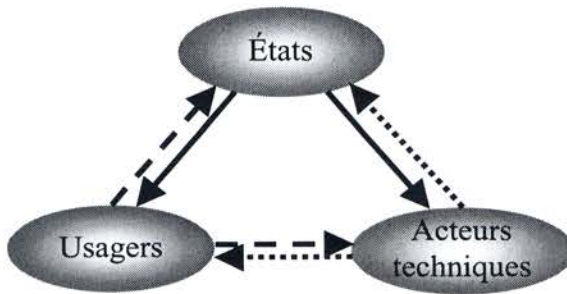
Cette concurrence d'acteurs correspond à une rivalité de modèles de régulation. À la prétention de prééminence de chaque acteur correspond en effet un flux normatif dominant et un modèle de régulation spécifique prévoyant une primauté institutionnalisée ou a

¹⁰⁴ Sur la course à la régulation en général, voir par exemple J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 56.

¹⁰⁵ Sur l'apparition de nouveaux acteurs Y. POULLET, « La technologie et le droit : du défi à l'alliance », *op. cit.* n. 4, pp. 946-947. Voir aussi Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op. cit.* n. 16, p. 39 et s.

priori d'un type d'acteurs de la production normative, à savoir celui ou ceux sur lequel le modèle est centré. Ces acteurs sont ainsi en concurrence, en rivalité, pour imposer leur propre modèle de régulation, qui les place eux-mêmes à la tête des hiérarchies normatives.

Ces interactions entre les acteurs de la régulation peuvent être schématiquement représentées de la manière suivante :



Dans ce schéma, chaque trait indique une prétention de supériorité hiérarchique et l'ensemble des traits partant d'un acteur représentent un modèle de régulation : les traits pleins pour la réglementation, les pointillés courts pour la régulation par la technique et les pointillés longs pour l'autorégulation.

Concrètement, cette rivalité de modèles de régulation signifie que l'on ne peut guère savoir, *a priori*, quel modèle régira quel domaine ou problématique du cyberspace. Chaque acteur prétend imposer son modèle, et la probabilité de chacun de réaliser cette prétention varie d'un domaine à un autre, d'une problématique à une autre. L'issue de cette rivalité dépend de l'incidence respective des flux normatifs, elle-même fonction du pouvoir de chaque flux et du pouvoir de chaque acteur. La somme des pouvoirs des flux, comme dirait Manuel Castells, détermine donc le flux des pouvoirs¹⁰⁶.

Dans cette perspective, on peut considérer le modèle du réseau comme un méta-modèle de régulation, en ce sens que cette somme des pouvoirs des flux fera basculer une situation concrète tantôt dans l'un, tantôt dans l'autre des modèles que nous avons étudiés : réglemen-

¹⁰⁶ M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t. 1, *op. cit.* n. 8, p. 525 : « le pouvoir des flux prend le pas sur le flux des pouvoirs ».

tation étatique ou « souveraineté étatique », régulation par les acteurs techniques ou « souveraineté du réseau », autorégulation ou « souveraineté des usagers »¹⁰⁷.

Si l'on admet que le modèle du réseau puisse ainsi être compris comme un modèle décrivant les interactions entre différents acteurs normatifs qui cherchent tous à imposer leur modèle respectif de régulation et que le résultat de ces interactions (le flux des pouvoirs) dépend du pouvoir des flux, une question se pose alors : peut-on dégager des facteurs de détermination du pouvoir respectif de chacun de ces flux ? Nous tenterons d'appréhender ces facteurs en abordant la problématique avec un angle d'approche quelque peu différent, plus formel, plus systémique, en nous tournant vers les relations entre le modèle du réseau et le pluralisme juridique.

3. Le modèle du réseau et le pluralisme juridique du cyberspace

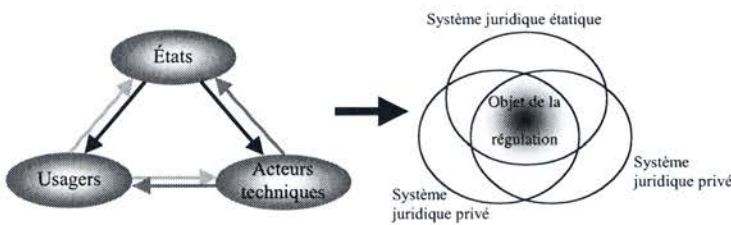
Nous avons vu tout d'abord que le modèle du réseau trouve avec le cyberspace un cas d'application particulièrement proche de ses prémisses, constituant de la sorte un vecteur apparemment privilégié pour étudier le modèle lui-même. Puis nous avons abordé l'idée que le modèle du réseau puisse être utilisé comme méta-modèle de régulation, décrivant les interactions rivales entre des modèles de régulation tous fondés sur une conception linéaire de la hiérarchie et des flux normatifs institutionnellement dominants. Nous en avons conclu que la résultante de ces interactions rivales dépendait du pouvoir respectif des acteurs et des flux normatifs qu'ils produisent, autrement dit que s'imposera dans la régulation le système normatif doté du pouvoir dominant. C'est à la définition des sources de ce

¹⁰⁷ Dans un sens proche, voir J.R. REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », *op. cit.* n. 85, pp. 137 et 141 : « la réglementation du cyberspace provient des trois sources. La plus classique est le droit, mais il y a aussi une série de règles issues des coutumes et usages des participants aux réseaux. Finalement, les normes et les contraintes de la technologie créent tout un régime de règles. [...] La juxtaposition de ces trois régimes est [...] à la source d'une *concurrence* [...] parmi les régimes juridiques et chaque régime cherche à trouver une solution en même temps » (nous soulignons), et P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », *op. cit.* n. 41, p. 101 : « sur Internet, le droit résulte de la *synergie parfois transitoire* de normativités interagissantes » (nous soulignons).

pouvoir que nous devons maintenant nous attacher, d'étudier ce qui fait qu'un pouvoir est dominant.

À cette fin, nous orienterons la suite de cet article vers les rapports susceptibles de s'établir entre différents systèmes juridiques, dont certains seront nécessairement, au vu des acteurs identifiés dans ce qui précède, non étatiques. Cette optique, si elle ne couvre peut-être pas toute la diversité des rapports entre flux normatifs – parce qu'elle exclut du champ d'analyse les rapports entre des flux provenant d'acteurs appartenant à un *même* système juridique –, permet de mobiliser certains concepts et certaines théories dont nous espérons qu'ils contribueront à éclairer notre propos.

Le schéma suivant permet une représentation graphique de la transition de perspective que nous entreprenons dans cette troisième partie :



Dans le schéma de droite, chaque cercle représente un système juridique ayant prétention à s'appliquer à une même situation ou un même objet de régulation. Afin de simplifier ici quelque peu la problématique, nous partons de l'hypothèse que chaque système juridique est dominé par un acteur, par exemple par un État, un groupe d'utilisateurs ou encore un groupe d'acteurs techniques. La question qui se pose ici et que nous avons tenté de faire ressortir par ce schéma est de savoir lequel d'entre ces systèmes juridiques concurrents régira effectivement la situation visée ou, plus précisément, quels sont les facteurs déterminant la force normative relative de chaque système, sa capacité à orienter les comportements. En des termes plus généraux, il s'agit de savoir quel ordre normatif, et donc quel acteur, influencera avec quelle force la situation que tous entendent réguler. En d'autres termes encore, on se penche ici sur la hiérarchie entre les différents systèmes juridiques cherchant à s'appliquer.

Après quelques précisions de notre approche, qui aborderont les notions de pluralisme juridique et de système juridique, nous tenterons de démontrer que la concurrence des appareils coercitifs constitue un élément clé de la concurrence entre systèmes juridiques cherchant cumulativement à s'appliquer. Après un exposé théorique de cet argument, nous l'illustrerons avec quelques exemples tirés du cyberspace, qui nous semble à nouveau fournir un terrain d'exploration particulièrement fertile. Enfin, nous conclurons par un examen global des relations s'établissant entre différents systèmes normatifs.

a. À propos du pluralisme juridique

L'examen des rapports hiérarchiques susceptibles de s'établir entre différents systèmes juridiques présuppose de définir au préalable ce concept. Étant donné que l'étude des rapports hiérarchiques entre systèmes juridiques *étatiques* ayant prétention à régir une même situation par des normes sortant des effets extraterritoriaux n'est pas suffisamment congruente pour rendre compte des phénomènes envisagés ici et a été réalisée à suffisance ailleurs¹⁰⁸, nous adopterons ici une approche fondée sur le pluralisme juridique. Par ce terme, aux définitions multiples¹⁰⁹, nous entendons simplement la possibilité de l'existence de systèmes juridiques hors de l'État et donc de droit non étatique.

En ce qui concerne le concept de système juridique¹¹⁰, nous retiendrons ici comme principal critère le concept, issu de l'anthropologie du droit, de la « secondarité » des normes, du groupe

¹⁰⁸ Voir par exemple J. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », *op. cit.* n. 23, *passim* ; Y. POULLET, « L'affaire Yahoo ! Inc. ou la revanche du droit sur la technologie ? », in *Ubiquité*, 2001, vol. 9, p. 81 et s. ; P.S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », in *U. Pa. L. Rev.*, 2002, vol. 151, p. 311 et s., spéc. p. 338, et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique... op. cit.* n. 16, p. 69 et s.

¹⁰⁹ Pour un survol, voir F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 184 et s.

¹¹⁰ Nous avons pu détailler plus avant cette définition dans Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique... op. cit.* n. 16, p. 438 et s., et ID., « eBay : un système juridique en formation ? », in *Revue du droit des technologies de l'information*, 2005, vol. 22, p. 27 et s.

et des institutions¹¹¹. On entend par là qu'à côté des normes primaires de comportement se développent des normes secondaires conférant à certains membres du groupe des pouvoirs spécifiques, tels que reconnaissance des règles applicables en tant que juridiques, changement des règles en vigueur et application de ces règles à des cas concrets¹¹². Cette attribution de pouvoirs spécifiques crée un dédoublement du groupe ; les membres bénéficiant de ces pouvoirs acquièrent un statut particulier et le groupe se subdivise en gouvernants et gouvernés¹¹³. Un autre effet des normes secondaires¹¹⁴ est que les institutions coutumières, produisant des normes de manière informelle, se transforment en institutions plus formalisées, aux compétences plus clairement définies¹¹⁵. Ces compétences sont de trois ordres : législatives, juridictionnelles et d'exécution¹¹⁶. Nous

¹¹¹ P. BOHANNAN, « The differing realms of the law », in 67 *Am. Anthropol.* 33 (numéro spécial – 1964), pp. 35–36 ; N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires » in Ch. Perelman (éd.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 116 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, pp. 368–371.

¹¹² H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publ. FUSL, 1976, p. 116 et s., spéc. p. 195, où l'auteur définit les règles secondaires (rappelons que les normes primaires imposent ou prohibent des comportements) en indiquant qu'elles « se rapportent toutes aux règles primaires elles-mêmes [et] déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi », puis précise que c'est l'introduction des règles secondaires qui convertissent « le régime des règles primaires en ce qui constitue indiscutablement un système juridique » (nous soulignons).

¹¹³ Comp. G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier-Montaigne, 1940, pp. 185–186, et J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 40–41, 43–44.

¹¹⁴ Comp. B. OPPETT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », in *Archives de Philosophie du Droit*, 1982, p. 43, 44 : « [l'institution] ne saurait se reconnaître compétence à elle-même à l'effet de produire des règles de droit, encore faut-il que ce rôle lui ait été imparti ».

¹¹⁵ On notera que, pour Santi Romano, la présence de telles institutions est l'un des critères les plus nets de la présence d'un système juridique : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, titre du § 13, p. 29.

¹¹⁶ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », in *Rec. Cours La Haye*, 1989, vol. 213, p. 28 : « un ordre juridique se définit par ses institutions, auxquelles sont attribuées trois compétences [...], la

considérons leur présence comme la manifestation la plus ostensible que la condition de la secondarité est remplie.

On notera encore une condition supplémentaire, à savoir celle de l'autonomie du groupe, des normes et des institutions par rapport à l'extérieur. En son absence, rien ne permet en effet de distinguer un hypothétique système juridique par rapport à l'environnement normatif dans lequel il s'inscrit. Suivant François Ost et Michel van de Kerchove, on relèvera trois volets de cette autonomie : l'*autonomie sociale*, qui s'entend de l'existence d'un « groupement distinct de la société globale »¹¹⁷, l'*autonomie organique*, qui concerne l'indépendance des organes du système juridique en question par rapport à un pouvoir extérieur au corps social¹¹⁸ et l'*autonomie organisationnelle*, qui se rapporte à la faculté d'auto-organisation du système juridique, de son caractère autoréférentiel¹¹⁹.

compétence législative (*jurisdiction to prescribe*), la compétence juridictionnelle (*jurisdiction to adjudicate*) et la compétence d'exécution (*jurisdiction to enforce*) », et ID., « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 261, 279. La présence de ces trois compétences est par ailleurs, selon LOCKE, le but d'une société tentant de s'arracher à l'état de nature : la sortie de cet état de nature s'opère en effet en raison de l'absence d'une « loi établie, fixée, connue », d'un « juge connu de tous et impartial » et de « la puissance [...] à l'appui de la décision pour l'imposer quand elle est juste et la mettre à l'exécution comme il se doit » (*Deuxième traité de gouvernement civil*, trad. B. Gilson, Paris, Vrin, 1977, p. 146). Voir aussi M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 200 : « un ordre juridique complet, c'est-à-dire qui dispose à la fois de sources du droit originaires, où il puise sa propre validité, et d'un appareil de contrôle et d'exécution forcée, n'est tributaire d'aucun autre ni au point de vue de la création, ni au point de vue de l'application des normes qui le composent. Dès lors, il fonctionne naturellement en se refermant sur lui-même et en n'admettant comme valables que les normes qu'il secrète. Il constitue, structurellement, un système clos ».

¹¹⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit. n. 7, p. 189, et M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 191.

¹¹⁸ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit. n. 7, p. 193.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 194. Comp. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 96 (évoquant la capacité d'un système juridique de « régler lui-même sa création et son application ») et 262. Voir aussi F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 10-

b. Internormativité et concurrence des systèmes juridiques en général

À ce stade de l'analyse, rappelons que nous nous situons dans une hypothèse d'internormativité dans l'un des sens retenus par Guy Rocher, à savoir la « coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés parallèles [et] antagonistes », ce qui « fait référence à la dynamique de contact entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir [...] qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs »¹²⁰. (En l'occurrence, il s'agit plus spécifiquement de systèmes *juridiques*.) À notre sens, un élément important pour appréhender ces « rapports de pouvoir » entre ces « systèmes antagonistes », en d'autres termes pour traiter de la concurrence entre des systèmes juridiques qui cherchent cumulativement à s'appliquer, réside, comme l'affirmait Max Weber¹²¹, dans la concurrence des appareils coercitifs de ces systèmes. C'est ce que nous tenterons de démontrer ici¹²².

Tout d'abord, il convient de suggérer que la concurrence entre ces systèmes juridiques se joue se le plan de leur effectivité respective. On rappellera que le concept d'effectivité, tel que défini par François Ost et Michel van de Kerchove, s'entend de la capacité d'une norme ou d'un ensemble de normes à « orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité »¹²³. Il semble donc que l'on puisse retenir l'idée que le système juridique le plus capable d'orienter le comportement des acteurs d'une situation donnée peut être considéré comme le système dominant pour cette situation spécifique.

On rappellera également que cette « capacité à orienter le comportement » repose sur deux modalités d'action, qui correspondent à deux volets du concept d'effectivité. D'un côté, on

11, not. : « aucun ordre juridique ne saurait s'immiscer dans l'organisation d'un autre système de droit, également autonome ».

¹²⁰ G. ROCHER, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », in *Le droit soluble*, s. dir. J.-G. Belley, Paris, LGDJ, 1996, p. 26 et s. Voir aussi M.-J. CHIDIAC, « La médiation : une rencontre avec l'internormativité », in *Revue Libanaise d'Arbitrage Arabe et International*, 2005, vol. 35, à paraître.

¹²¹ M. WEBER, *Économie et société*, t. 2, *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. J. Freund et al., Paris, Plon, 1995, p. 19.

¹²² Nous avons pu traiter ces questions plus en détail dans Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 317 et s.

¹²³ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 329.

trouve ce que ces mêmes auteurs appellent l'effectivité symbolique. Il s'agit là de la capacité de la norme ou de l'ensemble de normes à « offrir des modèles de sens, [à] diffuser des valeurs collectives, [à] crédibiliser des fictions fondatrices »¹²⁴ ou, pour reprendre la terminologie de Max Weber, de susciter l'*Einverständnishafteln*¹²⁵, c'est-à-dire le respect volontaire des normes. Il s'agit donc d'une conformation aux normes en raison d'une adhésion en conscience, d'une adéquation entre les valeurs morales impliquées par les normes et celles des destinataires¹²⁶. De l'autre côté, on trouve l'effectivité instrumentale, qui correspond à « la capacité à se faire respecter par la contrainte »¹²⁷, à « l'aptitude à transformer *directement* les rapports sociaux conformément à ce [que la norme] prescrit ou à modifier concrètement les comportements »¹²⁸. C'est à cette seconde forme de l'effectivité que nous nous intéresserons ici ; nous laisserons de côté l'effectivité symbolique, parce qu'elle dépend d'un nombre trop important de facteurs et qu'elle nous semble largement plus difficile à modéliser, comme nous comptons le faire avec le volet de l'effectivité que nous traiterons.

L'effectivité instrumentale dépend donc de la capacité de contraindre. En principe, cette contrainte est mise en œuvre par ce que Max Weber, notamment, appelait un appareil de coercition¹²⁹. L'idéal-type de l'appareil de coercition est la force publique. Il s'agit là également du type de contrainte le plus classique et se présentant le plus spontanément à l'esprit : la force, la contrainte physique, exercée par le bras séculier de l'État. Pour un nombre important d'auteurs, en principe d'attache positiviste, la contrainte physique constitue même le *seul* type de contrainte juridique, ce qui leur permet de conclure que « l'État a le monopole de la contrainte ». Partant, « la conquête de ce

¹²⁴ *Ibidem*, p. 334.

¹²⁵ M. WEBER, *Économie et société*, *op. cit.* n. 121, p. 14.

¹²⁶ Cf. F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 361 : « quant aux modalités de la réception des règles par les sujets de droit, on peut dire qu'aux pôles légalité et compétence correspond l'obéissance (neutre, non autrement définie) des individus, qu'aux pôles effectivité et force correspond la conformation ou sujétion des sujets de droit, tandis qu'aux pôles légitimité et autorité répondent des attitudes d'allégeance ou d'adhésion en conscience ».

¹²⁷ *Ibidem*, p. 335.

¹²⁸ J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, *op. cit.* n. 113, p. 72, nous soulignons.

¹²⁹ M. WEBER, *Économie et société*, *op. cit.* n. 121, pp. 18-21.

monopole a été l'un des facteurs essentiels de sa formation »¹³⁰ et, depuis que cette conquête a été réalisée, pour reprendre les termes de Jean Dabin, l'État dispose du « pouvoir du dernier mot »¹³¹.

La force publique n'est pas le seul appareil de coercition. Comme nous le rappelle Max Weber, non seulement le monopole de la contrainte physique par l'État n'est qu'une particularité historique, une contingence et non une nécessité ontologique, mais, de plus, il existe d'autres types de contrainte que la contrainte physique. Ces alternatives peuvent même, poursuit l'auteur, être beaucoup plus pertinentes pour l'effectivité instrumentale du droit que la contrainte physique¹³². Différents systèmes juridiques peuvent en conséquence avoir des appareils coercitifs différents, qui ne fonctionnent pas tous selon les mêmes modalités de contrainte¹³³. L'auteur qualifie ces formes de coercition alternatives de « moyens de contrainte dont disposent des groupements d'intérêts » et les illustre notamment par l'exclusion d'une société ou d'une communauté, ou encore par les « listes noires ». Il reconnaît ensuite que ces formes de coercition

¹³⁰ *Ibidem*, p. 249, l'auteur indiquant par ailleurs, p. 247, que « dans la mesure que l'on évoque son aspect prédominant, le pouvoir de contrainte, [l'*imperium*] ne peut être dissocié de l'État ». Voir aussi R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1, qui relèvent que les mesures d'exécution forcée, donc de mise en œuvre de l'*imperium*, sont « une pression légitime exercée en vertu d'un ordre souverain ».

¹³¹ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 24 et s.

¹³² M. WEBER, *Économie et société*, t. 2, *op. cit.* n. 121, p. 13 et s., spéc. p. 15 : « actuellement, la contrainte juridique par la force est le monopole de l'État. Toutes les communautés qui exercent une contrainte juridique par la force sont considérées aujourd'hui comme hétéronomes et aussi, le plus souvent, hétérocéphales. Mais ceci est une particularité de certains stades de développement », et p. 18 et s. sur la diversité des appareils coercitifs et des moyens de contrainte, auxquels nous reviendrons.

¹³³ Voir F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 439, sous le titre « Définition du pluralisme juridique », écrivant que « la règle de droit s'adresse à des êtres humains vivant en société : son respect est soutenu par diverses formes de contrainte, dont la plus irrésistible, la coercition physique, s'appuie à la maîtrise d'un territoire par le groupe social ». Voir aussi, *Id.*, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 19 : « sans approfondir l'épineuse question de la définition du droit, il est permis de faire observer que, si une telle définition ne devait retenir qu'un système réglé de coercition *physique*, le droit international resterait en deçà du seuil de la juridicité ».

peuvent bien évidemment « s'étendre à des prétentions qui ne sont aucunement garanties par l'État », c'est-à-dire à des systèmes juridiques hors l'État. Max Weber rappelle finalement qu'il existe une « lutte entre les moyens de coercition de sociétés diverses », lutte qui est « aussi ancienne que le droit » et dans laquelle « la contrainte juridique par la force qu'exercent les appareils de coercition de la communauté politique a très souvent eu le dessous quand elle s'est trouvée en face des moyens de coercition d'autres pouvoirs »¹³⁴. L'idée fondamentale est donc qu'un appareil de coercition non étatique, ne reposant pas sur la contrainte par la force, peut conférer au système juridique qui l'utilise une effectivité plus importante que celle accordée par la force publique au droit étatique.

On peut classifier, à partir de plusieurs courants interdisciplinaires américains, ces autres types de contraintes dans les catégories suivantes : la contrainte sociale, la contrainte économique et la contrainte architecturale¹³⁵.

Le courant *law & norms* enseigne notamment que le droit peut mobiliser la contrainte sociale de deux manières : soit en développant ou en renforçant des normes sociales existantes, par exemple par des campagnes de stigmatisation de certains comportements, soit en rendant certains comportements publics afin de les exposer à des normes sociales préexistantes. Dans les deux cas, les normes sociales peuvent renforcer l'effectivité d'un système normatif en mobilisant la coercition sociale (critique, dénigrement, ostracisme) de la communauté de référence¹³⁶.

La contrainte économique repose sur une instrumentalisation des lois du marché à des fins d'ingénierie socio-juridique. Inspirée pour ses formes récentes du courant *law & economics*, elle opère en influant sur l'attractivité économique d'un comportement, d'un bien

¹³⁴ M. WEBER, *Économie et société*, op. cit. n. 121, pp. 18–21.

¹³⁵ L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, op. cit. n. 48, pp. 85 et s. et 235 et s., et ID., « The New Chicago School », in *J. Legal Stud.*, 1998, vol. 27, p. 661 et s.

¹³⁶ De manière générale, voir R.H. MCADAMS, « The Origin, Development, and Regulation of Norms », in *Michigan L. Rev.*, 1997, vol. 96, p. 338 et s., spéc. pp. 343–50, et C.R. SUNSTEIN, « On the Expressive Function of Law » in *U. Pa. L. Rev.*, 1996, vol. 144, p. 2021 et s. Pour un résumé, voir par exemple L. LESSIG, « The New Chicago School », op. cit. n. 135, p. 662 : « [norms] constrain because of the enforcement of a community ».

ou d'un service¹³⁷. L'instrument le plus typique en est la taxe d'incitation¹³⁸, mais il y en a d'autres, comme nous allons le voir, qui peuvent plus aisément être contrôlés par des acteurs non étatiques.

La contrainte architecturale, dont l'idée a été réactualisée par ce que l'on commence à appeler le mouvement *law & technology*, repose sur l'idée que l'effectivité instrumentale n'est pas uniquement fonction de sanctions *ex post*, mais qu'elle peut également se fonder sur des contraintes concomitantes à l'action¹³⁹. Au lieu de tenter de dissuader ses destinataires d'adopter un comportement, un système normatif peut envisager de rendre ce comportement impossible ou plus difficile à entreprendre. L'exemple le plus frappant est en probablement les ralentisseurs et les chicanes sur la route. Dans le contexte du cyberspace, la contrainte architecturale prend la forme d'une contrainte technologique, la technique étant l'architecture qui y rend les actions impossibles ou difficiles à entreprendre¹⁴⁰.

On rappellera encore, à l'issue de cet examen théorique des rapports entre systèmes juridiques fondés sur la concurrence des appareils de coercition, que la hiérarchie présumée entre le système juridique étatique et les autres est une prééminence claire du premier. Il est réputé supérieur parce qu'il contrôle la force publique, conçue comme seul appareil de coercition. L'État exerce un contrôle souverain sur *l'accès* à cet appareil de coercition et le système étatique serait en conséquence le seul à disposer *directement* d'un moyen de

¹³⁷ L. LESSIG, *ibidem*, p. 664.

¹³⁸ J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in *Légistique formelle et matérielle*, s. dir. Ch.-A. Morand, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 81 et s., spéc. pp. 104–106. Voir aussi Ch.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in *ibidem*, p. 17 et s.

¹³⁹ L. LESSIG, « Law Regulating Code Regulating Law », in *Loy. U. Chi. L.J.*, vol. 35, 2003, p. 1 et s., spéc. pp. 1–2.

¹⁴⁰ La notion d'*architecture*, au sens que nous voulons lui donner ici, est donc celui d'*environnement construit*. En ce sens, voir T.J. BARTUSKA et G.L. YOUNG (éds), *Built Environment : A Creative Inquiry into Design and Planning*, Menlo Park, Californie, Crisp, 1994, et L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, *op. cit.* n. 48, p. 236 : « the constraint of *architecture* – the way the world is, or the ways specific aspects of it are. Architects call it the *built environment* ; those who don't give out names just recognize it as the world around them ». Voir aussi M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, rappelant que les mécanismes de contrôle social prennent fréquemment la forme de modifications architecturales.

contrainte et donc à bénéficier de la possibilité de produire lui-même de l'effectivité instrumentale. Si l'on reconnaît cependant que d'autres systèmes juridiques peuvent en réalité se passer du système étatique et acquérir de l'effectivité instrumentale par des moyens qui ne sont pas soumis à l'aval de l'État, alors la hiérarchie entre ces divers systèmes devient imprévisible *a priori*, comme le prévoit le modèle du réseau.

c. Concurrence des systèmes juridiques dans le cyberspace

La problématique de la concurrence entre systèmes juridiques et le rôle qu'y jouent les appareils de coercition ayant ainsi été exposés au plan théorique, il convient maintenant d'en fournir quelques exemples tirés du cyberspace. Nous entamerons ainsi la partie qui s'ouvre par une présentation de quelques appareils de coercition non étatiques qui s'appliquent à des activités véhiculées par Internet, puis nous nous tournerons vers l'examen de l'hypothèse de systèmes juridiques non étatiques dans le cyberspace.

c.1. Appareils coercitifs du cyberspace

Le domaine où l'on rencontre le plus d'appareils de coercition non étatiques dans le cyberspace est celui de la résolution extrajudiciaire et en ligne de litiges émanant principalement du commerce électronique. Il s'agit là de systèmes d'arbitrage, de médiation et de négociation opérés exclusivement ou essentiellement par le truchement d'Internet¹⁴¹. Ces systèmes se dotent progressivement de mécanismes dits d'auto-exécution des résultats des procédures de résolution en ligne (décisions ou accords conclus à l'issue du processus). Il faut entendre par là des mécanismes dont l'objet est de contraindre l'exécution de la décision rendue ou de l'accord conclu sans recourir à la force publique, c'est-à-dire sans requérir du système juridique étatique qu'il prête main-forte en actionnant ses procédures de poursuite et d'exécution forcée¹⁴². Parmi ces mécanismes, dont certains sont actuellement utilisés et d'autres sont encore en voie de développement, on mentionnera ceux qui suivent.

¹⁴¹ De manière générale sur ce type de mécanismes, G. KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice*, La Haye, Kluwer, 2004.

¹⁴² *Ibidem*, p. 223 et s. et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 349 et s.

• *Labellisation de sites web.* Le commerce électronique est affecté d'un manque général de confiance des internautes dans les marchands en ligne. Ce problème est parfois résolu, ou à tout le moins atténué, par l'apposition, sur un site web, d'un certificat, un véritable sceau ou label de qualité prenant la forme d'un signe distinctif, un logo, une représentation graphique renvoyant à l'organisme de certification¹⁴³. Les labels les plus performants génèrent une augmentation du chiffre d'affaires du marchand atteignant quinze pour cent¹⁴⁴. Dans ce cas, le label acquiert clairement une valeur commerciale pour son bénéficiaire. Parfois, l'attribution et le retrait d'un tel label sont contrôlés par une institution de résolution des litiges en ligne, ce qui confère à cette dernière un levier d'incitation au respect du résultat de

¹⁴³ De manière générale sur la labellisation de sites web, voir B. BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », in *Lex Electronica*, vol. 7, n°1, été 2001, www.lex-electronica.org/articles/v7-1/brun.htm ; D. GOBERT et A. SALAÜN, « La labellisation des sites web : classification, stratégies et recommandations », in *DAOR*, 1999, vol. 51, p. 83 et s. ; S. LOUVEAUX, A. SALAÜN et Y. POULLET, « Protection in Cyberspace, Some Recommendations », in *Info*, 1999, vol. 1, p. 521 et s., spéc. pp. 532–534. Voir aussi K. STUURMAN, « Legal aspects of standardization and certification in information technology and telecommunication : an overview », in *Amongst friends in computers and law, a collection of essays in remembrance of Guy Vandenberghe*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 80 et s. ; American Bar Association Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution and Shidler Center for Law, Commerce and Technology, University of Washington, « Addressing Disputes in Electronic Commerce : Final Recommendations and Report », in *Bus. Law*, 2002, vol. 58, p. 415 et s., pp. 437–440, et Th. VERBIEST et É. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 557 et s.

¹⁴⁴ Il s'agit ici du label de SquareTrade, qui concerne surtout des vendeurs sur eBay : voir S. ABERNETHY, « Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems », in *Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the "Fourth Party"*, Amherst, Mass., Publ. des Nations unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, p. 70 et s., spéc. p. 85 : « the seal program has already been adopted by tens of thousands of sellers in over 80 countries, representing an annual run rate of over \$1 billion in seal member sales. Analysis shows an average increase in sales of over 15% after seal members display the seal on their auction listings (based on weighted average of a full year of user data comparing the month prior to use to the first month of use of the Seal in item listings). »

ses procédures ou, en d'autres termes, un pouvoir de contrainte économique¹⁴⁵.

- *Listes noires*. On entend par listes noires, dans le contexte qui nous occupe ici, des rapports régulièrement mis à jour, indiquant les noms de marchands en ligne n'ayant pas exécuté volontairement le résultat d'une procédure de règlement des différends. La contrainte, ici aussi, est avant tout économique, opérant par la publicité négative que crée la mention d'un commerçant sur une liste noire, mais elle a également une composante sociale, par la publication de comportements socialement répréhensibles.

- *Systèmes de gestion de la réputation*. Les deux mécanismes que nous venons de voir influencent une certaine forme de réputation des marchands en ligne, une réputation construite non sur la somme des expériences passées (ce qui est généralement la signification de ce concept), mais sur une évaluation immédiate de la crédibilité d'un marchand. Il existe également dans le cyberspace des mécanismes plus sophistiqués de gestion de la réputation, dont le but est de formaliser la somme des expériences passées. Il s'agit de mécanismes de gradation de la réputation opérant à partir des informations données en retour (*feedback*) par les partenaires contractuels. Concrètement, chaque internaute est invité, à l'issue d'une transaction en ligne sur une place de marché électronique spécifique, telle qu'eBay, de donner une sorte de note au comportement de son cocontractant. La somme ou la moyenne de ces notes s'affiche ensuite de manière permanente sur le site web du vendeur ayant ainsi été évalué. En tant qu'appareil de coercition, ce type de système est lié à une institution de résolution des litiges en ligne, à laquelle est conférée le pouvoir d'influer sur ces

¹⁴⁵ A. CRUQUENAIRE et F. de PATOUL, « Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR », in *Lex Electronica*, 2000, vol. 8, n° 1, <www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>, §§ 40–41 ; B. YUNIS, « Rechtsfragen der Online-Mediation », in *Online-Mediation. Neue Medien in der Konfliktvermittlung – Mit Beispielen aus Politik und Wirtschaft*, s. dir. O. Märker et M. Trénel, Berlin, Sigma, 2003, p. 201 et s., spéc. pp. 219–220, et B. BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification », *op. cit.* n. 143, p. 13. Voir aussi, plus spécifiquement sur eBay, Th. SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? ». *op. cit.* n. 110.

notes. La contrainte est, comme pour les listes noires, économique et sociale¹⁴⁶.

• *Exclusion de places de marché.* Le commerce électronique s'organise aujourd'hui de manière croissante en places de marché électronique, telles qu'eBay¹⁴⁷. Au sein de celles-ci tout comme sur un marché réel, la réputation émerge peu à peu. En conséquence, une exclusion en constitue une sanction financière importante, qui pourrait être prononcée par une institution privée de règlement des différends en ligne.

• *Compte séquestre (« escrow account »).* Une mesure de protection pour les consommateurs de plus en plus fréquemment utilisée dans le commerce électronique est le recours à un compte séquestre. Il s'agit d'un compte tiers, contrôlé ni par l'acheteur ni par le vendeur, par lequel transitent les sommes dues en paiement, où elles sont bloquées jusqu'à ce que l'acheteur confirme la réception sans défaut de la marchandise ou en exige le remboursement en raison d'une mauvaise exécution du contrat par l'autre partie¹⁴⁸. Le versement de ces sommes peut être soumis à une institution de résolution des litiges en ligne, qui acquerrait ainsi un moyen d'exécuter directement, elle-même, une décision qu'elle rendrait (l'attribution de ces sommes à l'une ou l'autre des parties)¹⁴⁹.

• *Fonds de jugement.* Nous entendons par le concept de fonds de jugement un compte à disposition de l'institution de résolution des litiges lui permettant d'y prélever la somme allouée par la décision ou due selon l'accord issu de la médiation ou de la négociation, et de la

¹⁴⁶ Pour une description plus détaillée, nous renvoyons à Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 358.

¹⁴⁷ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* n. 2, pp. 7, 259.

¹⁴⁸ Voir J. BALEYTE, A. KURGANSKY, Ch. LAROCHE, J. SPINDLER, *Dictionnaire économique et juridique*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1992, v^o « escrow », et *Vocabulaire juridique / Association Henri Capitant*, s. dir. G. Cornu, 2^e éd., Paris, PUF, 2001, v^o « entiercement ». Pour des exemples concrets, voir Escrow.com, Iescrow.com, Triple Deal, TradeSecure, Iloxx SafeTrade et Escrow Europa.

¹⁴⁹ ABA Task Force on E-Commerce and ADR and Shidler Center, « Addressing Disputes in Electronic Commerce : Final Recommendations and Report », *op. cit.* n. 143, p. 456 : « another option, in some instances, is to require the parties to put into escrow each party's consideration in the transaction that is the subject of the dispute, so the escrow agent can distribute the assets in accordance with the ADR result. »

créditer directement sur le compte de la partie créancière. Ce type de mécanisme, actuellement étudié dans le contexte du commerce électronique, est mis en œuvre depuis quelques années pour des systèmes de règlement des différends de droit international public relatifs à l'indemnisation de victimes de conflits internationaux¹⁵⁰.

• *Autoexécution technologique.* La technique, dont on sait qu'elle détermine la faisabilité des actions dans les environnements électroniques, peut être utilisée par une institution de règlement des différends en ligne pour contraindre le respect des normes qu'elle produit par ses décisions ou les accords qu'elle amène à conclure. L'exemple le plus connu est celui de l'organisme mondial de gestion des noms de domaine (l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ou ICANN), dont le système de résolution des litiges prévoit la possibilité de transférer directement, par une opération technique, un nom de domaine à la partie à qui il a été attribué à l'issue de la procédure de résolution des litiges. Ce transfert est rendu possible par le contrôle de l'ICANN sur les mécanismes technologiques d'attribution des noms de domaine¹⁵¹. La contrainte mise en œuvre ici est technologique ou architecturale.

¹⁵⁰ Les exemples les plus connus concernent la première guerre du Golfe et les exactions de l'Allemagne nazie. Voir N. WÜHLER, « The United Nations Compensation Commission : A new contribution to the process of international claims resolution », in *J. Int'l Econ. L.*, 1999, vol. 2, p. 249 et s., spéc. p. 250, et la fondation allemande « Mémoire, responsabilité et avenir », chargée de dédommager financièrement les victimes des exactions nazies en prélevant les sommes allouées sur un fonds de jugement alimenté par des versements du gouvernement allemand et de certaines entreprises allemandes, et de fonds versés suite au règlement du contentieux sur les avoirs des victimes de l'Holocauste (contentieux avec les banques suisses) : <www.compensation-for-forced-labour.org/index_french.html>. Il existe également d'autres exemples dans le secteur bancaire, notamment mis en œuvre par la Commission fédérale suisse des banques en relation avec une célèbre affaire de faillite (« affaire Biber »).

¹⁵¹ Voir par exemple E.G. THORNBURG, « Going private : Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution », in *U.C Davis L. Rev.*, 2000, vol. 34, p. 151 et s., p. 197 ; ID., « Fast, Cheap, and Out of Control : Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process », in *J. Small & Emerging Bus. L.*, 2002, vol. 6, p. 191 et s., spéc. p. 224 ; N.W. NETANEL, « Cyberspace Self-Governance... », *op. cit.* n. 100, p. 395 et s., spéc. p. 485.

c.2. Systèmes juridiques dans le cyberspace

On peut observer l'existence, dans le cyberspace, de véritables systèmes juridiques privés supplantant les systèmes juridiques étatiques grâce à un mécanisme d'auto-exécution des normes produites, correspondant à un appareil de coercition privé. On en mentionnera rapidement deux exemples. L'idée est bien évidemment ici de montrer qu'il y a violation d'une hiérarchie présumée entre des systèmes juridiques, le système étatique étant censé primer le système privé.

Le premier exemple, que nous avons pu présenter plus en détail ailleurs¹⁵², concerne la place de marché électronique eBay. On notera tout d'abord à son égard que son organisation semble bien permettre de conclure à un « groupement distinct de la société globale », en raison de l'identité virtuelle conférée à chaque utilisateur, c'est-à-dire la qualité de membre à laquelle s'attache par exemple le système de réputation mentionné plus haut. Ses « organes » semblent également suffisamment indépendants de tout pouvoir extérieur ; ils ne sont en aucun cas directement soumis à des organes extérieurs à eBay et la condition de l'autonomie organique ne semble donc pas soulever de difficultés. Quant à l'autonomie organisationnelle, il semble bien que la plate-forme s'organise avec toute la liberté de commerce qui lui revient. Enfin, les trois pouvoirs – législatif, juridictionnel et d'exécution – sont bien présents. Le pouvoir législatif se manifeste par l'adoption, par eBay, d'un ensemble important de règles de conduite applicables aux activités commerciales sur la plate-forme. Ces règles, appelées « Règlements eBay »¹⁵³ organisent avec précision la vie commerciale sur cette place de marché électronique, et leur violation est assortie de sanctions. On notera également que, selon des recherches sociologiques menées il y a quelques années, ces règlements semblent constituer la principale référence normative, plus que tout droit étatique, en cas de résolution d'un litige¹⁵⁴. Le pouvoir

¹⁵² Pour une description plus approfondie, voir Th. SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.* n. 110 et, de manière plus générale, Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 490 et s.

¹⁵³ <pages.ebay.fr/help/community/index.html>. En anglais : « eBay policies », qui se subdivisent en « user agreement » et divers corps de « rules » : <pages.ebay.com/help/policies/hub.html>. En allemand : « eBay-Grundsätze » : <www.pages.ebay.de/help/policies/index.html>.

¹⁵⁴ E. KATSH, J. RIFKIN et A. GAITENBY, « E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution... », *op. cit.*, n. 96, p. 728 : « nous sommes persuadés que les litigants

juridictionnel, quant à lui, prend la forme d'une institution privée de règlement des différends en ligne¹⁵⁵. On observera à cet égard que, si les parties gardent le droit de recourir aux tribunaux pour leur soumettre tout litige lié à une transaction réalisée sur eBay, en pratique cela ne se produit qu'en de très rares occasions, en raison des coûts d'une procédure judiciaire, qui sont généralement prohibitifs au vu de la valeur litigieuse moyenne d'un différend naissant d'une transaction réalisée sur eBay¹⁵⁶. Le pouvoir d'exécution, enfin, se fonde sur un système de réputation et de labellisation, qui crée, comme on l'a vu, une contrainte économique et sociale incitant les membres d'eBay à respecter les résultats des procédures administrées par l'institution de règlement des différends de cette place de marché.

Le second exemple se rapporte aux noms de domaine et à l'ICANN¹⁵⁷. Le groupement social est ici relativement lâche : il s'agit de l'ensemble des titulaires de noms de domaine. Néanmoins, cette spécificité nous semble suffisante pour que l'on puisse distinguer ces titulaires des autres membres de la « société globale » et nous estimons en conséquence que l'autonomie sociale est acquise. En ce qui concerne l'autonomie organique et organisationnelle, on relèvera simplement que l'administration du système de nommage par l'ICANN est couramment décrite comme l'archétype de l'autorégulation dans le cyberspace¹⁵⁸, en raison précisément du désengagement exprès du gouvernement américain en la matière (l'administration des noms de domaine aurait en principe relevé de la compétence des États-Unis, en raison de la localisation des serveurs

participent comme s'ils étaient dans 'l'ombre du droit'. Mais le droit dont l'ombre les affecte est celui d'eBay plutôt que tout autre droit. eBay est important pour eux et le site est administré de manière à ce que le futur d'un utilisateur d'eBay puisse être affecté par les litiges qui y surviennent. S'ils ne respectent pas le droit d'eBay, ils le font en prenant certains risques pour leur [...] bien-être économique. »

¹⁵⁵ Il s'agit de SquareTrade : <www.squaretrade.com>.

¹⁵⁶ G. KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution...*, op. cit. n. 141, p. 70 et s.

¹⁵⁷ Pour une description plus approfondie, voir Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, op. cit. n. 16, p. 481 et s.

¹⁵⁸ Bertelsmann Stiftung, « Wer regiert das Internet? Empfehlungen zu Internet Governance », 2001, <www.democratic-internet.de/berlin2001/empfehlungen.pdf>, p. 18 : « damit ist ICANN [ein] herausragendes Modell für die Selbstregulierung von technischen Sachverhalten im Internet. ».

responsables de l'adressage)¹⁵⁹ et du constat pratique de la très forte auto-organisation du système de nommage par l'ICANN¹⁶⁰. En ce qui concerne les trois pouvoirs ou compétences, leur présence nous semble ici très nettement marquée. Le pouvoir législatif, tout d'abord, se manifeste par le fait que l'ICANN a adopté la quasi-totalité des textes applicables¹⁶¹ lors de la résolution, par les institutions qui lui sont soumises, d'un litige concernant les noms de domaine entrant dans son champ de compétence¹⁶². Le pouvoir juridictionnel prend la forme de quatre institutions non étatiques de résolution des litiges en ligne¹⁶³, accréditées par l'ICANN. Le pouvoir d'exécution, enfin, consiste en l'exécution des décisions de ces institutions par l'opérateur de registre (privé) du nom de domaine concerné, l'opérateur en question étant contractuellement tenu de procéder à cette exécution sans procéder à un quelconque examen préalable¹⁶⁴. Il s'agit donc d'une autoexécution technologique. C'est ainsi toute la chaîne de la production du droit qui est sous contrôle de l'ICANN : adoption des normes par l'ICANN, interprétation de ces normes par les institutions

¹⁵⁹ M. MUELLER, « ICANN and Internet Governance, Sorting Through The Debris of 'Self-Regulation' », in *Info*, 1999, vol. 1, n° 6, p. 477 et s.

¹⁶⁰ Voir par exemple A.M. FROMKIN, « Semi-private international rule making », in *Regulating the Global Information Society*, s. dir. Ch.T. Marsden, Londres et New York, Routledge, 2000, p. 211 et s., et Y. POULLET, « Technologies de l'information et de la communication et 'co-régulation' : une nouvelle approche ? », in *Liber amicorum Michel Coipel*, s. dir. Y. Poulet, P. Wéry et P. Wynants, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 167 et s., spéc. p. 185.

¹⁶¹ Il s'agit des Principes directeurs et des Règles d'application, qui ensemble forment la *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP). Ces textes sont disponibles à <arbiter.wipo.int/domains/rules/index-fr.html>. Voir plus avant A.M. FROMKIN, « Wrong Turn in Cyberspace : Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution », in *Duke L.J.*, 2000, vol. 50, p. 17 et s., spéc. p. 96 et s., l'auteur analysant par ailleurs les diverses questions de constitutionnalité que cette compétence législative pose à l'égard du droit américain.

¹⁶² La procédure UDRP s'applique à tous les sites en <.com>, <.org>, <.net>, <.biz>, <.info> et <.name> mondialement, ainsi qu'à certains noms de domaine nationaux.

¹⁶³ Ces quatre institutions sont : le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le National Arbitration Forum, l'Asian Domain Name Dispute Resolution Centre et le CPR Institute for Dispute Resolution.

¹⁶⁴ Pour une explication plus détaillée du fonctionnement de ce système, A.M. FROMKIN, « Wrong Turn in Cyberspace », *op. cit.* n. 161, p. 47.

de résolution des litiges choisies par l'ICANN, exécution de ces normes par des opérateurs de registre contractuellement soumis à l'ICANN¹⁶⁵. On observera que l'exécution de la décision par l'opérateur de registre peut être empêchée par une simple saisine d'un tribunal compétent dans les dix jours à compter de la décision en cause¹⁶⁶. Toutefois, la saisine d'un tribunal dans ce délai est extrêmement rare (moins d'un pour cent des cas) et ces décisions sont donc dans les faits quasiment toujours exécutées par l'opérateur de registre¹⁶⁷. En d'autres termes, alors que ce système juridique de l'ICANN est formellement ouvert sur le droit étatique, par la possibilité de saisir le juge et d'ainsi interrompre, voire de mettre un terme à la procédure de l'ICANN, dans les faits le système juridique étatique n'exerce quasiment aucune influence (mis à part l'acculturation juridique des décideurs) sur les litiges soumis à l'ICANN. Il en résulte ce que nombre d'auteurs décrivent comme un nouveau régime juridique des noms de domaine, d'origine privée, conférant aux titulaires de marques une protection qu'ils n'auraient pas selon les

¹⁶⁵ Dans un sens proche : G.B. DINWOODIE, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », in *U. Pa. L. Rev.*, 2000, vol. 149, p. 469 et s., spéc. pp. 524–525 : « la procédure [UDRP] a un potentiel significatif de création de normes transnationales de droit des marques : la procédure d'enregistrement d'un nom de domaine crée la possibilité d'imposer une obligation [d'accepter la compétence des organes de résolution des litiges appliquant l'UDRP], les décisions des [panels] sont publiées sur le site de l'ICANN et il existe [...] un système centralisé – l'ICANN – au travers duquel les procédures de résolution des litiges peuvent être établies à l'échelle mondiale » (trad. Thomas Schultz).

¹⁶⁶ Voir l'article 4 lit. k Principes directeurs UDRP, qui prévoit notamment que « si [un panel] décide que votre enregistrement de nom de domaine doit être radié ou transféré, nous [l'opérateur de registre] surseoirons à l'exécution de cette décision pendant dix (10) jours ouvrables (selon les usages établis au lieu de notre siège) après en avoir été informés par l'institution de règlement compétente. Nous exécuterons ensuite cette décision, à moins d'avoir reçu de vous dans ce délai de dix (10) jours ouvrables un document officiel (par exemple la copie d'une plainte, portant le tampon d'enregistrement d'un greffe de tribunal) attestant que vous avez engagé des poursuites judiciaires à l'encontre du requérant en un for dont le requérant a accepté la compétence conformément au paragraphe 3)b)xiii) des règles de procédure. (En règle générale, ce sera soit au lieu de notre siège, soit à celui de votre adresse telle qu'elle figure dans notre répertoire [...]). »

¹⁶⁷ En ce sens, E.G. THORNBURG, « Going private : Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution », *op. cit.* n. 151, p. 197.

diverses réglementations étatiques touchant aux droits de la propriété intellectuelle¹⁶⁸. Il ne s'agit ici pas seulement d'une protection allant au-delà de ce que le droit étatique prévoit, mais d'une réelle violation du droit étatique, à tout le moins dans son esprit¹⁶⁹, étant donné que la protection des droits de propriété intellectuelle repose, dans ce contexte, sur une double protection des titulaires de tels droits d'un côté et des titulaires de noms de domaine de l'autre. Les droits (d'origine étatique) de ces derniers sont violés par le système juridique de l'ICANN¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Notamment C. CARON, « Brefs propos sur l'émergence des usages de l'internet dans l'environnement international », in *L'Internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet*, Paris, LÉGI-PRESSE, 2001, p. 429 et s., l'auteur évoquant l'émergence d'usages relatifs aux noms de domaine dans le cyberspace ; L. BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique : site web, contrats, responsabilités, contentieux*, 2^e éd., Paris, Delmas-Dalloz, 2001, p. 49, qui considère que ce corpus forme la pointe de l'iceberg de la « lex mercatoria du réseau des réseaux » ou encore le vecteur créatif d'« un ensemble de normes internationales fondées sur des principes internationaux » ; T.H. WEBSTER, « Domain Name Proceedings and International Dispute Resolution », in *BLI*, 2001, p. 215 et s., spéc. p. 236 : « the UDRP decisions tend to refer mainly to other UDRP decisions [...] Therefore, there is a body of transnational *soft-law* that is building up in which panelists from various nationalities readily rely on decisions from panelists based elsewhere », et G.B. DINWOODIE, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », *op. cit.* n. 165.

¹⁶⁹ Voir par exemple Y. POULLET, « La technologie et le droit : du défi à l'alliance », *op. cit.* n. 4, § 11, relevant comment « une technologie certes aux effets protecteurs remet en cause l'esprit, les paradigmes inscrits au cœur des législations [...] de propriété intellectuelle ».

¹⁷⁰ Voir par exemple A. CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 193 et s., l'auteur concluant notamment que, d'un côté, « de nombreuses décisions s'appuient sur une motivation lacunaire, voire incorrecte » et « une partie importante de la jurisprudence UDRP montre [une] tendance à alléger la charge de la preuve [...] Les panels se contentent souvent de vagues présomptions », favorisant de la sorte les titulaires de droits de marque, et, de l'autre côté, « le champ d'application de la procédure UDRP a été sensiblement étendu par une jurisprudence abondante qui, afin de pouvoir sanctionner un maximum de cas d'enregistrements abusifs, ignore les limites posées par les principes directeurs UDRP », ce qui a été opéré notamment en appliquant à l'échelle mondiale la « notion très souple de *common law trademark* [...] alors que la procédure est

d. La relation en réseau des systèmes juridiques

Ce que nous avons voulu montrer par les exemples d'eBay et de l'ICANN est qu'il s'agit là de systèmes juridiques qui s'appliquent *au détriment* des systèmes étatiques. Ces derniers cherchent en principe à s'appliquer ; il n'existe en effet aucune raison à ce que le droit étatique ne prétende pas réglementer les transactions conclues sur eBay ou les noms de domaine. Pourtant, dans un nombre très important de cas, le système juridique étatique n'intervient à aucun moment. Dans ces cas, le litige est soumis à une institution privée de résolution en ligne des litiges, qui applique des normes édictées par une entité privée et qui contrôle elle-même ce qui tient lieu de procédure d'exécution forcée. Dans ces cas, le comportement des personnes qui sont destinataires autant des normes de droit étatique que des normes privées d'eBay, respectivement de l'ICANN, semble être déterminé non pas par les normes étatiques, mais bien par les normes appartenant à l'un de ces deux systèmes juridiques privés. De plus, l'application du droit étatique n'est pas exclue en raison d'un instrument du droit étatique qui le permettrait – on pense par exemple à une clause d'arbitrage prévoyant l'application d'une forme de *lex mercatoria*, ce qui est en principe reconnu par le système juridique étatique. Un tel cas correspondrait à une autolimitation du système juridique étatique. Bien au contraire, l'application du droit étatique est exclue, dans les faits, par des facteurs ne tenant qu'au système juridique privé lui-même, qui a fini par s'imposer. Parmi ces facteurs, on compte l'accès à un appareil de coercition privé. Ces systèmes juridiques non étatiques, dans ces situations, semblent donc bien primer le droit étatique alors que, dogmatiquement, cela devrait être

censée reposer sur une assise internationale commune (le droit des marques tel que nous l'entendons traditionnellement en droit continental, c'est-à-dire reposant sur un acte de dépôt) » ; K. BLACKMAN, « The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy : A Cheaper Way to Hijack Domain Names and Suppress Critics », in *Harv. J.L. & Tech.*, 2001, vol. 15, p. 211 et s., spéc. pp. 233–236, l'auteur analysant une série de décisions traduisant une interprétation extrêmement souple de l'UDRP et conduisant à une « recapture illicite de nom de domaine ». M. MUELLER, *Ruling the Root : Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2002, p. 231. Voir aussi Ph. GILLIERON, *La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine*, Lausanne, Cédidac, 2002, p. 51 : « les conditions d'application de la UDRP ne se recoupent pas avec celles qui existent notamment en droit des marques ; à ce titre, on peut estimer qu'elle constitue une source de droit autonome ».

l'inverse. Nous sommes donc en présence ici d'un renversement de hiérarchie, voire d'une boucle étrange¹⁷¹.

On notera que, dans ce contexte du pluralisme juridique, il n'y a pas forcément inter-détermination des normes. On entend par là que, en principe, la pyramide kelsénienne des normes conçoit le droit comme une succession de déterminations de normes par celles qui lui sont respectivement supérieures – la norme supérieure détermine toujours, successivement, la norme inférieure¹⁷². Dans le modèle du réseau, l'idée est que les normes inférieures, quelquefois, déterminent les normes supérieures (hiérarchie *bottom-up*) et, d'autres fois, ce sont les normes supérieures qui déterminent celles qui leurs sont inférieures (hiérarchie classique *top-down*). À partir de là, on conclut à l'enchevêtrement des hiérarchies réelles entre ces normes¹⁷³. Il y a donc, dans cette hypothèse, une inter-détermination des normes, en ce sens qu'il est toujours question de savoir quelle norme détermine l'autre. Cependant, au plan du pluralisme juridique, c'est-à-dire du rapport entre systèmes juridiques, la tendance naturelle à la cohérence des normes diminue, voire disparaît. En conséquence, on observera plus facilement des situations que l'on peut qualifier, en suivant des auteurs tels que Jean Carbonnier¹⁷⁴ et Jean-François Perrin¹⁷⁵, de « dissonances » normatives, c'est-à-dire que plusieurs systèmes juridiques coexistants, applicables à la même situation de fait,

¹⁷¹ D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, InterÉditions, 1985, p. 799 : « interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur. »

¹⁷² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* n. 119, pp. 259, 266, 316 ; M.P. GOLDING, « Kelsen and the Concept of *Legal System* », in *More Essays in Legal Philosophy. General Assessments of Legal Philosophies*, s. dir. R.S. Summers, Berkeley et Los Angeles, Univ. of California Press, 1971, p. 69 et s., spéc. p. 93, et F. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1987, p. 187.

¹⁷³ M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.* n. 117, p. 107 et s., et F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 49 et s.

¹⁷⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Evreux, Répertoire du notariat defrénois, 1979, p. 264.

¹⁷⁵ J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, *op. cit.* n. 113, pp. 54 et s.

prévoient simplement des normes différentes¹⁷⁶. L'idée est donc que, au plan du pluralisme juridique, on ne se trouve pas nécessairement dans la situation où un système juridique déterminerait le contenu normatif d'un autre système juridique, le second s'alignant en conséquence sur le premier, mais plutôt dans une situation où la question porte sur l'identité du système juridique qui dirige concrètement le comportement du destinataire commun de ces divers systèmes.

L'idée est donc que l'on se trouve, avec une approche fondée sur le pluralisme juridique, dans une situation qui a trait moins à l'inter-détermination des normes qu'à leur simple rivalité, plusieurs systèmes juridiques cherchant à régir une même situation et un même destinataire. Deux questions se posent alors. La première exige que l'on se demande si cette approche ne nous place pas dans une situation d'hétéarchie (absence de hiérarchies), plutôt que d'enchevêtrement de hiérarchies, partant de l'idée que chaque système juridique est indépendant des autres et qu'il ne s'établit donc aucune relation de hiérarchie avec eux. La seconde question est de savoir quels sont les facteurs qui, en définitive, auront pour effet que cette rivalité soit remportée par l'un ou l'autre des concurrents à la normativité.

La première question revient à se demander s'il existe une ou plusieurs hiérarchies entre les systèmes juridiques et, s'il en existe, quels sont leurs rapports. Elle peut être appréhendée en variant l'approche (formelle ou empirique) et le point de vue (interne, externe, externe modéré).

Entamons l'analyse par une approche formelle et un point de vue interne. Si l'on se positionne à l'intérieur d'un système juridique et que l'on adopte son discours officiel, il n'existera en principe qu'une seule hiérarchie, unidirectionnelle : le système juridique dans lequel on s'est placé prime les autres¹⁷⁷. Le système dominant peut bien entendu reconnaître d'autres systèmes ; il s'agit alors d'une situation que Santi Romano appelait la « *relevance* », c'est-à-dire le

¹⁷⁶ On notera en passant le parallèle avec le droit international privé, où chaque système juridique (étatique) prévoit des règles dont le but est justement de déterminer la hiérarchie de deux systèmes juridiques cherchant à s'appliquer à une même situation de faits.

¹⁷⁷ Comp. M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit. n. 117, p. 107 : « la présence d'une gradation, d'une relation de supériorité, d'une position de commandement est, en droit, indubitable, même si elle est le plus souvent déjouée. »

fait que « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre [juridique] soit conforme aux conditions visées par [le système juridique procédant à la reconnaissance] »¹⁷⁸. La reconnaissance et l'exécution par un système juridique étatique de jugements étrangers ou de sentences arbitrales rendues dans d'autres systèmes juridiques en constituent la manifestation la plus ostensible¹⁷⁹. Une telle reconnaissance ne remet toutefois aucunement en question la position de supériorité hiérarchique du système qui y procède. Pour l'observateur placé dans un système juridique, la production normative de tout autre système sera toujours, à tout le moins avant sa réception, d'un niveau hiérarchique inférieur¹⁸⁰. Cela découle du fait que, quand un système juridique reconnaît la production normative d'un autre système, celle-ci est soumise (relation hiérarchique) aux conditions du système qui opère la reconnaissance¹⁸¹.

¹⁷⁸ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.* n. 115, p. 106.

¹⁷⁹ Voir par exemple F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.* n. 116, pp. 64–68 ; P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. p. 147, et Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 215.

¹⁸⁰ En ce sens, on lira avec intérêt ces lignes de François Rigaux : « il arrive que le droit étatique reçoive certains effets juridiques produits par un ordonnancement qui lui est extérieur sans être celui d'un autre État, ni se rattacher d'aucune manière au droit international [...] Citons la reconnaissance d'un acte de l'autorité religieuse, l'exclusion de la compétence juridictionnelle étatique par l'effet d'une clause arbitrale, l'application des règles du jeu par le juge de la responsabilité. Encore faut-il entendre la nature de tels phénomènes [...] On peut en minimiser la portée en affirmant que l'acte émanant d'une autorité non étatique est un simple fait au regard du droit étatique. C'est en vertu de la même qualification réductrice que le droit étatique est tenu pour un fait par le droit international » (F. RIGAUX, *La loi des juges*, *op. cit.* n. 133, p. 28).

¹⁸¹ Nous nous plaçons ici en continuité d'une réflexion, menée notamment par François Ost et Michel van de Kerchove, sur la distinction entre validité interne (« qui s'attache aux actes et normes juridiques ») et validité externe (« qui caractérise les systèmes juridiques envisagés globalement »). On notera que les auteurs relèvent, en rapport avec cette distinction, que « la validité interne s'apprécie de façon dominante à l'aide de critères formels et systémiques (pôle légalité), tandis que, en revanche, la validation des systèmes eux-mêmes procédera pour l'essentiel de considérations de légitimité et d'effectivité – tant du moins que ne se sera pas imposé un ordre juridique mondial fixant des critères impératifs de reconnaissance

Si l'on adopte ensuite, avec une approche toujours formelle, un point de vue externe (radical) qui ne prend donc pas en compte les revendications propres à chaque système juridique, il nous semble qu'il faille effectivement conclure à une situation d'hétérarchie, en ce sens que, comme écrivait Phocion Francescakis, les systèmes juridiques existent « chacun dans sa sphère »¹⁸². Cela signifie, si l'on reprend cette fois les termes de François Rigaux, que l'État ne confère en aucun cas « aux ordonnancements privés une juridicité que ceux-ci n'auraient pas par eux-mêmes »¹⁸³. L'« irrelevance », pourrait-on

des ordres juridiques » (F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 325) (nous soulignons). Voir aussi A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, trad. G. Warland, Bruxelles, Story-Scientia / Paris, LGDJ, 1992, p. 47 : « la question centrale consiste à se demander comment justifier la norme fondamentale en recourant (seulement) à des critères externes. S'occuper de cette sorte de validité systémique externe au sens formel nous conduit à prendre en considération le problème de la légitimité du système de normes en tant que système juridique. »

¹⁸² Ph. FRANCESKAKIS, « Introduction à l'édition française » de S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.* n. 115, p. xiii : « C'est que l'existence d'un ordre juridique ne dépend pas de sa licéité au regard de l'ordre étatique. Leur juridicité ne leur vient en effet de rien d'autre que de leur caractère institutionnel, qui peut, dans des cas extrêmes rappelés par l'auteur, traduire une organisation fort poussée, comparable à celle de l'État, voire parfois conçue sur son modèle. Leur refuser le caractère d'ordre juridique, ce ne pourrait être qu'en vertu d'un jugement moral, lequel est précisément étranger au droit. Ainsi, ces ordres proscrits par l'État et, de même et à plus forte raison, ceux qui sont pour l'État *irrélevants* existent *chacun dans sa sphère* et peu importe que selon le droit de l'État ils soient *antijuridiques*. » Voir aussi F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, *op. cit.* n. 119, p. 13 : « il faut joindre l'une à l'autre deux vérités complémentaires : que chaque société humaine se construit de manière autonome, adoptant des règles et créant des institutions dont la validité et la juridicité ne sauraient être évaluées de l'extérieur et notamment par un autre ordre juridique ; qu'aucune société humaine ne peut s'isoler de toutes les autres sociétés ».

¹⁸³ F. RIGAUX, *La loi des juges*, *op. cit.* n. 133, p. 28. Voir aussi ID., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.* n. 116, p. 83 : « seule une identification périmée entre l'État et le droit conduit à subordonner la juridicité des droits *étrangers* (ce qui inclut le droit d'un autre État et le droit non étatique) à leur réception dans le système de la *lex fori*. Selon la doctrine traditionnelle, pareil au roi Midas qui transformait tout ce qu'il touchait en or, seul le droit d'un État serait en mesure de rendre juridique, par son simple contact, une

encore dire avec Santi Romano, c'est-à-dire en substance la non-reconnaissance, n'a aucune incidence sur l'existence du système non reconnu¹⁸⁴, il sera simplement « ignoré comme tel par un autre »¹⁸⁵. En d'autres termes, d'un point de vue externe, chaque système juridique est autonome et indépendant, ne reposant que sur lui-même. Partant, aucune hiérarchie ne s'établit entre eux.

Si l'on modifie à nouveau la perspective, tout en conservant une approche formelle, et que l'on se place dans ce que François Ost et Michel van de Kerchove ont pu qualifier, dans un contexte quelque peu différent, de « point de vue externe modéré », c'est-à-dire un « point de vue externe [...] averti du point de vue interne des acteurs juridiques »¹⁸⁶, on réalise que l'on se situe dans ce que François Rigaux a pu appeler un « système de relativité générale »¹⁸⁷, c'est-à-dire une situation où la hiérarchie des normes dépend du point de vue

situation qui n'aurait pu, par elle-même, acquérir ce caractère. Contrairement à cette doctrine il est erroné de réduire la juridicité des ordres juridiques transnationaux aux phénomènes sporadiques de leur réception par le droit étatique. » Voir aussi Y. POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet », *op. cit.* n. 92, p. 61 : « faut-il pour autant considérer que les ordres juridiques privés et publics sont sur pied d'égalité ? De nombreux auteurs affirment le double privilège étatique par rapport à ceux privés. Le premier est celui du recours ultime devant les juridictions de l'ordre juridique étatique. Nul ne peut être privé de la possibilité d'un recours devant de telles juridictions ; le second est précisément la possibilité pour de telles juridictions, d'une part, de juger de la validité des autres systèmes juridiques et, d'autre part, d'analyser leur conformité à certains principes-clés de tout ordre juridique. »

¹⁸⁴ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.* n. 115, p. 86.

¹⁸⁵ M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.* n. 117, p. 200.

¹⁸⁶ F. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.* n. 172, p. 76.

¹⁸⁷ Voir, de manière générale, l'article au titre évocateur de F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.* n. 116. Voir aussi ID., « Le droit au singulier et au pluriel », in *RIEJ*, 1982, vol. 9, p. 45 et s., spéc. p. 56, relevant « le caractère essentiellement *relatif* de tout ordre juridique » et, encore ID., « La relativité générale des ordres juridiques », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, s. dir. E. Wyler et A. Papaux, Paris, Pedone, 1999, p. 75 et s.

(interne) de chaque observateur¹⁸⁸. Ce système de relativité générale correspond à une forme d'enchevêtrement de hiérarchies, puisqu'il comprend une multitude de hiérarchies qui peuvent être superposées, opposées, croisées, incompatibles ou encore contradictoires, partant de l'idée qu'il peut exister des « tensions ou même [des] oppositions radicales dans les attitudes adoptées respectivement par les systèmes en présence »¹⁸⁹.

Finalement, nous nous proposons de prendre une approche empirique et le point de vue du *destinataire* des normes appartenant à ces divers systèmes juridiques. Ici, l'on peut conclure à l'existence d'une seule hiérarchie, qui correspond pour l'observateur (le destinataire normatif) à la question de savoir à quelle norme il convient de se conformer¹⁹⁰. Cette hiérarchie, toutefois, n'est pas unidirectionnelle, stable et prédéterminée. Au contraire, elle change, se renverse et évolue en suivant la somme des capacités respectives des systèmes juridiques à « orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité »¹⁹¹. Or, on le sait, cette capacité à orienter le comportement, c'est-à-dire l'effectivité du système juridique, dépend de deux facteurs : la capacité à convaincre ou à susciter le respect volontaire (effectivité symbolique) et la capacité à contraindre (effectivité instrumentale)¹⁹². L'effectivité symbolique correspond fondamentalement à la légitimité (procédurale et substantielle) du système juridique. L'effectivité instrumentale dépend notamment, on l'a vu, de la possibilité d'un accès direct, non soumis au contrôle d'un autre système juridique, à un système de coercition.

¹⁸⁸ F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, *op. cit.* n. 119, p. 13 : « en l'absence d'un métasystème et parce que chaque ordre juridique particulier est autonome, il règle à sa manière et selon la perspective qui lui est propre les relations qu'il entretient avec les autres systèmes, pure modalité de son propre fonctionnement. »

¹⁸⁹ M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.* n. 117, p. 203. Voir aussi H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.* n. 112, et M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 270.

¹⁹⁰ Nous partons ici de l'idée que les systèmes juridiques en question prévoient des normes contradictoires ou à tout le moins incompatibles, sinon il est probable qu'aucune hiérarchie ne s'établit du point de vue du destinataires des normes.

¹⁹¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* n. 7, p. 329.

¹⁹² Voir sous-titre 3b. Internormativité et concurrence des systèmes juridiques en général, ci-dessus.

En d'autres termes, il nous semble possible de soutenir que, du point de vue du destinataire normatif - qui constitue le meilleur point de vue pour observer les flux de pouvoir qui constituent la base même du modèle du réseau -, la hiérarchie entre les systèmes juridiques s'établit en fonction de l'effectivité (au sens instrumental du terme) et de la légitimité respectives de chacun des systèmes.

Conclusion

Le but de cet article a été d'étudier les rapports qu'entretiennent le modèle du réseau et la régulation du cyberspace, plus précisément d'examiner à la fois des cas d'application de ce modèle théorique et des possibilités de compléter, à cette occasion, le modèle lui-même. Quel est alors, à l'issue de cet examen des flux de normativités parcourant le cyberspace, le rôle qu'y joue le modèle du réseau ?

D'un côté, le réseau peut être utilisé comme méta-modèle de régulation, c'est-à-dire comme instrument permettant d'appréhender de manière globale les relations entre divers modèles de régulation. Il peut en ce sens être utilisé de manière descriptive et normative. L'utilisation descriptive réside en ce qu'il donne une image qui nous semble particulièrement réaliste de la diversité des acteurs exerçant ou prétendant exercer une influence normative sur un secteur donné, voire y acquérir une position dominante. Sa fonction normative consiste en cela que le modèle du réseau semble nous montrer clairement que la régulation du cyberspace ne doit pas être construite sur l'idée d'une intervention unilatérale par un acteur, mais qu'il faille bien plus penser en termes de « multirégulation »¹⁹³, et composer avec une multitude d'acteurs.

¹⁹³ Sur l'importance d'une approche fondée sur la multirégulation, voir par exemple Y. POULLET, « Comment 'réguler' la protection des données ? Réflexions sur l'internormativité », *op. cit.* n. 103 ; ID., « ICT and co-regulation : Towards a new regulatory approach », à paraître ; Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, *op. cit.* n. 28, p. 69 et s. ; R.H. WEBER, *Regulatory Models for the Online World*, *op. cit.* n. 90, p. 53 ; M. MAESSCHALCK et T. DEDEURWAERDERE, « Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », *op. cit.* n. 62, p. 88 ; I. FALQUE-PIERROTIN, *Les technologies de l'information – Mission interministérielle sur l'Internet*, Paris, 1996, www.internet.gouv.fr ; M. VIVANT, « Internet et modes de régulation » *op. cit.* n. 59, p. 229, et Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique...*, *op. cit.* n. 16, p. 162 et s.

De l'autre côté, le réseau nous semble constituer un modèle particulièrement fertile pour penser le pluralisme juridique, et plus spécialement la relation entre plusieurs systèmes juridiques ayant vocation à s'appliquer à une même situation et ne disposant pas, au contraire des systèmes juridiques dans leurs relations entre eux, de règles de conflit de loi, qui sont en réalité des règles de conflit de systèmes juridiques. À cet égard, il nous semble que l'on peut dégager un double critère régissant, empiriquement, ces conflits de systèmes juridiques : le pouvoir de contraindre (effectivité instrumentale) et la légitimité (effectivité symbolique) respectifs de chaque système. En cela, pour être extrêmement simpliste, on pourrait éventuellement soutenir que l'on jette ainsi des ponts, ou plutôt qu'on les renforce, entre des théories telles que celles de Santi Romano et de François Rigaux et le modèle du réseau de François Ost et de Michel van de Kerchove.