

mêmes. Avec le télégraphe, il était possible pour le client d'accuser réception, vérifiant ainsi, de manière efficace, rapide et peu dispendieuse, que tant l'existence que le contenu du message ont bien été transmis à l'expéditeur³⁵². La gestion du risque était donc possiblement derrière cette responsabilité ; or, celle-ci était remise en cause dans le cadre de la nouvelle technologie de l'époque. L'analogie était donc, dans ce cas, inappropriée.

Pour ce faire, il importe donc d'identifier si un concept juridique est assimilable à un médium en particulier. Dans le domaine qui est le nôtre, il faut vérifier si le concept est orienté vers le papier (pour calquer l'expression anglaise de « paper-oriented ») ou s'il fait preuve d'une relative « indépendance technologique », expression utilisée à dessein pour ne pas qu'on la confonde avec la « neutralité technologique » dont nous traitons actuellement.

De la même manière, les juges de common law réfèrent souvent à une citation du XIX^e siècle tirée de l'arrêt *Howley c. Whipple* :

« it makes no difference whether the operator writes the offer or acceptance with a steel pen an inch long attached to an ordinary penholder, or whether the pen is a copper wire a thousand miles long. In either case, the thought is communicated to the paper by the use of a finger... »³⁵³

Dans ce cas, si l'analogie est consacrée par un juge, il est primordial d'analyser au préalable quelle était la fonction que le document papier devait remplir. Cette équivalence n'a donc de sens que si l'on identifie clairement la raison d'être de la formalité. Une place importante est donc laissée au juge qui à certains égards doit assumer ses responsabilités en ne se retirant pas systématiquement derrière l'adoption de ce critère interprétatif. L'analogie a donc ses limites ; celles liées aux fonctions c'est-à-dire à l'approche téléologique.

Paragraphe 2 Neutralité technologique : illustration d'une « nouvelle » forme de norme ?

Nous venons de le voir, la neutralité technologique est un strict néologisme ; une pure invention doctrinale, récente, largement véhiculée par

³⁵² *Id.*, 557.

³⁵³ (1869) 48 N. H. 487.

les instances internationales, constituant une réponse à un certain nombre de faits nouveaux imposés par les technologies de l'information. La notion réfère à la fois à une certaine retenue législative et à une manière d'interpréter le droit. Mais au-delà de cette substance que nous reverrons plus loin, il est aussi possible de se demander si la neutralité technologique, ou peut-être davantage l'équivalence fonctionnelle d'ailleurs, correspond à un principe qui s'insère dans ce que nous dénommerons une norme informelle (A) ; norme qui doit être qualifiée afin qu'un juge³⁵⁴ puisse être en mesure de la reconnaître (B). Quelques propos théoriques en somme, suivis par des considérations plus pratiques.

Des normes informelles ne sont pas une source qui retient généralement l'attention des juristes. La méfiance provenant de leur évanescence, de leur moindre fixité normative – beaucoup prétendent que ce n'est pas une norme³⁵⁵ –, incite à penser que la « littérature juridique est, sur ce point, d'une indigence à peu près absolue »³⁵⁶. Par conséquent, ce concept varie substantiellement selon l'auteur qui l'analyse (que cet auteur évolue en droit civil *stricto sensu*, en France ou au Québec, en droit commercial, en droit international ou en droit des affaires électroniques).

³⁵⁴ De certains juges de référer à des notions pour le moins imprécises telles que par exemple la notion de « normes de l'industrie ». Voir par exemple *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 116 ; *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications*, 2011 BCSC 1196, par. 132 : « [132] (...), The defendants also acknowledge that the Century 21 Website Terms of Use are industry standard. »

³⁵⁵ Didier LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme sources de stipulations implicites », (2002) 36-1 *R.J.T.* 83.

³⁵⁶ F. GÉNY, préc., note 324, p. 317 ; Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 103. Sur le caractère amphibologique de l'usage, voir Michel PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », (1959) *Revue trimestrielle de droit commercial* 359 ; Jean ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 4 : « l'usage estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle d'une valeur de transition, zone de clair-obscur dans le tableau, où toutes les oppositions viennent s'atténuer et se fondre. Il apporte le trouble dans les notions géométriques des jurisconsultes » ; Karl N. LLEWELLYN, « The Normative, the Legal and the Law-Jobs: the Problem of Juristic Method », (1940) 49 *Yale Law Journal* 1355, 1359, parlant de la coutume, il affirme : « too blunt and confused to serve in careful analysis » ; Éric LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », (1986) *Revue internationale de droit économique* 163.

Fait remarquable, le domaine des affaires électroniques a remis au goût du jour une norme sous-évaluée par le positivisme latent qui rassure le juriste. Aussi, en marge des domaines traditionnels du droit, le commerce électronique a donné lieu à des débats théoriques fascinants, trop souvent ignorés par les civilistes, quant à l'émergence de telles normes. Comme si ce monde « virginal » qu'est le cyberspace, lieu de conquête, oblige tout un chacun à repenser tous les concepts. Face à cet état de fait, dans le monde numérique, la notion de norme informelle a très tôt été identifiée comme une source juridique de choix. C'est donc un terrain qui, non encore « pollué », permet peut-être plus facilement que d'autres d'identifier la substantifique moelle de la question des normes informelles.

Nous nous intéresserons donc ici à l'émergence de communautés susceptibles de concurrencer l'État qui n'est peut-être pas le seul acteur normatif à jouer un rôle en la matière³⁵⁷.

A. Neutralité technologique : une norme informelle en théorie

Les normes informelles, les usages commerciaux, ce que nous avons qualifié dans le passé de *lex electronica*³⁵⁸, sont généralement reconnues de deux manières, comme cela se vérifie dans le *Code civil du Québec* : comme moyen d'interpréter³⁵⁹ un contrat et comme moyen de le compléter³⁶⁰.

Relativement à l'interprétation, on peut d'abord citer le préambule de la Convention de la CNUDCI de 2005 selon lequel la neutralité techno-

³⁵⁷ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Dans l'introduction de leur ouvrage, ces auteurs précisent qu'« avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (...); la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (...); les frontières du fait et du droit se brouillent; les pouvoirs interagissent (...); les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (monodisciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes *a priori*; la justice enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables ».

³⁵⁸ V. GAUTRAIS, préc., note 109, p. 229 et suiv.

³⁵⁹ C.c.Q., art. 1426.

³⁶⁰ C.c.Q., art. 1434.

logique et l'équivalence fonctionnelle sont des principes généraux existants dans la Convention³⁶¹. Or, l'article 5 de la Convention, s'intitulant « Interprétation », dispose à l'alinéa 2 :

« Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. »

Quelques lignes seront donc en premier lieu consacrées à cette notion de norme informelle et plus particulièrement au développement de cette notion dans un contexte électronique (1). Ceci dit, et même si nombreux sont ceux qui ont milité en faveur d'un développement plus soutenu de la *lex electronica*, on ne peut passer sous silence les difficultés conceptuelles qui y demeurent associées (2).

1. « Histoire » de la *lex electronica*

Au départ, la croyance selon laquelle les normes informelles sont une source incontournable en droit des technologies est directement liée au fait que la loi, le principal outil de régulation, présente des écueils importants pour appréhender les changements technologiques. Que ce soit à cause de sa forme, rigide, ou de son appartenance nationale, il est en effet souvent délicat de concilier la « matérialité » de la loi avec l'évanescence de la technologie³⁶². Les usages, quant à eux, présentent avec les technologies une compatibilité beaucoup plus naturelle que ce soit pour gérer le caractère international de certaines innovations, mais également leur évolution rapide³⁶³,

³⁶¹ ONU, préc., note 24.

³⁶² L. BENNETT MOSES, préc., note 210 : « There is something about law and technological development that seems vaguely incompatible. »

³⁶³ Karl Llewellyn, père spirituel du U.C.C. américain, préconisait que la flexibilité soit une des fonctions centrales de ce code. Celle-ci se retrouve indiscutablement dans la section (1-205) relative aux usages comme l'affirme David W. CAROLL, « Harpooning Whales, of which Karl N. Llewellyn is the Hero of the Piece: or Searching for more Expansion Joints in Karl's Crumbling Cathedral », (1970) 12 *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 139, 154. Voir aussi Louis MARQUIS, « Les usages commerciaux en droit québécois », dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 131.

leur caractère technique³⁶⁴ et évidemment les aspects commerciaux des technologies s'adressant à une communauté donnée³⁶⁵. Internationalité, rapidité, technicité et commercialité sont en effet quatre caractéristiques qui prêtent naturellement à voir des usages se développer. De surcroît, et au-delà de ce seul facteur technologique, les activités concernées se déroulent souvent dans le cadre d'une globalisation généralisée, ce qui en soit constitue assurément un facteur de reconsidération du droit³⁶⁶.

C'est la raison pour laquelle, depuis les débuts d'Internet, face aux carences législatives et au caractère national des lois, les normes informelles sont régulièrement envisagées comme une solution qui doit être valorisée³⁶⁷. Depuis, le sentiment d'importance et de valorisation ne semble guère s'essouffler :

³⁶⁴ Sur l'autonomie grandissante des secteurs d'activités ayant un haut degré de technicité et sur, corollairement, l'incompétence des droits étatiques à régler ces questions, voir Masaichiro ISHIZAKI, « De la récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies », dans *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, L.G.D.J., 1938, p. 495 ; Bruce L. BENSON, « Customary Law as Social Contract: International Commercial Law », (1992) 3 *Constitutional Political Economy* 1, 16.

³⁶⁵ Philippe FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge : À propos de quelques récents arrêts français », dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 67, aux pages 78 et 79.

³⁶⁶ Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

³⁶⁷ Raj BHALA, « Self-Regulation Global Electronic Markets Through Reinvigorated Trade Usages », (1995) 31 *Idaho Law Review* 863, 866 et 867 : « In order to meet the needs of participants in global electronic markets, the concept of a usage of trade should be reinvigorated. No longer should a usage be regarded as a mere interpretive device trotted out by a court to resolve a dispute about a contractual term. It should be seen as a legal foundation for a practice engaged in by market participants. As such, it should confer legitimacy and authority on that practice, and be a source of obligation for the participants. In short, trade usages should be seen as a means of self-regulation. In this reinvigorated role, a trade usage can reduce uncertainty, protect expectations, provide flexibility, and foster efficiency. Alternatives to reinvigorated usages do not offer these advantages. First, express statutory rules of contract fail to address adequately the pressing needs of participants in global electronic markets. (...). Application of statutory rules may generate uncertainty and not yield potential Pareto improvements. Second, the process of reforming contract law is too cumbersome and reactive to anticipate and meet the participants needs. » (les notes de bas de pages ont été retirées)

«The deployment of soft law may enable a regulator to extend its jurisdiction and reduce the extent of bargaining over norms, reducing negotiation costs for all involved»³⁶⁸.

L'auteur Colin Scott fonde d'ailleurs sa prétention sur l'étude empirique que sont les domaines du jeu en ligne, du commerce électronique et des valeurs mobilières en ligne³⁶⁹. Ceci dit, il faut pourtant constater que dans plusieurs pays, si la première étape a consisté en la mise en place de codes de conduite ou autres normes informelles, certains ont été phagocytés par les lois.

Il est important de noter que cette façon d'appréhender les difficultés d'adaptation que présentent les supports électroniques nouveaux est universelle. Ainsi, relativement à des difficultés comme l'écrit³⁷⁰ ou la signature³⁷¹ par exemple, et ce en dépit de distinctions culturelles pour les appréhender³⁷², il est tout à fait possible de référer à des notions telles que la *lex mercatoria*, voire la *lex electronica*³⁷³, tellement sa récurrence est assurée.

2. Caractère controversé de la *lex electronica*

Nous avons déjà souligné que la *lex electronica* pâtit de certaines carences conceptuelles qui en rendent l'application délicate. En premier lieu, plusieurs doutes existent quant à la nature même de ce que sont les usages : une norme véritable ou une excroissance non déclarée du contrat ? (a) En second lieu, de nombreuses interrogations persistent quant aux structures organisationnelles dans lesquelles les usages sont sensés se développer, ce qui rend difficile de les reconnaître (b).

³⁶⁸ Colin SCOTT, «Regulatory Innovation and the Online Consumer», (2004) 26 *Law & Policy* 477, 490. L'auteur cite aussi, sur ce même point, Dermot HODSON et Imelda MAHER, «Soft Law and Sanctions: Economic Policy Coordination and Reform of the Stability and Growth Pact», (2004) *Journal of European Public Policy* 11.

³⁶⁹ C. SCOTT, préc., note 368, 490 et 491.

³⁷⁰ *Infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, A, 1), s'intitulant «Illustration en droit de la preuve : l'écrit électronique».

³⁷¹ *Infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A, 2), s'intitulant «Situation au Québec : exemple de la signature».

³⁷² *Infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, s'intitulant «Neutralité technologique et interprétation des juges».

³⁷³ V. GAUTRAIS, préc., note 109, p. 229 et suiv.

a) Nature controversée de la *lex electronica*

Quelle est la nature véritable d'un usage que l'on pourrait reconnaître comme faisant partie de la *lex electronica* ? Est-ce une norme ou est-ce une extension du contrat ? Ce débat, ancien, variant selon les disciplines et les systèmes juridiques, a été par exemple évacué par la Convention de Vienne dont l'article 9 ne tranche pas³⁷⁴. Pourtant, suivant les questionnements dont fait état le célèbre article de Berthold Goldman en 1964 quant au renouveau de la *lex mercatoria*³⁷⁵ et les multiples commentaires qu'il suscita³⁷⁶, il est possible de prendre du recul par rapport au modèle clas-

³⁷⁴ *Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, A/Conf. 97/ 18, 10 avril 1980, art. 9, en ligne : <http://www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_french.pdf> (consulté le 2 février 2012) : « 1) Les parties sont liées par les usages **auxquels elles ont consentis** et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou **auraient dû avoir connaissance** et qui, dans le commerce international, est **largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type** dans la branche commerciale considérée. » (nos soulignements)

³⁷⁵ Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et Lex Mercatoria », (1964) *Archives de philosophie du droit* 177, 187 à 192.

³⁷⁶ Il est impossible de citer l'immense prose que cet article suscita depuis 1964. Selon un choix qui sera forcément arbitraire, nous pouvons nommer notamment Jacques BÉGUIN, « Les développements de la *lex electronica* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984) 30 *McGill Law Journal* 478 ; Clive M. SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation », dans *The Sources of the Law of International Trade*, New York, Éditions Frederick A. Praeger, 1964, p. 5 ; Leon E. TRAKMAN, *The Law Merchant. The Evolution of Commercial Law*, Littleton, F. B. Rothman, 1983 ; C. W. O. STOECKER, « The *lex mercatoria* : to what Extent does it Exist ? », (1988) *Journal of International Arbitration* 101 ; Michael MUSTILL, « The New *lex mercatoria* : The First Twenty Five Years », dans *Études Wilberforce*, Oxford, 1987, p. 149 ; Jan PAULSSON, « La *Lex Mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », (1990) *Revue de l'arbitrage* 55 ; Öle LANDO, « The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration », (1985) *International and Comparative Law Quarterly* 747 ; Mark GARAVAGLIA, « In Search of the Proper Law in Transnational Commercial Disputes », (1991) 12 *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 29.

sique suivant lequel les usages sont de nature contractuelle³⁷⁷. Du moins est-ce l'approche que nous avons choisie de privilégier³⁷⁸.

En effet, il y a un je-ne-sais-quoi d'artificiel à considérer l'usage comme l'expression d'une volonté implicite. La thèse de Philippe Jacques est à cet égard convaincante :

« En voulant démarquer à tout prix l'usage de la coutume, Géný « lui ôte toute originalité par rapport au contrat pur et simple : ce n'est plus un usage mais une simple norme contractuelle ». En somme, si les parties ont convenu de son application, il les oblige non à titre d'usage, mais de convention ! Il n'est pas utile d'effectuer un détour par l'usage si l'on prétend qu'un effet contractuel est soutenu par la volonté exprimée des parties. Il suffit de dire, simplement, qu'il s'agit d'un effet de cette volonté [...] »³⁷⁹

Si l'usage n'est donc pas de nature conventionnelle, il faut donc localiser son origine ailleurs. Or il y a dans la communauté une notion qui n'est pas étrangère aux technologies de l'information. Ceci dit, le fait d'opter pour ce courant normatif que, pour être honnête, on doit considérer comme étant largement minoritaire, ne permet pas de reconnaître plus facilement une norme informelle comme étant utilisable par un juge. Ainsi, la neutralité technologique ne sera pas reconnue comme étant un usage du fait de cette qualification préalable. En revanche, les critères de sa reconnaissance vont varier, et plutôt que de les centrer sur les individus, parties au contrat, il est possible de les relier à la structure de la communauté qui est à l'origine de leur création.

³⁷⁷ Par exemple A. KASSIS, préc., note 356 ; Alina KACZOROWSKA, « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale », (1995) 29 *R.J.T.* 427.

³⁷⁸ V. GAUTRAIS, préc., note 109, p. 229 et suiv.

³⁷⁹ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2005, p. 70 et 71 [notes omises]. De l'auteur de citer, dans le même sens, Daniel ACQUARONE, *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit, Université de Nice, 1987, p. 152 : « ces usages sont des normes générales de droit objectif et le qualificatif "conventionnel" leur est abusivement attribué. Le raisonnement suivi [...] revient à admettre que n'importe quelle norme de droit positif s'appliquant à un contrat est une norme conventionnelle. »

b) Reconnaissance controversée de la *lex electronica*

L'introduction de normes informelles dans un système de droit s'oppose à un double problème de reconnaissance. En premier lieu, au regard de la vision normative préalablement décrite, c'est admettre qu'une communauté est susceptible de produire des normes qui auront une incidence sur des parties à un contrat. Cette communauté, cet ordre juridique, pour reprendre l'expression chère aux pluralistes³⁸⁰, dispose de qualités propres qui la rend suffisamment structurée pour être digne de foi, c.-à-d. pour représenter une vision suffisamment partagée par les différents membres de la communauté en question.

« [P]arce ce que l'usage est une règle de droit extérieure à la volonté des parties, il s'applique de lui-même ; parce qu'il est une véritable norme, les parties, si elles peuvent l'écarter, ne peuvent l'anéantir ; parce qu'il est un élément de droit objectif, il s'impose en l'absence du moindre indice de la volonté, même tacite ; parce que l'usage repose sur la collectivité, il n'a pas besoin de l'appui des volontés individuelles. »³⁸¹

Ainsi, avec une telle vision normative, il est possible de concilier un courant théorique – le pluralisme – qui tend à compenser le rigorisme artificiel du positivisme et la réalité du cyberspace où justement la notion de communauté a été largement reprise³⁸².

Bien évidemment, il n'existe pas un modèle unique et la reconnaissance d'une communauté capable de produire des normes représentatives varie d'un pays à l'autre, d'un continent à l'autre. Une distinction particulièrement forte existe par exemple entre les perceptions américaines et européennes sur la question, l'autorégulation des premiers variant passablement par rapport à la corégulation des seconds³⁸³. L'une des diffé-

³⁸⁰ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

³⁸¹ Pascale DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, coll. « Recherches juridiques », Paris, Economica, 2002, n°235, p. 224.

³⁸² Howard RHEINGOLD, *The Virtual Community: Homesteading the Electronic Frontier*, Dallas, Addison-Wesley, 1993 ; Todd H. FLAMING, « The Rules of Cyberspace: Informal Law in a New Jurisdiction », (1997) 85 *Illinois Bar Journal* 174.

³⁸³ Joel R. REIDENBERG, « Governing Networks and Rules-Making in Cyberspace », (1996) 45 *Emory Law Journal* 911. L'auteur établit une différence importante entre la vision européenne et celle américaine quant à la façon de percevoir l'application du droit dans les sphères privées. Alors que les premiers ont une tendance centralisatrice

rences se trouve dans le rôle que l'État assume dans le dialogue entre les différents membres de la communauté.

En second lieu, il importe de déterminer sur quels critères la production d'une telle communauté peut être reconnue comme étant du droit. Il y a plusieurs années, nous nous sommes commis dans la recherche des critères de reconnaissance des normes informelles qui s'éloignent des critères habituels que l'on trouve généralement pour reconnaître un usage³⁸⁴. Nous avons considéré qu'il existait deux sortes de critères : certains, de nature **substantielle**, s'attachent principalement à la norme en tant que telle. D'autres sont davantage reliées à la communauté elle-même en tant qu'**institution** et à la qualité du dialogue qui existait entre les différents membres³⁸⁵.

Relativement aux critères substantiels, il existe en premier lieu des critères **objectifs** qui font état de la « matérialité » de l'usage selon un regard presque sociologique. Ainsi, on évoque souvent les critères de « fréquence », de « constance », de « répétition » pour identifier la qualité de l'usage, son acceptation dans un groupe donné, et ce, comme tout récemment dans une décision de la Cour d'appel du Québec³⁸⁶. D'autres cri-

assez marquée, les seconds sont davantage portés à une auto-réglementation. En l'occurrence, en ce qui concerne le cyberspace, il est facile de croire en la pertinence de la seconde option. Lire par exemple Christian PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 2000, p. 17 : « compte tenu de la nouveauté des sujets à traiter ainsi que de la diversité des acteurs concernés, il importe d'assurer la rencontre entre les points de vue, voire, quand c'est possible, de faire naître des consensus. En ce sens, la corégulation doit s'appliquer à permettre la rencontre difficile entre le temps de l'Internet et le temps des institutions. »

³⁸⁴ V. GAUTRAIS, préc., note 109, p. 289 et suiv.

³⁸⁵ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans Jacques CHEVALLIER (dir.), *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 10 : « la perception de l'ordre juridique comme système conduit à mettre en évidence à la fois la logique qui commande l'articulation de ses éléments constitutifs (A), et la dynamique qui résulte de son insertion dans un certain environnement social avec lequel il entretient des relations réciproques d'échange (B) ».

³⁸⁶ *Montréal (Ville de) c. Environnement routier NJR*, 2011 QCCA 1251, par. 51, la Cour reprend les propos du professeur Royer (Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 108) qui définit les usages de la façon suivante : « Règle qui s'est formée par une pratique constante, répétée, pu-

tères objectifs posent sans doute davantage de difficultés, notamment celui « d'ancienneté », à cause de leur imprécision et du caractère daté, difficilement transposable à un secteur d'activité aussi trépidant que le nôtre³⁸⁷. Il existe aussi des critères plus **subjectifs** qui s'intéressent à ceux que nous avons qualifiés de substantiels comme ceux de « généralité », de « publicité », de « raisonabilité », voire de « légalité » ou de « justice »³⁸⁸. Ces derniers ont en effet les défauts de leurs avantages : s'ils autorisent une grande souplesse aux juges et aux arbitres, ils sont bien évidemment terriblement imprécis³⁸⁹.

Mais au-delà de ces critères classiques, nous croyons que, d'une part, dans une volonté de meilleure objectivation et, d'autre part, afin de remplir un objectif de fidélité descriptive, il est possible d'ajouter des critères institutionnels pour reconnaître l'existence d'usages. L'usage peut donc être reconnu en fonction de l'institution dont elle tire son origine. La Chambre de commerce internationale par exemple, créée dans les années 1920, produit des normes dont la reconnaissance est dépendante, entre autres, de la respectabilité rattachée à l'institution :

« On est en présence de normes professionnelles dont l'autorité repose non pas sur le consentement des membres de cette profession mais sur l'aptitude reconnue à un organisme professionnel de traduire à la fois les besoins du commerce et la rationalité d'une opération. Ce type de norme est, d'une certaine manière, par le processus de sa formation, à l'opposé de l'usage. Il est, comme la loi, l'œuvre d'une ins-

blique, uniforme et générale à laquelle les parties intéressées ont donné une force obligatoire. »

³⁸⁷ Hiram E. CHODOSH, « Neither Treaty nor Custom : the Emergence of Declarative International Law », (1991) 26 *Texas International Law Journal* 87, 101.

³⁸⁸ On retrouve par exemple la notion de « raisonabilité » des usages à l'article 1.9 (2) des principes Unidroit : « Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit **dérisonnable** » (nos soulignements).

³⁸⁹ Elizabeth WARREN, « Trade Usage and Parties in the Trade : an Economic Rationale for an Inflexible Rule », (1981) 42 *University of Pittsburgh Law Review* 515 ; David B. MASSEY, « How the American Law Institute Influences Customary Law : the Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law », (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 419, 428.

titution alors que l'usage se crée spontanément. Mais avec l'usage il a en commun d'être une source non étatique.»³⁹⁰

Là encore, les critères institutionnels peuvent être séparés en deux : certains sont propres à l'institution, que ce soit en ce qui a trait à la structure de l'institution ou à la légitimité dont elle dispose. En second lieu, la «force» des usages peut être évaluée au regard de l'effectivité de l'institution dont elles émanent. Une effectivité qui s'évalue tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'institution. Mais nous ne voulons développer plus avant cette proposition de reconnaissance des normes informelles, l'exercice ayant déjà été fait³⁹¹.

Avec du recul, cette remise en cause des critères classiques, uniquement «substantiels», imprécis pour certains, ne doivent pas être systématiquement mis de côté. D'une part, et comme nous le verrons dans le prochain paragraphe, les critères substantiels demeurent utiles, du moins pour ceux qu'on associe à la «matérialité» sociologique de l'usage. Toutefois ils doivent selon nous être complétés par des critères institutionnels s'attachant aussi à l'organisation de l'institution. D'autre part, ces critères classiques ont l'avantage d'être flous, presque vides de sens, laissant ainsi toute latitude aux juges et aux arbitres qui en fin de compte fuient la trop grande précision. La tentative d'objectivation des critères basés sur la commu-

³⁹⁰ Jean STOUFFLET, «L'œuvre normative de la Chambre de Commerce Internationale dans le domaine bancaire», dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 369.

³⁹¹ V. GAUTRAIS, préc., note 109, p. 229 et suiv. Pour un développement plus récent sur le sujet, il est possible d'analyser le texte de P. Bernt HUGENHOLTZ, «Code of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace», dans Irini A. STAMATOUDI, *Copyright Enforcement and the Internet*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 303-320. L'auteur est assez critique quant à la capacité des normes informelles à réguler le cyberspace. Il est vrai que l'hypothèse étudiée du droit d'auteur, domaine où les intérêts catégoriels sont très polarisés, exige que le dialogue effectué au sein de l'institution soit représentatif de chacun d'eux. On peut notamment lire à la page 320 : «All this is not to say that codes of conduct have no role to play at all in the realm of digital copyright enforcement. Codes might, for instance, implement certain information duties, as contemplated by the E-Commerce Directive, or standardize terms of use, and thus increase transparency. But when fundamental rights and freedoms are at stake, what we really need, like else-where in the law, are duly codified rules and procedures that further the interests of authors and content owners in effectively protecting their rights, while warranting citizens' rights to due process, to free speech and to privacy.» (Les notes de bas de page ont été enlevées).

nauté à l'origine de la norme présente donc l'inconvénient d'amoindrir la marge de manœuvre interprétative des interprètes.

B. Neutralité technologique : une norme informelle difficile à reconnaître en pratique

Mais revenons à la neutralité technologique. Étant donné que la notion n'est pas toujours reconnue dans la loi, ou quand elle l'est, en des termes évanescents, ne serait-il pas possible de la connaître justement comme étant une norme informelle, utilisable de ce fait même par les interprètes du droit ? Notre réponse est tributaire tant de la description de la notion que nous avons tenté de donner dans cette partie que des précédents propos sur la notion de *lex electronica* : la neutralité technologique n'est pas une norme informelle (1) ; en revanche, il est possible de reconnaître à l'équivalence fonctionnelle, notion qui y est fréquemment associée, la capacité d'en être une (2).

1. Difficile reconnaissance de la neutralité technologique

Selon nous, la neutralité technologique n'est pas une notion susceptible d'être reconnue en tant que norme informelle. Cette affirmation ne surprendra pas le lecteur qui aura lu l'ensemble de la présente partie, tant notre critique à son endroit a été constante. En effet, la neutralité technologique est une notion dont la portée nous paraît évanescence, floue, et ce, à un point tel que nous ne sommes pas sûr que son opérationnalité puisse être consacrée.

D'abord, nous ne sommes pas certains de bien comprendre l'utilité qu'il y aurait à qualifier la neutralité technologique de principe de rédaction des lois³⁹², seule fonction que, selon nous, la neutralité technologique est susceptible de remplir. Ensuite, quant à sa fonction interprétative, la neutralité technologique est trop floue, protéiforme, différente selon les domaines d'application, pour être d'une quelconque utilité ou représenter un principe tangible et identifiable. Comme l'affirme le professeur Gaillard :

« lorsqu'une doctrine naissante est encore insuffisamment ferme pour que les distinctions auxquelles elle pourrait se prêter ne risquent de

³⁹² *Supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, s'intitulant « Définition limitée de la neutralité technologique ».

la remettre en cause, il est tentant, pour lui donner une certaine consistance, d'éviter toute subtilité excessive et, au contraire, de faire masse de tous les éléments susceptibles de s'y rattacher.»³⁹³

La notion ne répond donc pas aux premiers critères substantiels précédemment cités, liés à la norme elle-même. Il est en effet trop difficile d'y associer une « répétition », une « constance », une « fixité ». Si besoin était, on pourrait tenter d'analyser les critères institutionnels liés à ce concept. En effet, la multiplicité des organismes ayant défendu la notion – tels que la CNUDCI, l'OCDE, l'OMPI, l'OMC et bien des organismes nationaux – étant pour le moins impressionnante de la part d'organismes si respectés et si reconnus. Mais l'absence de la réalisation des critères substantiels est, selon nous, rédhitoire quant à l'existence de l'usage.

De plus, au-delà du flou qui lui est associé, il y a donc pire : ce concept est trop souvent instrumentalisé pour faire valoir des prétentions visant à la défense d'intérêts catégoriels particuliers³⁹⁴.

2. Reconnaissance possible de l'équivalence fonctionnelle

En revanche, nous sommes parfaitement à l'aise de considérer l'équivalence fonctionnelle comme une notion répondant aux critères de reconnaissance d'une norme informelle. En premier lieu, et à la différence de la neutralité technologique, cette notion est substantiellement claire. Si des nuances doivent être apportées quant à son interprétation, c'est relativement aux fonctions associées, dans une loi particulière, à un concept qui doit être interprété à travers le prisme de l'équivalence fonctionnelle. Mais la raison d'être du principe ne peut d'aucune façon être remise en cause. De plus, la clarté associée à l'équivalence fonctionnelle est sans doute due au fait qu'elle n'a été utilisée que dans le seul domaine du droit « outil » comme en droit des contrats et en droit de la preuve. Son champ d'application est donc passablement plus circonscrit.

³⁹³ Emmanuel GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans *Études Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1993, p. 203.

³⁹⁴ *Supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, B, 1), s'intitulant « Évolution du droit malmené par l'interférence d'intérêts catégoriels ».