



HAL
open science

La diversité des sources du droit de l'Internet

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. La diversité des sources du droit de l'Internet. SFDI, Internet et le droit international. Colloque de Rouen de la Société française pour le droit international, Pedone, pp.49-64, 2014, 978-2-233-00720-9. halshs-04188912

HAL Id: halshs-04188912

<https://shs.hal.science/halshs-04188912>

Submitted on 27 Aug 2023

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

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

LA DIVERSITÉ DES SOURCES DU DROIT DE L'INTERNET

Franck LATTY

Guy Carcassonne, décédé quelques jours avant l'ouverture du colloque de Rouen et à la mémoire duquel la présente contribution est dédiée, disait qu'il s'intéressait au « pourquoi » des règles, à leur « inspiration », davantage qu'à leur contenu¹, et notamment – en grand spécialiste du droit parlementaire – aux mécanismes d'élaboration du droit. Il disait aussi que rien ne l'intriguait autant que les « interstices », ces zones de jour dans le droit, que le doyen Carbonnier qualifiait de « non-droit² ». Nul doute, à cet égard, que la question des sources du droit de l'internet l'aurait interpellé.

Contrairement à certaines affirmations hâtives ou revendications libertaires qui voudraient en faire un « *Far West* juridique³ », l'internet constitue bien un univers de droit. Les problèmes que le phénomène génère proviennent généralement moins de vacances juridiques que des difficultés d'application des règles existantes en raison du caractère par trop insaisissable des communications électroniques⁴. Mais ce droit de l'internet ne forme pas un bloc monolithique.

Remonter aux sources du droit de l'internet n'a rien d'une flânerie, d'aval en amont, le long d'un fleuve paisible au lit précisément délimité. À vrai dire, le voyage requiert des préparatifs déterminants : la découverte des sources du droit de l'internet passe par un inventaire, large à défaut d'être exhaustif, des diverses règles encadrant le phénomène. Ce n'est qu'une fois les normes de l'internet identifiées que l'explorateur pourra partir à la recherche de leur origine. Mais dès cette étape, un problème de taille surgit : la démarche d'identification et d'analyse est nécessairement influencée par la définition que l'investigateur se donne de la règle, et partant, du droit – débat éternel que la présente contribution ne prétend pas trancher⁵... S'il retient une approche de type positiviste (au sens ***50*** du positivisme étatique, à la Carré de Malberg⁶), il se dirigera inmanquablement et exclusivement vers les sources « officielles »

¹ Entretien accordé au site internet *Jus politicum*, <http://www.juspoliticum.com/Entretien-avec-Guy-Carcassonne.html>, partie I (site consulté, de même que tous les autres sites indiqués ci-après, au 1^{er} décembre 2013).

² *Id.*, partie III. Voy. CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1976, p. 22.

³ FAUCHOUX V. et DEPREZ P., *Le droit de l'Internet. Lois, contrat et usages*, Paris, Litec/LexisNexis, 2009, p. 1.

⁴ LAVENUE J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau *Jus Communicationis* », *Revue de la Recherche Juridique : Droit prospectif*, 1996 (http://droit.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/enseignants/lavenue/cyberart.pdf).

⁵ La définition du droit a fait l'objet de deux numéros spéciaux de la revue française de théorie juridique *Droits* (« Définir le droit », n° 10, 1989 et n° 11, 1990), desquels n'est ressorti aucun consensus, ni même une simple ébauche de définition uniforme. Le Doyen Vedel confessait lui-même avoir « fini par [se] résigner à faire du droit sans en avoir une bonne définition » (VEDEL G., « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 11, 1990, p. 69).

⁶ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, p. 490 (rééd. 2003, Dalloz) : « Le droit n'est autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de

du droit, celles qui sont le produit de l'État, « maître du droit dans la cité ⁷ » et, par extension, détenteur du pouvoir de créer avec ses homologues le droit international. Pourtant, l'internet évolue dans un environnement au sein duquel les normes d'origine non (inter)étatique sont légions. Au reste, dans la mesure où même les théories qui placent l'État au cœur du droit admettent que la norme privée peut devenir du droit positif lorsqu'elle est déléguée ou récupérée par le droit étatique⁸, il n'y a pas lieu d'exclure du champ de recherche le droit produit par des acteurs privés.

En effet, bien que l'internet résulte de la rencontre d'un projet universitaire et des recherches du Pentagone américains⁹, il s'est développé comme un phénomène transnational privé, indépendamment de toute réglementation étatique ou interétatique, si bien qu'aujourd'hui encore il s'insère difficilement dans les cases de la division territoriale du pouvoir – il est assurément l'une des manifestations de la « globalisation » du droit et de la « multiplication des foyers normatifs¹⁰ » qui l'accompagne. Les États ont bien cherché, d'une manière ou d'une autre, à ne pas laisser hors de contrôle le réseau mondial, mais leur action est demeurée « à la périphérie¹¹ » de l'internet. L'internet se caractérise par l'importance de l'autorégulation privée, mais aussi par le développement de nouvelles formes de normativité alliant pouvoirs publics et privés, au point qu'on peut se demander si l'examen des sources du droit de l'internet ne doit pas conduire à reconsidérer la théorie classique des sources du droit, *i.e.* la théorie des sources formelles, d'inspiration positiviste.

Selon les mots de Virally, les sources dites « formelles » du droit « désignent les modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence historique, s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité¹² ». Dans le dogme positiviste, ces sources permettent d'identifier, et même de définir, la norme *****51***** juridique¹³ : est règle de droit ce qui provient d'une source identifiée, excluant de la sorte par avance tout autre phénomène normatif¹⁴ ; « n'est du droit que le seul phénomène normatif qui peut être appréhendé sur la base d'un pédigrée formel dont la définition est offerte par la théorie des sources¹⁵ ».

contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominatrice n'existe que dans l'État : cette puissance positive de commandement et de coercition c'est proprement la puissance étatique. »

⁷ DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997, p. 97.

⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 235 et *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant/ LGDJ, 1997, p. 152 (incorporation des ordres juridiques corporatifs au sein de l'ordre juridique étatique).

⁹ CLERC E., « La gestion semi-privée de l'Internet », in MORAND Ch. A., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 333.

¹⁰ BENYEKHLEF K. cité par SAUTERAU N., « Internet et le droit global : approche critique », *L'Observateur des Nations Unies*, 2011/2, vol. 31, p. 62.

¹¹ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004, p. 104.

¹² VIRALLY M., *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 148.

¹³ La notion même de « source » de droit est la marque de l'influence positiviste, même si Kelsen réfutait l'image (voy. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 314 et *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 186).

¹⁴ Voy. sur ce point BUREAU D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992, p. 6-7 ; voy. aussi AGO R., « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p. 24-25.

¹⁵ D'ASPROMONT J., « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011-1, p. 41.

Mais, comme disait Pascal, « vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». Si l'on traverse non pas les Pyrénées mais la Manche et surtout l'Atlantique, cette orthodoxie formelle n'est pas partagée. Ainsi la théorie américaine des sources du droit est-elle autrement plus souple : au système des sources formelles se substitue un ensemble de « sources réelles¹⁶ » qui englobent, en sus des procédés de formation de droit, ce que les juristes continentaux qualifient généralement de sources matérielles du droit, à savoir les facteurs sociaux, *lato sensu*, et idéaux qui concourent à la création d'une règle¹⁷. Les sources réelles, loin de s'apparenter à un processus de création du droit conditionnant l'existence et la validité de la règle¹⁸, renvoient à une « série de critères se présentant comme autant de faits générateurs du droit en général » et une « série de contraintes objectives pesant sur le législateur¹⁹ ».

La théorie formelle suffit-elle à rendre compte de la diversité des sources du droit de l'internet ? La théorie des sources réelles, dont le spectre est plus large, ne constitue-t-elle pas un outil de compréhension plus adapté, quitte à reconsidérer le seuil de juridicité des normes ? L'internet est souvent présenté comme un facteur de diffusion de l'impérialisme juridique américain²⁰. Ne doit-il pas également conduire à « américaniser » la théorie des sources prédominant sur le Vieux Continent ? Cette dernière question ne se résume pas à une provocation gratuite, dans la mesure où l'internet n'est que partiellement irrigué par les sources « orthodoxes » du droit (I), tandis que les sources « hétérodoxes » ne cessent d'être sollicitées dans la régulation du phénomène (II).

*****52*****

I. L'IRRIGATION PARTIELLE DE L'INTERNET PAR LES SOURCES ORTHODOXES

La formation « orthodoxe » du droit de l'internet se manifeste par l'activation des techniques classiques de création normative, à savoir les sources publiques, internes et internationales, authentifiées par la théorie des sources formelles, et dont la mobilisation est susceptible de révéler le degré d'emprise des États sur l'internet, ou du moins leur volonté de réguler le phénomène.

¹⁶ KOLB R., *Théorie du droit international*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 171.

¹⁷ Sur la « révolte » de la doctrine américaine contre le formalisme, qui donnera naissance aux courants de la *Sociological Jurisprudence* et au *Legal Realism*, voy. DELABIE L., *Approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, Paris, Pedone, 2011, p. 88 et s.

¹⁸ Voy. au sujet de la coutume BARBERIS J. A., « La coutume est-elle une source de droit international ? », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 49.

¹⁹ KOLB R., *op. cit.*, p. 171.

²⁰ Voy. LAGRANGE E., « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers : un essai d'identification », *RGDIP*, 2004/2, p. 324 et s. ; LAVENUE J.-J., « Internationalisation ou américanisation du droit public : l'exemple paradoxal du cyberspace confronté à la notion d'ordre public », *Lex Electronica*, automne 2006, vol. 11, n° 2 <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/lavenue.pdf>.

Eu égard à la transnationalité intrinsèque de l'internet, l'efficacité voudrait que la réglementation publique du phénomène jaillisse de sources internationales. Pourtant les sources formelles du droit international sont faiblement mobilisées (A), tandis que dans les ordres internes, la transnationalité de l'internet, parmi d'autres facteurs, contribue à déprécier la source reine qu'est la loi (B).

A. Des sources internationales faiblement mobilisées

Abstraction faite des règles générales du droit international toujours susceptibles d'être déclinées dans le domaine des communications électroniques (interdiction de l'ingérence dans les affaires intérieures, obligation de *due diligence*²¹, règles de protection de la personne humaine²², etc.), l'indigence du « droit international de l'internet » est manifeste – la matière est d'ailleurs ignorée par tous les manuels de droit international public. Faute d'être employées pour réguler immédiatement l'internet (1), les sources du droit international sont mobilisées pour poser quelques règles médiatees (2).

1) L'absence de réglementation internationale publique de l'internet

La « plasticité²³ » du droit international public est telle que ses modes de formation pourraient être employés pour produire des normes de régulation de l'internet. Par la voie du traité (ou un autre instrument), les États pourraient parfaitement convenir de mettre en place une « O2i » (organisation internationale de l'internet), chargée *via* son droit dérivé de poser les normes internationales réglementant le réseau, ou, si l'ambition est moindre, de favoriser la négociation de traités sur ce point²⁴. Aux débuts du télégraphe, les États avaient ainsi confié à une Union télégraphique internationale (UTI, créée en 1865) le soin de définir *****53***** des normes communes destinées à assurer l'interconnexion entre services télégraphiques des différents États²⁵. Si des États européens ont un temps envisagé de procéder de manière similaire avec l'internet²⁶, le débat se porte aujourd'hui davantage sur le rôle de l'Union internationale des télécommunications (UIT, qui a succédé à l'UTI) dans la régulation du phénomène²⁷. La question a été notamment soulevée lors de la Conférence de l'UIT de 2012

²¹ LAVENUE J.-J., *ibid.*

²² Voy. la résolution du Conseil des droits de l'homme du 5 juillet 2012, dans laquelle le Conseil « [a]ffirme que les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne, en particulier le droit de toute personne à la liberté d'expression qui est applicable sans considérations de frontières et par le moyen de son choix, conformément aux articles 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Voy. aussi la *factsheet* de la Cour européenne des droits de l'homme sur sa jurisprudence concernant les nouvelles technologies (octobre 2013) : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_New_technologies_ENG.pdf.

²³ DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, p. 614, n° 529.

²⁴ Voy. LAVENUE J.-J., « Internationalisation ou américanisation du droit public : l'exemple paradoxal du cyberspace confronté à la notion d'ordre public », *Lex Electronica*, automne 2006, vol. 11, n° 2 : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/lavenue.pdf>.

²⁵ Voy. RENAULT L., *Études sur les rapports internationaux, la poste, le télégraphe*, Paris, Larose, 1877, 90 p.

²⁶ CLERC E., « La gestion semi-privée de l'Internet », *op. cit.*, p. 340.

²⁷ Voy. notamment la série de résolutions adoptée par l'UIT à Guadalajara en 2010 : résolution 101 sur les « Réseaux fondés sur le protocole Internet » ; résolution 102 sur le « Rôle de l'UIT concernant les questions de politiques publiques internationales ayant trait à Internet et à la gestion des ressources de l'Internet, y compris les

au sujet de la révision du Règlement (en fait, un traité) sur les télécommunications internationales, dont l'applicabilité à l'internet a opposé les États membres²⁸. À cette occasion, certains États (Chine, Russie, Émirats arabes unis) ont milité pour l'accroissement des compétences de l'UIT dans le domaine de l'internet, moins pour en réguler l'épanouissement que pour mieux contrôler le réseau puisqu'ils voulaient que le Règlement consacre le droit souverain de chaque État de réglementer l'internet sur son territoire²⁹.

Les appels à la mise en place de normes internationales – et partant à la mobilisation de sources de droit international – pour réguler l'internet sont récurrents³⁰. Ils ne se heurtent pas seulement à la volonté des États libéraux de préserver le réseau des interférences étatiques, mais aussi au fait que l'internet s'est développé et fonctionne encore hors de la tutelle des pouvoirs publics – les protocoles de transmission et de portage, notamment, sont le fait de personnes privées³¹. Or, la nationalisation des structures par ailleurs très volatiles de l'internet, en prélude nécessaire à leur internationalisation, n'est manifestement pas à l'ordre du jour.

Les sources formelles du droit international n'ont donc pas été mobilisées pour régir de manière immédiate les relations électroniques transnationales ; elles l'ont été en revanche, de manière plus ponctuelle, pour agir de manière médiate sur le phénomène. ***54***

2) La mobilisation à la marge des sources du droit international

Les règles éparses de droit international public concernant l'internet³² proviennent tout d'abord de traités internationaux, dont l'objet est, pour l'essentiel, d'harmoniser les législations nationales. Les plus notables d'entre eux ont été adoptés dans le cadre européen. Concernent l'internet diverses conventions conclues au sein du Conseil d'Europe, comme celle pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (adoptée en 1981, donc avant que la question ne se pose au sujet de l'internet), ou la convention plus spécifique sur la criminalité dans le cyberspace (2001) et le protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (2003)³³. L'internet n'a en revanche donné lieu à aucun traité à portée universelle, même si les normes conventionnelles concernant la propriété

noms de domaine et les adresses » ; résolution 133 sur le « Rôle des administrations des États membres dans la gestion des noms de domaine (multilingues) internationalisés ».

²⁸ Voy. ACHILLEAS Ph., « Guerre froide numérique. Autour de la révision du Règlement des télécommunications internationales », *RGDIP*, 2013/2, p. 300 et s.

²⁹ *Id.*, p. 317.

³⁰ Voy. par ex. la Déclaration de l'Inde, du Brésil et de l'Afrique du Sud au nom du G77 demandant à la 65^e Session de l'Assemblée générale de l'ONU le lancement d'une nouvelle plateforme intergouvernementale de l'internet (2010), ou encore la proposition (2011) de la Russie, du Tadjikistan et de l'Ouzbékistan en faveur d'un Code de conduite pour la sécurité de l'information (Voy. KETTEMANN M. C., *The future of Individuals in International Law. Lessons from International Internet Law*, La Haye, Eleven International Publishing, 2013, p. 113).

³¹ Voy. *infra* II, A.

³² Voy. KULEZA J., *International Internet Law*, New York/Londres, Routledge, 2012, p. 137.

³³ Voy. VIVANT M., « Internet », *Rep. Int. Dalloz*, décembre 2011, n° 47, qui ne décèle, d'un point de vue matériel, que des « solutions très classiques » fondées sur le principe de compétence territoriale de l'État.

intellectuelle³⁴ en lien ou non avec le commerce international³⁵ sont susceptibles de lui être appliquées. L'instrument conventionnel bilatéral a été mobilisé en matière de transmission de données dans le cadre de la lutte antiterroriste³⁶. Il pourrait encore l'être pour lutter contre le phénomène des « paradis numériques »³⁷. Dans le nouveau domaine normatif qu'est l'internet comme dans tous les autres³⁸, le traité continue, en effet, d'être un mode privilégié d'adoption de règles de coopération interétatique.

Dans les institutions régionales d'intégration, le droit dérivé permet d'atteindre cet objectif de manière plus efficace. Au niveau de l'Union européenne, non seulement le droit dérivé « commun » s'applique à l'internet³⁹, mais quelques textes visent spécifiquement le domaine électronique⁴⁰. La jurisprudence rendue sur leur fondement⁴¹ est d'ailleurs susceptible de constituer un mode auxiliaire de détermination du droit.

Toujours est-il que la mobilisation des sources internationales de droit « dur » demeure encore très limitée, du moins hors de l'UE, ce qui n'a rien *****55***** d'étonnant au vu de la jeunesse de l'internet. Quelle qu'en soit la raison, la « soif du droit international » n'a pas encore été suffisamment ressentie collectivement par les États. L'on observe néanmoins, comme tel est souvent le cas dans les champs normatifs émergents⁴², que les modes de production de *soft law* (recommandations d'organisations internationales⁴³, actes concertés non conventionnels⁴⁴) ont tendance à être de plus en plus sollicités, ce qui pourrait augurer, une fois les normes souples éprouvées, d'un développement du droit international de l'internet à partir de procédés débouchant sur des normes contraignantes.

B. Les sources nationales mobilisées mais dépréciées

³⁴ Voy. BENABOU V.-L., « Les défis de la mondialisation pour l'OMPI : les noms de domaine », in LOQUIN E. et KESSEDIAN C., *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, p. 299 et s.

³⁵ Notamment l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

³⁶ Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur les flux transfrontières de données, dit *Safe Harbor* (Décision n° 2000/520/CE du 26 juillet 2000, *JOCE*, n° L215, 25 août 2000).

³⁷ LAVENUE J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau *Jus Communicationis* », *op. cit.*

³⁸ Voy. COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien/Lextenso, 2012, p. 76 et s.

³⁹ En matière de droit international privé, c'est le cas des règlements n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles et n° 864/2007 (Rome II) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

⁴⁰ Ex. : directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ; directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ; directive n° 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur les obligations des fournisseurs de services électroniques en matière de conservation de données, etc.

⁴¹ Voy. KULESZA J., *op. cit.*, p. 38.

⁴² Concernant par exemple le droit international de l'environnement, voy. DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, p. 1421, n° 737.

⁴³ Voy. par ex. les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU A/RES/57/239 (Création d'une culture mondiale de la cybersécurité) et A/RES/68/198 (Les technologies de l'information et des communications au service du développement). Voy. aussi les lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et sur la signature électronique (2001).

⁴⁴ Voy. par ex. la Charte de la société globale de l'information adoptée par le G8 de 2000 (Okinawa, Japon) et la déclaration du G8 de Deauville (2011), dans laquelle les chefs d'État et de gouvernement réunis se sont « entendus sur plusieurs principes fondamentaux, tels que la liberté, le respect de la vie privée et de la propriété intellectuelle, la gouvernance multi-acteurs, la cyber-sécurité et la protection contre la criminalité ».

1. Mobilisation

En droit interne comme en droit international, le droit commun, peu importe sa source (constitutionnelle⁴⁵, législative⁴⁶, réglementaire⁴⁷), s'applique à l'internet. De nombreux États ont par ailleurs édicté des règles spécifiques relatives aux communications électroniques, soit pour ajuster le droit existant (par exemple la loi de 1978 « Informatique et libertés »)⁴⁸ au contexte de l'internet, soit pour réguler *ab initio* certaines questions nouvelles (par exemple le commerce électronique ou l'envoi de spam⁴⁹). L'internet, en ce sens, ne bouleverse pas la théorie des sources au niveau national.

À y regarder de plus près, néanmoins, la production nationale de normes subit occasionnellement quelques adaptations. L'exemple, en France, de l'importance prise par le « forum des droits de l'Internet » peut, à cet égard être mentionné. Cette association de droit privé fondée avec l'encouragement et le subventionnement des pouvoirs publics comptait divers membres d'origine publique et privée (entreprises, associations). Plusieurs des textes qu'il a adoptés *****56***** ont guidé par la suite le législateur, notamment sa recommandation « commerce électronique et procédure collective », qui a été à l'origine de la proposition de loi visant à renforcer la protection des consommateurs dans la vente à distance⁵⁰. Ce qui s'apparente à un pouvoir d'initiative législative de la part du secteur privé participe d'une certaine forme de « dépréciation » de la loi.

2. Dépréciation

Plusieurs facteurs conduisent à déprécier le droit national. Vient d'être évoqué le rôle important des acteurs privés, voire des lobbies, dans le processus normatif. Allant plus loin, la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information n'hésite pas à se référer aux normes techniques adoptées dans les forums internationaux⁵¹, au point qu'on a pu écrire qu'elle « prend ainsi l'allure d'un volet d'un processus au sein duquel les autres sources de normativité tiennent un rôle plus ou moins dense⁵² ». D'ailleurs, le fait que la loi vienne aussi retranscrire des normes provenant de sources supérieures (traités, directives de

⁴⁵ Voy. par ex. Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*.

⁴⁶ Ex. : application du code de la propriété intellectuelle à la reproduction de l'architecture d'un site sur un site commercial concurrent, Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, *PMC Distribution c. vente-privée.com*.

⁴⁷ Ex. : Décret n° 2011-926 du 1^{er} août 2011 relatif à la gestion des domaines de premier niveau de l'internet correspondant aux codes pays du territoire national, *JORF* n° 0178 du 3 août 2011, p. 13294.

⁴⁸ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.

⁴⁹ Voy. par ex. la loi américaine pénalisant les expéditions de spam avec falsifications des informations contenues dans les entêtes de message de sorte à passer à travers les filtres (18 USC par. 1037).

⁵⁰ SARR M., « Droit souple et commerce électronique », *Jurisdiction*, n° 8, 2012, p. 62 ; LE-MY D., « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 783 et s. (par. 10 et s., où l'auteur parle du « législateur scribe »).

⁵¹ TRUDEL P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », in CHATILLON G. (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 98.

⁵² *Id.*, p. 94.

Franck Latty, « La diversité des sources du droit de l'Internet », in SFDI, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Paris Pedone, 2014, pp. 49-64

l'Union européenne)⁵³, est de nature à brider largement l'autonomie créative du législateur national. Cela étant, tous ces phénomènes existent dans d'autres domaines que celui de l'internet.

La lourdeur des procédés formels de création du droit, confrontés à l'évolution rapide des réseaux numériques qui pose un problème d'arythmie⁵⁴, pourrait encore être évoquée. Mais le décalage le plus dépréciatif de la loi est celui qui existe entre son caractère territorialement limité et l'assise transnationale de l'internet⁵⁵. Il y a une forme d'« impréparation⁵⁶ » des systèmes juridiques nationaux à faire face aux dysfonctionnements et dérives générés par l'utilisation de l'internet. Certes, les serveurs, les fournisseurs d'accès comme les usagers du réseau sont géographiquement localisés. Mais le meilleur arsenal législatif national ne permet pas de réguler le phénomène sans une coopération interétatique impeccable, qui à ce jour ne présente ce caractère que rarement⁵⁷.

C'est aussi parce que cette coopération n'est encore que balbutiante dans le domaine de la production normative que des sources hors nomenclature officielle ont proliféré.

57

II. LE FOISONNEMENT DES SOURCES HÉTÉRODOXES DANS LA RÉGULATION DE L'INTERNET

Nombre de normes de régulation de l'internet ne proviennent pas de sources homologuées par la théorie formaliste, au point qu'une approche obtuse pourrait aboutir à les priver de potentiel normatif. Il semble néanmoins plus raisonnable de considérer qu'à côté des sources séculaires, il existe des sources moins majestueuses qui s'épanouissent dans les « interstices » du droit officiel. L'hétérodoxie par rapport à la conception traditionnelle se manifeste à travers l'importance prise par les sources privées dans la régulation de l'internet (A), mais aussi par la déformalisation des sources publiques (B).

A. L'importance des sources privées

La place originellement et encore actuellement déterminante des sources privées (qu'on pourrait qualifier de « pseudo-formelles » car elles n'entrent pas *a priori* dans la nomenclature positiviste) dans la régulation du réseau (2) s'explique en grande partie par des considérations qui ressortissent à l'examen des sources matérielles (1) du droit de l'internet.

1) Sources matérielles privées

⁵³ Voy. *supra* A.

⁵⁴ SARR M., « Droit souple et commerce électronique », *op. cit.*, p. 52.

⁵⁵ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, *op. cit.*, p. 26, qui parle de l'« impasse de la réglementation étatique face à l'Internet ».

⁵⁶ LAVENUE J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau *Jus Communicationis* », *op. cit.*

⁵⁷ Au sujet de l'affaire *Yahoo!* (publication de liens internet vers un site de ventes aux enchères d'objets nazis), voy. MUIR WATT H., « Yahoo! Cyber-Collision of Cultures : Who Regulates ? », *Michigan Journal of International Law*, 2003, vol. 24, p. 673-696 ; SCHULTZ Th., « Curving Up the Internet : Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 4, p. 809 et s.

Dès ses origines, l'internet a été vécu comme un espace a-étatique de liberté⁵⁸, fondé sur l'idée d'autogestion⁵⁹. Comme cela l'a été noté, « la Toile a été plutôt fréquentée, au départ, par des pionniers d'origine anglo-saxonne, issus du milieu universitaire, jeunes, de sexe masculin et, pour les plus actifs, marqués par les utopies californiennes (*New Age*, les idées de la contre-culture) et les thèses anarcho-capitalistes (*libertarians*)⁶⁰ ».

Les premiers efforts de régulation du réseau par les États ont été perçus – et continuent parfois de l'être – comme autant d'immixtions indues. En témoignage, la « déclaration d'indépendance du cybermonde » rédigée par John Barlow⁶¹ *****58***** en réponse au *Communication Decency Act* de 1996 – première législation sur l'internet adoptée par les États-Unis d'Amérique, dont l'objet est de pénaliser la diffusion de fichiers pornographiques ou obscènes. Les printemps arabes comme l'affaire *Wikileaks* n'ont pas manqué d'alimenter cette perception de l'internet comme un contre-pouvoir aux États.

Chose largement inédite, c'est la légitimité même de l'action des pouvoirs publics que les acteurs de l'internet en viennent à contester – à plus forte raison lorsqu'elle émane de régimes autoritaires soucieux de verrouiller le réseau, tandis que les États libéraux, ouverts à l'autorégulation privée⁶², se contentent de poser des garde-fous. Ces considérations participent de l'importance de la normativité privée dans la régulation de l'internet.

2) Sources pseudo-formelles privées

La théorie de la *lex mercatoria* de Berthold Goldman⁶³ alliée à l'institutionnalisme d'un Santi Romano⁶⁴ ont montré que certaines formes de normativité pouvaient provenir de sources

⁵⁸ Voy. Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011 lors de la 1121^e réunion des Délégués des Ministres : « L'internet rassemble un vaste ensemble d'idées, de technologies, de ressources et de politiques qui s'est développé autour du principe de liberté, grâce à un effort collectif au service de l'intérêt commun » (par. 1).

⁵⁹ BERTHOU R., *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse, Rennes I, 2004, p. 218. Voy. aussi LEVY P., *Cyberculture. Rapport au Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication »*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 150 et s.

⁶⁰ LARRIEU J., « L'internationalité et Internet », *Revue Lamy Droit des affaires*, Supplément, février 2002, n° 46, p. 42.

⁶¹ Déclaration d'indépendance du Cyberspace, publiée le 9 février 1996 sur le site de l'ONG *Electronic Frontier Foundation* par John Perry BARLOW : « *Our identities have no bodies, so, unlike you, we cannot obtain order by physical coercion. We believe that from ethics, enlightened self-interest, and the commonweal, our governance will emerge. Our identities may be distributed across many of your jurisdictions. The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule [la Netiquette, « Ne fais pas aux autres ce que tu n'aimerais pas qu'ils te fassent »]. We hope we will be able to build our particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose* » : <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Voy. LE-MY D., « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *op. cit.*, p. 783 et s.

⁶² Voy. LATTY F., *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, coll. Études de droit international, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 444 et s.

⁶³ Voy. notamment GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Philo. Dr.*, 1964, vol. IX, p. 177-192 ; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475-505 ; « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle / Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 241-255.

Franck Latty, « La diversité des sources du droit de l'Internet », in SFDI, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Paris Pedone, 2014, pp. 49-64

privées, notamment à travers les contrats, les usages, les principes généraux du droit, la jurisprudence arbitrale, voire le pouvoir institutionnel de certaines organisations privées. En l'absence de centralisation publique du « pouvoir électronique », l'internet constitue un terrain privilégié d'épanouissement de ces phénomènes : « Internet, par sa nature même, serait voué à l'autorégulation⁶⁵ ».

Une *lex electronica* multidimensionnelle produite par les acteurs privés de la « Toile » semble ainsi avoir émergé, dont une part importante est constituée par les normes techniques de l'internet (référentiels de sécurité, d'accessibilité et d'interopérabilité⁶⁶) qui sont à la base du fonctionnement du réseau. Toute l'architecture technique de la « Toile » repose en effet sur une standardisation privée relevant d'un groupement informel : l'*Internet Engineering Task Force*⁶⁷. *****59*****

S'est aussi développée une « Netiquette » faite d'un ensemble de règles de comportement applicables aux acteurs du réseau. Si à l'origine⁶⁸, elle s'apparentait davantage à un assortiment de principes de courtoisie qu'à des règles de droit, la Netiquette a néanmoins fait naître des « générations spontanées d'usages forgés par les utilisateurs eux-mêmes au fil de leur pratique », codifiées parfois dans des chartes d'usagers⁶⁹. Dans un arrêt de 1999, la Cour suprême de l'Ontario (Canada) a ainsi reconnu la valeur d'usage de la Netiquette en donnant raison au fournisseur d'accès ayant résilié un contrat sur son fondement⁷⁰.

Par ailleurs, une *lex electronica*, plus proche de la *lex mercatoria* parce que reposant sur la multiplication des modèles contractuels, semble avoir pris corps, par exemple dans le domaine des licences libres⁷¹. Ainsi, le modèle de contrat reposant sur une autorisation de partage et la possibilité de rediffuser la création s'est-il diffusé mondialement au point de s'apparenter à un usage de l'internet⁷². La *lex mercatoria* pourrait aussi connaître une nouvelle jeunesse avec la formation d'usages propres au commerce électronique, ces nouvelles normes permettant de dépasser les problèmes complexes de droit international privé en cas de litige⁷³.

⁶⁴ ROMANO S., *L'ordre juridique*, traduction par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris, Dalloz, 1975, xxii + 174 p. (réédition 2002).

⁶⁵ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, op. cit., p. 26.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Voy. TRUDEL P., « La *lex electronica* », in MORAND Ch. A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 254 et s. Voy. en particulier la RFC (*Request for comment*) 3160 de 2001 intitulée « *The Tao of IETF - A Novice's Guide to the Internet Engineering Task Force* » : <http://www.ietf.org/rfc/rfc3160.txt>, qui indique le processus normatif permettant de dégager les standards techniques de l'internet.

⁶⁸ Voy. notamment la RFC 1855, <https://tools.ietf.org/html/rfc1855>, rédigée par Sally HAMBRIDGE pour l'*Internet Engineering Task Force* (1995).

⁶⁹ FAUCHOUX V. et DEPREZ P., *Le droit de l'Internet. Lois, contrat et usages*, op. cit., p. 6 ; LE-MY D., « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », op. cit., p. 783 et s.

⁷⁰ VIVANT M., « Internet », op. cit.

⁷¹ Voy. KULESZA J., *International Internet Law*, op. cit., p. 39 et s.

⁷² FALQUE-PIERROTIN I., « Un nouveau regard sur le droit : internet », intervention devant l'Académie des sciences morales et politiques, séance du 26 mai 2008, <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/falque-pierrotin.htm>.

⁷³ VIVANT M., op. cit., n° 49.

L'ICANN, qui en dépit de ses efforts d'ouverture aux pouvoirs publics constitue une société à but non lucratif de droit californien, participe encore de la régulation privée de l'internet. Ses règles en matière d'attribution de noms de domaine, répercutées par les organismes qu'elle accrédite *via* des accords de délégation⁷⁴, constituent un ensemble normatif d'application mondiale. L'autorégulation qui en émane est peaufinée par une « police uniforme » de règlement des litiges en matière de noms de domaine, autonome par rapport aux systèmes nationaux, sur le fondement de laquelle des « cybersquatters », par exemple, se voient condamner⁷⁵.

Les règles émanant des géants américains de l'internet interrogent également sur l'existence d'un pouvoir normatif transnational. Sans doute Facebook, Twitter, Apple (notamment à travers sa plateforme iTunes), Google, eBay, etc. ne règnent-ils que sur des internautes qui acceptent volontairement leurs conditions techniques et d'utilisation, mais derrière la figure contractuelle, *****60***** ne peut-on pas déceler des pouvoirs institutionnels régnant sur des communautés d'utilisateurs à travers la production d'une *lex Facebook*, d'une *lex Twitter* etc.⁷⁶ ? La production normative privée s'épanouit au reste également dans un cadre national : par exemple, la « Fédération e-commerce et vente à distance », à la suite de la faillite de deux sociétés, a dégagé des normes de prévention des risques et d'information des consommateurs, qui ne manquent pas d'être suivies par ses membres⁷⁷.

Ces différents procédés normatifs d'origine a-étatique aboutissent-ils à la formation de normes de droit ? L'observateur attaché à la théorie classique des sources formelles n'y verra peut-être qu'un « barbouillis » pseudo-juridique : seule l'incorporation de ces « énoncés normatifs⁷⁸ » à un ordre juridique étatique (voire à l'ordre interétatique) permettrait de leur conférer une validité. Hors l'État point de salut : « [le] droit canonique, [le] droit produit par un ordre professionnel ou par une communauté organisée (celle du sport par exemple) », tout comme la *lex electronica lato sensu* ne deviennent droit positif que par leur reconnaissance étatique, c'est-à-dire dès lors que l'État « incorpor[e] pour les faire siens des éléments dont il n'est pas l'auteur historique mais qui lui deviennent juridiquement imputables par le fait qu'il leur attribue dans son propre ordre une validité qu'ils n'avaient que dans le leur⁷⁹ ». En ce sens, le cyberspace ne serait qu'un « laboratoire juridique, expérimentant des solutions pré-

⁷⁴ Voy. notamment le cas de l'EURid (*European Registry for Internet Domains*), association à but non lucratif mise en place par l'UE pour organiser l'attribution des noms de domaine en .eu. Cet organisme, qui a conclu un accord de délégation avec ICANN, produit lui-même des normes, à l'exemple du code de conduite à l'égard des bureaux d'enregistrement accrédités. FAUCHOUX V. et DEPREZ P., *Le droit de l'Internet. Lois, contrat et usages*, *op. cit.*, n° 15.

⁷⁵ VIVANT M., *op. cit.*, n° 50.

⁷⁶ Voy. SCHULTZ Th., « Curving Up the Internet : Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 4, p. 831 et s., qui examine en particulier l'autorégulation de eBay, p. 834 et s.

⁷⁷ SARR M., « Droit souple et commerce électronique », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁸ COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁹ *Id.*

juridiques qui seraient ensuite consacrées, avec un effet retard, par les sources officielles du système⁸⁰ ».

Pour autant, d'un point de vue sociologique, il n'est guère discutable que ces normes s'épanouissent et produisent leurs effets sans l'intervention des États (qui sont du reste largement dépassés par la nature transnationale de l'internet). L'« adoubement ⁸¹ » étatique ou à l'inverse la mise à l'index de la norme électronique privée n'est que pathologique : en dehors de l'intervention, territorialement contenue, des États, et même parfois en dépit de celle-là, la *lex electronica* produit ses effets sur les acteurs de l'internet et sur les internautes. Une approche de type « institutionnaliste », et au-delà l'observation sans préjugé théorique des réalités juridiques⁸², permettent alors, sans violence, de considérer ces procédés normatifs comme des sources autonomes. *****61*****

B. La déformalisation des sources publiques

L'internet maltraite la théorie formelle des sources du droit non seulement en raison de la part déterminante qu'occupent les normes issues de l'autorégulation, mais aussi par la remise en cause des modes traditionnels de formation du droit par les pouvoirs publics. Cette dernière se manifeste par la prégnance des sources informelles du droit international (1), comme par l'idée de gouvernance en réseau (2).

1. La prégnance des sources informelles de droit international

Les normes interétatiques relatives à l'internet dérivent encore pour l'essentiel d'instruments de *soft law*⁸³. Certains y verront du non-droit pour cause de non-franchissement du « seuil de normativité⁸⁴ », tandis que d'autres considéreront qu'entre le droit obligatoire et le non-droit existe tout un dégradé normatif⁸⁵. Le débat devenu classique du « bon droit et de l'ivraie » qui reprend du service dans l'examen des sources du droit de l'internet montre par ailleurs qu'en ce domaine en particulier, la question de la déformalisation du droit international se pose : le caractère juridique ou non de l'énoncé « n'est plus délimité par le biais d'indicateurs formels, ce qui implique généralement un abandon de la théorie des sources où le pedigree des normes est traditionnellement défini⁸⁶ » ; le droit est identifié « par le biais de critères non formels⁸⁷ », notamment par son aptitude à influencer sur le comportement de ses destinataires.

⁸⁰ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 121.

⁸¹ RIGAUX F., « Quelques réflexions sur l'illicite dans le commerce international », in KAHN Ph. Et KESSEDJIAN C., *L'illicite dans le commerce international*, Paris, Litec, 1996, p. 551.

⁸² VOY. LATTY F., *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, op. cit., p. 615-617.

⁸³ VOY. *supra* I, A, 2.

⁸⁴ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n° 1, p. 13 et s.

⁸⁵ PELLET A., « Le bon droit et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 488.

⁸⁶ D'ASPROMONT J., « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », op. cit., p. 45.

⁸⁷ *Ibid.*

Les instruments de *soft law* relatifs à l'internet sont néanmoins porteurs de normes au potentiel coutumier. Une *opinio juris* ressort de certains textes adoptés par les États, par exemple la déclaration du G8 de Deauville (2011), dans laquelle les États disent s'être entendus « sur plusieurs principes fondamentaux, tels que la liberté, le respect de la vie privée et de la propriété intellectuelle, la gouvernance multi-acteurs, la cyber-sécurité et la protection contre la criminalité » (par. 5). Ces « jalons normatifs⁸⁸ » pourraient faire naître des normes coutumières du droit international.

Dans la mesure où ces textes reconnaissent aussi que la « gouvernance » de l'internet emprunte des voies multipartites, les modes de production normative sont susceptibles d'être affectés. ***62***

2. La gouvernance en réseau de l'internet

Les modes interétatiques classiques de régulation sont, dans le domaine de l'internet, supplantés par des modes plus horizontaux, ouverts à des acteurs non étatiques. Les sommets mondiaux sur la société de l'information convoqués par l'UIT, à Genève (2003) et Tunis (2005), eux-mêmes ouverts en plus des États aux firmes multinationales et à la société civile, n'ont pas manqué de prôner de nouveaux modes de « gouvernance » à travers la mise en place d'un Forum pour la gouvernance de l'Internet⁸⁹. Ainsi, l'Agenda de Tunis affirme-t-il que « la gestion internationale de l'Internet devrait s'opérer de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales » (par. 29). Pour le comité du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe,

« [l]'élaboration et la mise en place des dispositions pour la gouvernance de l'internet devraient assurer, de manière ouverte, transparente et responsable, la pleine participation des gouvernements, du secteur privé, de la société civile, des milieux techniques et des utilisateurs – compte tenu de leurs rôles et de leurs responsabilités spécifiques. L'élaboration des politiques publiques internationales relatives à l'internet et des mécanismes de gouvernance de l'internet devrait permettre la pleine participation égale de toutes les parties prenantes de tous les pays⁹⁰ ».

Il semble ainsi acquis que la gouvernance de l'internet n'est pas seulement la chose des pouvoirs publics ; elle ne passe pas par le droit autoritaire (« la pyramide ») mais par un dialogue entre parties prenantes, publiques et privées, voire par la corégulation (« le réseau »)⁹¹. Les ministres de l'OCDE ont ainsi affirmé vouloir « travaill[er] avec le secteur privé, la société civile et la communauté de l'Internet pour sécuriser les réseaux de TIC

⁸⁸ PELLET A., *op. cit.*, p. 492.

⁸⁹ Voy. LE FLOCH G., « Le sommet mondial de Tunis sur la société de l'information », *AFDI*, 2005, p. 646 et s. et JACOB P., « La gouvernance de l'internet du point de vue du droit international public », *AFDI*, 2010, p. 545 et s.

⁹⁰ Principes sur la gouvernance d'internet, 21 septembre 2011, par. 2 (« Gouvernance multiacteur »).

⁹¹ Voy. OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*.

[technologies de l'information et des communications] sur lesquels repose l'économie Internet ainsi que pour prendre des mesures destinées à protéger les utilisateurs de l'économie Internet⁹² ». Ils ont encore convenu de relever « les défis » de l'internet « par un dosage judicieux de lois, de politiques, d'autorégulation et de renforcement des droits des consommateurs⁹³ ». Le modèle mondial du forum multipartite se décline d'ailleurs aux niveaux régional et national⁹⁴.

Cette gouvernance mondiale produit-elle pour autant du droit ? Le fait est que le Forum pour la gouvernance de l'Internet est « totalement dépourvu d'ambition normative⁹⁵ ». À tout le moins, ces discussions sont susceptibles d'orienter les États et autres acteurs de l'internet lorsqu'ils adoptent des normes, ***63*** selon les procédés ci-avant examinés⁹⁶. Ainsi, l'Agenda de Tunis opère-t-il une répartition des rôles entre pouvoirs publics et pouvoirs privés qui ne remet pas en cause le pouvoir normatif des États :

« Nous réaffirmons que la gestion de l'Internet couvre aussi bien des questions d'ordre technique que des questions de politique générale et doit impliquer l'ensemble des parties prenantes et des organisations intergouvernementales et internationales compétentes. À cet égard, il est reconnu ce qui suit :

- a) en ce qui concerne les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet, le pouvoir décisionnel relève de la souveraineté nationale des États, lesquels ont des droits et des responsabilités en la matière ;
- b) le secteur privé a toujours eu et devrait continuer d'avoir un rôle important dans le développement de l'Internet, tant sur le plan technique que sur le plan économique [...] » (par. 35).

*

La question des sources du droit l'internet brouille les conceptions traditionnelles. À l'éclatement des foyers normatifs correspond une « multirégulation⁹⁷ » du réseau. Faut-il voir dans ce « bouleversement de la normativité⁹⁸ » le signe de la « crise de la théorie des sources⁹⁹ », ou en tout cas de son nécessaire renouvellement ?

Une légère odeur de naphthaline se dégage de la théorie des sources formelles : ce n'est qu'au prix de contorsions intellectuelles que l'ensemble de la normativité de l'internet, notamment

⁹² Déclaration de Séoul sur le futur de l'économie Internet, réunion ministérielle du 18 juin 2008.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ MUELLER M. L., *Networks and States. The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge, Mass., Londres, The MIT Press, 2010, p. 125.

⁹⁵ JACOB P., « La gouvernance de l'Internet du point de vue du droit international public », *op. cit.*, p. 549.

⁹⁶ TRUDEL P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », *op. cit.*, p. 95.

⁹⁷ VIVANT M., « Rapport de synthèse du Sommet mondial des régulateurs sur Internet et les nouveaux services », *Cahiers Lamy Informatique et Réseaux*, janvier 2000 p. 1.

⁹⁸ FALQUE-PIERROTIN I., « Un nouveau regard sur le droit : internet », *loc. cit.* [<http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/falque-pierrotin.htm>].

⁹⁹ DEUMIER P. et REVET Th., « Sources du droit (Problématique générale) », in ALLAND D. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1434.

celle émanant du secteur privé, peut y être rattaché. Mais sans doute qu'une conception élargie des sources formelles, ouverte à des modes encore considérés comme hérétiques de production du droit, suffirait-elle à expliquer convenablement la formation du droit de l'internet. Preuve du pluralisme juridique, l'internet serait régi par un ensemble de normes provenant de divers ordres juridiques, publics ou privés, lesquels connaîtraient leurs propres modes de formation du droit. La gouvernance multi-acteurs de l'internet, elle-même stérile d'un point de vue normatif, aurait alors pour fonction essentielle de limiter les antinomies entre ces normes d'origines diverses.

Une autre clé de compréhension des sources du droit de l'internet pourrait passer par une redéfinition des frontières du droit international. Dans la veine du *Transnational Law* de Jessup¹⁰⁰, il existerait ainsi un droit transnational de l'internet, non pas défini par ses sources mais par son objet : ce *corpus* *****63***** regrouperait l'ensemble des normes à portée internationale relatives au réseau (interétatiques, nationales, privées, voire hybrides si l'on y intègre les fruits de la gouvernance multipartite). Conformément à la théorie de Jessup, tout juge saisi d'un litige relatif à l'internet serait alors conduit à piocher librement dans ce *patchwork* normatif la règle, quelle que soit son origine et sa valeur intrinsèque, qui lui paraîtrait la mieux adaptée à la résolution du différend¹⁰¹. On peut néanmoins douter que le juge national, même s'il n'a pas été nourri à la théorie formaliste (surtout s'il est américain !), retienne ce type d'approche : s'agissant de l'internet comme d'autres domaines, le juge étatique applique encore son droit national ou les normes que son ordre juridique lui indique d'appliquer.

Quoi qu'il en soit, la « révolution Internet » n'a pas seulement bouleversé la politique, l'économie, l'information, la communication ou la vie quotidienne de tout un chacun. Elle invite aussi le juriste à remettre en question des théories forgées à l'époque pré-numérique et, au-delà, à repenser sa matière. Un défi, parions-le, qui aurait fait friser l'œil du regretté Guy Carcassonne.

RESUME

L'internet invite le juriste à repenser la théorie des sources du droit. La théorie des sources formelles qui fait découler la validité d'une norme de son mode officiel de formation paraît en décalage complet avec les modes effectifs de régulation de l'internet, parmi lesquels les normes provenant de sources atypiques (autorégulation privée, corégulation, procédés de *soft law*) occupent une place déterminante. Seule une approche renouvelée (voire américanisée) de la théorie des sources permet de rendre compte du phénomène de production normative dans le champ de l'internet.

ABSTRACT

The Internet invites scholars to rethink the theory of sources of law. There is a huge gap between the theory of formal sources according to which the validity of a norm stems from

¹⁰⁰ JESSUP Ph. C., *Transnational Law*, New Haven, Yale U.P., 1956, 113 p. Voy. aussi CARREAU D. et MARRELLA F., *Droit international*, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012, p. 69, n° 70.

¹⁰¹ JESSUP Ph. C., *op. cit.*, p. 106 et s.

Franck Latty, « La diversité des sources du droit de l'Internet », in SFDI, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Paris Pedone, 2014, pp. 49-64

the official procedure of law making it follows, and the way the Internet is effectively regulated since most rules come from atypical sources (private self-regulation, coregulation, soft law processes). Only a renewed (Americanized) approach of the theory of sources can embrace all the ways rules are created in the field of Internet.