

LE CRITERE DE LA MORALITE INTERNE DU DROIT COMME REPONSE AUX ENJEUX ETHICO-POLITIQUES DU REGLEMENT DES DIFFERENDS HORS DE L'ETAT^{*}

Thomas Schultz
Université de Genève

INTRODUCTION

Le séminaire « Etat de droit et virtualité », organisé en octobre 2007 à l'Université de Montréal et pour lequel cette contribution est préparée, nous invite à nous préoccuper de la question de savoir ce qu'il advient de l'Etat de droit dans un monde en virtualisation, où cette transformation s'entend de la perte, notamment en raison de l'influence croissante des nouvelles technologies sur les structures de pouvoir, des repères et balises à l'aide desquels nous avons jusqu'ici compris et façonné le droit.

Le syntagme « Etat de droit » contient en lui-même une amorce de réflexion, que nous tenterons de faire jouer. Il s'agit de l'Etat, tout d'abord, dont on sait qu'il est de moins en moins westphalien et de plus en plus diffus et organisé en réseaux, ces réseaux qui non seulement pervertissent la hiérarchie de ses normes internes mais qui le dépassent également pour n'en faire qu'un « acteur en quête de rôle ». ¹ La juridicité, ensuite, qui, pour des raisons surtout d'effectivité mais quelquefois aussi de légitimité, ² peut de moins en moins être réservée au seul Etat par le théoricien soucieux d'en rendre une description fertile et congruente. Si l'Etat porte donc les stigmates de la virtualisation et tend à s'effacer au plan interne comme au plan externe, d'autres foyers de normativité semblent corrélativement devoir se développer ailleurs pour combler l'espace ainsi dégagé. La question qui se pose alors, et qui malheureusement est trop souvent laissée pour compte par les pluralistes du droit, est de savoir à quelles conditions cette normativité non étatique peut être reconnue comme juridique, tant

^{*} Cet article s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche à l'Université de Genève, financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique, dirigé par la Professeure Gabrielle Kaufmann-Kohler et avec la collaboration du Professeur François Ost.

¹ Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, chapitre II « L'Etat, un acteur en quête de rôle ».

² L'un des objectifs du courant ADR était précisément de remettre en question la centralité des modes de régulation sociale et donc du droit étatique, perçu comme une « tyrannie de la majorité », pour emprunter les termes d'Alexis de Tocqueville. Voir par exemple J.S. AUERBACH, *Justice Without Law ?*, New York, Oxford University Press, 1983 ; L. NADER, « The Recurrent Dialectic Between Legality and Its Alternatives », in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 132, no 3, 1984, p. 621ss.

cette reconnaissance est loin d'être neutre, ne serait-ce que sur le plan rhétorique de l'acceptabilité éthico-politique de principe de ce qui est juridique.³ En d'autres termes, il s'agit de se demander à quelles conditions l'on peut sérieusement parler d'état de droit (que l'on écrira ici avec une minuscule pour mieux l'opposer, sur un même plan, à l'état de nature) hors du droit de l'Etat. Cela revient à réfléchir aux conditions dans lesquelles les valeurs fondamentales de l'Etat de droit (avec une majuscule cette fois-ci) peuvent recevoir une garantie minimalement suffisante pour que l'on accorde le label de la juridicité en dehors des acquis politico-juridiques de la justice procédurale par l'Etat. Ce sera cette question, véritable champ d'études à elle seule, que nous tenterons de baliser au fil de cette contribution.

Que ce balisage se fasse à l'aide du domaine juridique du règlement des différends nous semble opportun, tant il s'agit là d'un champ fertile en émergences de nouvelles normativités. On rappellera tout d'abord à cet égard, sur le plan de la théorie, que pour Norberto Bobbio la transition d'un ordre normative primitif, simplement constitué de normes sociales, à un ordre normatif juridique est marquée par deux temps forts : l'institution du juge, donc d'un système de règlement des différends formel et relativement autonome par rapport au groupe dont il est issu, puis l'institution du législateur. Tant que le législateur n'est pas institué, le juge concentre entre ses mains l'essentiel de la production normative, étant seul en contrôle des règles secondaires de reconnaissance. Selon cette phénoménologie des systèmes sociaux, on observerait donc d'abord l'émergence d'un pouvoir juridictionnel fort, englobant des prérogatives non seulement adjudicatives mais également législatives, avant d'assister à une subdivision du travail et une sécession du pouvoir législatif.⁴ Pour le chercheur en quête de manifestations d'ordres normatifs émergents, s'imposant dans les espaces sociaux où l'Etat est faible et dont il convient de se demander s'ils accèdent à la juridicité, cela impliquerait qu'il faille mener les fouilles avant tout là où l'on observe le développement de systèmes

³ Voir B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 1-6. On se souviendra également que John Locke écrivait que « Wherever law ends, tyranny begins » (J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, chap XVII, section 202). Sur l'idée qu'atteindre la juridicité dans la régulation est en soi une fin morale (la présence du droit est en elle-même un but moral à atteindre), sans préjudice de la question de l'amoralité du droit (thèse de la séparabilité de la juridicité et de la moralité d'une norme), conformément à l'idée qu'il est moralement supérieur d'entreprendre une action immorale d'une manière morale que d'entreprendre une action immorale d'une manière qui est elle aussi immorale, voir : M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 142ss.

⁴ N. BOBBIO, « Ancora sulle norme primaria e norme secondarie » in *Rivista di filosofia*, vol. 59, 1968, p. 35, plus spéc. p. 51ss, trad. « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in C. Perelman (éd.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 104, plus spéc. p. 121.

de règlements des différends non étatiques forts.

On rappellera ensuite, sur le plan des faits, que l'on observe depuis quelques décennies une série de phénomènes qui semblent donner raison à Norberto Bobbio. Au plan du droit international, le paysage est marqué par une prolifération de tribunaux internationaux et autres méthodes de règlement des différends, dont on dit qu'ils conduisent à la fragmentation du droit international, c'est-à-dire à la constitution d'une multitude d'ordres ou du moins de régimes normatifs distincts, réputés juridiques, là où avant n'existait qu'un unique ordre juridique international.⁵ L'arbitrage international se développe également dans le sens d'une prise de pouvoir et d'une indépendance accrue vis-à-vis des systèmes juridiques étatiques,⁶ formant de nouveaux ordres normatifs transnationaux, tels la *lex sportiva*,⁷ l'ordre transnational des investissements étrangers,⁸ la *lex petrolea*,⁹ la *lex constructionis*¹⁰ ou encore la *lex maritima*.¹¹ L'on notera alors à cet égard que l'argument est parfois avancé que ces développements de l'arbitrage mettent à mal les garanties de justice si difficilement acquises dans le cadre de l'émergence et de la consolidation de l'Etat de droit.¹² Nous nous concentrerons toutefois sur

⁵ Voir par exemple G. ABI-SAAB, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », in *New York Journal of International Law & Politics*, vol. 31, 1999, p. 919ss ; T. BUERGENTHAL, « The Proliferation of International Courts and Tribunals : Is It Good or Bad ? », in *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, p. 267ss. ; M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « Fragmentation of International Law ? Postmodern Anxieties », in *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 553ss. ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », in *European Journal of International Law*, vol. 17, no 3, 2006, p. 483ss.

⁶ Pour une excellente introduction à cette problématique, voir E. GAILLARD, « Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international » in *Journal du droit international*, vol. 134, no. 4, 2007, p. 1163ss.

⁷ Voir par exemple S. LATTY, *La lex sportiva*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

⁸ Voir par exemple D. SCHNEIDERMAN, « Transnational Legality and the Immobilization of Local Agency » in *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006, p. 387 et D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge, Cambridge University Press, forthcoming 2008.

⁹ D. BISHOP, « International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea » in *ICCA Yearbook on Commercial Arbitration*, vol. XXIII, 1998, p. 1131ss.

¹⁰ Ch. MOLINEAUX, « Moving towards a Construction Lex Mercatoria, A Lex Constructionis » in *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 1, 1997, p. 55ss.

¹¹ W. TETLEY, « The Lex Maritima » in Th. Carbonneau (éd.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2^{ème} éd., Deventer, Kluwer, 1998, p. 43ss.

¹² P.-Y. TSCHANZ, « Vers un arbitrage international préventif ? » in *Revue de droit suisse*, 2002, vol. 121, p. 3ss ; M. SORNARAJAH, « The Climate of International Arbitration » in *Journal of International Arbitration*, 1991, p. 47ss.; plus spécifiquement pour l'arbitrage d'investissement : M. GOLDBERGER, « Arbitral Terrorism » in *American Lawyer*, Focus Europe, été 2003 ; B. STERN, « International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System », *Journal of International Arbitration*, 1999, vol. 16, p. 118ss ; Th. WÄLDE et T. WEILER, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents : Towards a Global Code of Conduct to Economic Regulators » in *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series no 19, 2002, p. 220ss ; S. BESSON, « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », in *JusLetter* du 25 juillet 2005 ; pour l'arbitrage en matière de sport : C. AGUET, « Un an après l'entrée en vigueur du code de l'agence mondiale antidopage – bilan du point de vue des athlètes » in *JusLetter* du 20 février 2006 et P. HAYES, « Current Problems in the Resolution of Sporting Disputes in Australia » in *International Sports Law Review*, 2004, p. 22ss ; voir aussi, en matière d'arbitrage impliquant des

un autre exemple encore, tant il semble constitutif d'une radicalité particulièrement marquée : le développement de certains systèmes de règlement des différends en ligne.

L'argument sera le suivant : le règlement des différends en ligne permet le développement de systèmes normatifs jouissant d'une très grande autonomie par rapport à l'Etat.¹³ Structurellement, ces systèmes constitueraient très clairement des ordres juridiques transnationaux d'origine privée.¹⁴ Dans les cas les plus radicaux, ces systèmes non étatiques violent certaines règles impératives du droit étatique. La question qui se pose alors est de savoir s'il convient ou non de reconnaître la qualité de droit à ces systèmes normatifs, avec tout ce qu'une telle reconnaissance emporte en termes de caution politico-morale – nous entendons par là les qualités politiques et morales que nous associons à et attendons de ce qui est juridique. Le concept de droit ne véhicule en effet pas seulement des conclusions quant à la capacité d'une communauté de s'autoréguler de manière autonome, mais il s'attache également à une certaine qualité du mode de régulation qualifié de juridique.¹⁵ Notre objectif est alors d'utiliser le respect, hors du droit étatique, des valeurs fondamentales de l'Etat de droit comme condition de reconnaissance de la juridicité de ces ordres non étatiques. Nous le verrons, ces valeurs fondamentales de l'Etat de droit prennent, dans l'approche que nous suivrons ici,¹⁶ une dimension procédurale, qui s'attache notamment au fonctionnement des modes de règlement des différends propres à ces ordres normatifs non étatiques.

Après la présentation d'une situation type où le règlement des litiges en ligne a permis la création d'un ordre normatif très fort hors du droit étatique, à savoir la place de marché électronique eBay (I),¹⁷ nous nous poserons la question de savoir si cet ordre normatif non étatique mérite la qualification d'ordre juridique au regard des valeurs fondamentales de l'Etat de droit (II).

consommateurs : R. ALDERMAN, « Consumer Arbitration in the United States : A System in Need of Reform » in *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2002, vol. 3, p. 118ss.

¹³ Pour une introduction général, voir Th. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 470ss.

¹⁴ Pour une discussion spécifique en théorie du droit de ces questions de structure, voir Th. SCHULTZ, « Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists », in *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 10, 2007, p. 151ss.

¹⁵ Voir par exemple M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, chapitre 2 et J. WALDRON, « The Concept and the Rule of Law », à paraître, texte provisoire disponible à www.law.nyu.edu/clppt/program2006/readings/Concept%20and%20Rule%20of%20Law%20WALDRON.pdf

¹⁶ Pour d'autres approches des valeurs fondamentales de l'Etat de droit, voir B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, op. cit.

¹⁷ La description sera relativement succincte en raison du fait que nous avons pu présenter ce même exemple de manière plus détaillée ailleurs, dans Th. SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? » in *Revue du droit des technologies de l'information*, vol. 22, 2005, p. 27ss.

I. EBAY COMME SPHERE NORMATIVE

EBay, dès les premiers balbutiements de sa place de marché électronique en 1996, mit en place un système de règlement des litiges qui, comme le reste des opérations d'eBay, fonctionne entièrement par des communications électroniques, sur Internet. Cette justice virtuelle, rudimentaire dans ses débuts, a pris en 1999 la forme qu'elle a encore aujourd'hui, dont nous nous proposons de broser ici les grands traits, en guise d'illustration de l'analyse théorique qui suivra.

A. *Le règlement des différends sur eBay*

Le système de résolution des litiges en ligne est administré par une société du nom de SquareTrade,¹⁸ qui résout pour eBay non loin d'un million de litiges par an, ce qui en fait la plus prospère des institutions de règlement des différends au monde.¹⁹ Le système s'articule en deux étapes. La première consiste en une négociation assistée par ordinateur : les parties tentent de trouver une solution à leur litige en négociant par le biais de formulaires en ligne, suivant des suggestions d'un système expert.²⁰ Ces suggestions du système de négociation assistée sont établies sur la base de négociations antérieures, ayant conduit à des accords sur cette même plate-forme électronique. Le système propose donc les descriptions types qui se sont avérées, par le passé, avoir les chances les plus élevées de mener à un accord des parties et une résolution du litige.²¹

Cette étape de la négociation est suivie, le cas échéant, par une médiation en ligne, dans laquelle une tierce personne, soit un médiateur, communique avec les parties, par un site web et éventuellement par email, pour tenter de les amener à un accord. Le médiateur se fonde, pour ses propositions, sur les positions et intérêts des parties telles qu'elles ressortent de leurs échanges ayant eu lieu par l'interface de négociation assistée et en s'inspirant, tout comme le système de négociation assistée, de solutions

¹⁸ Voir <www.squaretrade.com>.

¹⁹ Début 2007, SquareTrade avait résolu un total de deux millions de litiges depuis sa création en 1999, dont un million entre 1999 et 2005: voir, respectivement, About SquareTrade <www.squaretrade.com/pages/about-us-management> archivé à <www.webcitation.org/5V5hzYpc1> et O. RABINOVICH-EINY, « Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation », in *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11, 2006, p. 253, plus spéc. p. 257.

²⁰ Un système expert est, en des termes simples, un programme informatique qui établit progressivement des liens entre des problèmes et les solutions les plus appropriées sur la base des informations dont on le nourrit.

²¹ Voir la description qu'en fait le PDG de SquareTrade: S. ABERNETHY, « Building Large-Scale Online Dispute Resolution and Trustmark Systems » in E. Katsh et al. (éds), *Online Dispute Resolution: Technology as the "Fourth Party"*, Amherst (MA), Publ. des Nations Unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, <www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf> archivé à <www.webcitation.org/5O1HP5FHI>, p. 70. Voir aussi O. RABINOVICH-EINY, « Technology's Impact », *op. cit.*, pp. 269-272.

suggérées par la base de données alimentée par le système expert.²²

B. *Ces contraintes qui font l'autonomie*

Aucun membre d'eBay, aucune partie aux litiges qui en émergent, n'est juridiquement contraint de se soumettre à ce système de résolution des litiges. Il n'y a pas de clause de médiation ou de négociation assistée qui soit insérée dans les conditions générales qui s'attachent aux contrats conclus sur eBay. Par contre, il existe une contrainte économique tout à fait réelle de se soumettre à ce système de résolution des litiges.

Du côté du demandeur, qui est en principe l'acheteur, il n'y a en général par d'autre forme de justice qui lui soit accessible. Pour des litiges de faible valeur, qui sont souvent conclus avec une certaine distance géographique entre les parties, les tribunaux ne représentent pas une voie de recours praticable, en raison des coûts impliqués. Cette problématique n'est bien entendu pas nouvelle ; elle est souvent dénoncée, en dehors du commerce électronique et de manière très générale, en droit de la consommation.²³ La différence entre ces situations habituelles et celles que nous envisageons ici est, précisément, qu'il existe dans les secondes *une* voie de recours praticable, à savoir les mécanismes de résolution des litiges en ligne, comme celui d'eBay.

Du côté du défendeur, la contrainte économique existe aussi : en cas de refus de sa part de participer à la négociation assistée puis à la médiation, sa réputation en ligne en est affectée. Cette réputation, sur eBay, prend la forme d'un chiffre, un profil numérique d'évaluation constitué de la moyenne des notes données par les cocontractants à l'issue des transactions avec la personne notée.²⁴ Ce profil d'évaluation a un impact important sur la performance économique de son détenteur : ses cocontractants potentiels n'auront la plupart du temps pas d'autre source d'informations sur l'honnêteté avec laquelle il mène ses affaires. En cas de refus de participer à la procédure, ce chiffre baisse et, dès lors qu'il exprime sa fiabilité telle qu'évaluée par ses précédents cocontractants, sa

²² Voir O. RABINOVICH-EINY, « Technology's Impact », *op. cit.*, pp. 269-272.

²³ E. HONDIUS, « Towards a European Small Claims Procedure? », in L. Thévenoz et N. Reich (éds.), *Droit de la consommation. Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève, Schulthess, 2006, pp. 136-137.

²⁴ Pour une description de ce système d'évaluation et de réputation, voir le « Forum des évaluations », <pages.ebay.fr/services/forum/feedback.html> archivé à <www.webcitation.org/5V5jXmUBS>. Pour une analyse détaillée de ce système, voir D.P. BARON, « Private Ordering on the Internet: The eBay Community of Traders » in *Business and Politics*, vol. 4, 2002, p. 245 ainsi que la présentation dans J. DE WERRA et Th. SCHULTZ, « Réglementer la résolution des litiges en ligne en Suisse : défis et enseignements de la pratique » in *Informatica e diritto*, édition spéciale « Il processo telematico », 2007, p. 431ss, plus spéc. p. 454-457.

réputation est affaiblie et son attractivité commerciale diminue.²⁵ Les parties sont donc économiquement contraintes de se soumettre à la justice virtuelle d'eBay.

La même contrainte existe également au stade de l'exécution de la solution produite par le système de résolution des litiges en ligne. Si la partie qui doit exécuter une prestation conformément au résultat de la procédure refuse de le faire volontairement, elle est en principe sanctionnée par une diminution chiffrée de sa réputation électronique. Il n'est généralement pas de recours possible aux tribunaux étatiques, pour des raisons économiques et non juridiques, afin de contester ou invalider le résultat d'une médiation. Les parties sont donc non seulement contraintes de se soumettre à la justice virtuelle d'eBay, mais également de se conformer aux résultats que cette justice produit.²⁶

C. *Droit applicable et droit appliqué*

Les règles mises en œuvre dans ce système de règlement des différends ne sont pas identiques au droit que retiendraient les tribunaux étatiques. Le droit applicable, tel qu'on le dégagerait des règles de droit international privé notamment, ne correspond que partiellement au droit qui est appliqué dans les faits pour résoudre le litige.²⁷ Les paragraphes qui suivent nous permettront d'en comprendre le mécanisme et la raison.

L'on sait que négociation et médiation se font toujours à l'ombre d'un droit, manière de dire que l'on négocie, avec ou sans l'aide d'un médiateur, en se référant de manière plus ou moins consciente au système juridique que l'on considère comme pertinent.²⁸ Ce système juridique-là oriente nos comportements, il nourrit notre imaginaire de justice et nous permet d'évaluer la valeur de notre position dans la négociation avec la partie adverse. Il exerce notamment une emprise sur les parties par le biais des recommandations que fait le médiateur quant à la solution du litige ou quand il leur rappelle leurs droits et obligations, que ce rappel soit implicite ou explicite. Dans le cas d'eBay, le

²⁵ S. BA et P.A. PAVLOU, « Evidence of the Effect of Trust Building Technology in Electronic Markets: Price Premiums and Buyer Behavior » in *MIS Quarterly*, vol. 26, no. 3, pp. 243-268.

²⁶ Voir G.-P. CALLIESS, « Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Marketplace » in *German Law Journal*, vol. 7, 2006, p. 647ss, plus spec. p. 653.

²⁷ Nous accorderons ici provisoirement la juridicité à cet ordre normatif propre à eBay, sans préjudice de l'analyse qui suivra, pour ne pas surcharger le texte de formules conditionnelles ou hypothétiques, ou de guillemets.

²⁸ Voir par exemples les études de R. MNOOKIN et L. KORNHAUSER, « Bargaining in the Shadow of the Law » in *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 968ss ; R. COOTER et al., « Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior » in *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 225ss ; P. BOURDIEU, « Les rites comme actes d'institution » in *Actes de recherche en sciences sociales*, vol. 43, 1982, p. 59ss.

système juridique de référence s'exprime non seulement par la médiateur, mais également au stade de la négociation, au travers des solutions retenues dans le formulaire qui lui sert de base.

Diverses études ont montré que le droit à l'ombre duquel les parties évoluent dans la justice virtuelle d'eBay, l'ordre normatif qu'ils prennent pour référence dominante dans la résolution de leur litige, n'est pas le droit étatique applicable par le jeu des règles de droit international privé.²⁹ Ce n'est pas le droit du domicile de l'une ou de l'autre des parties, ce ne sont pas les règles d'application immédiate protégeant les consommateurs, ces règles impératives que la volonté des parties ne saurait juridiquement contourner. Bien au contraire, le système normatif qui semble avoir un rapport essentiel avec l'« Institution imaginaire de la société », pour reprendre les termes de C. Castoriadis,³⁰ ces normes qui permettent de maintenir l'« imaginaire juridique »³¹ qui sous-tend la vie économique sur eBay est ce que les parties elles-mêmes appellent le « droit d'eBay ».³² C'est ce droit-là qui semble dire les valeurs collectives de cette place de marché et fournir les principaux repères commerciaux aux membres d'eBay. Les parties sont en effet souvent bien conscientes que l'impossibilité économique d'accéder aux tribunaux entraîne une perte de pertinence très importante du droit qu'ils mettraient en œuvre. Ce qui importe alors est l'ensemble des règles émises par eBay (règlements d'utilisation) et des usages, pratiques et autres « faits normatifs »³³ qui se sont établis au fur et à mesure des millions de litiges résolus. Notons enfin que la construction de cette normativité propre est largement facilitée par les sédimentations successives qu'opère le système expert, qui enregistre les solutions retenues et les perpétue en les proposant dans des cas ultérieurs.

On comprend bien l'idée d'économie de procédure animant cette simplification du droit

²⁹ Voir E. KATSH et al., « E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of 'eBay Law' » in *Ohio State Journal on Dispute Settlement*, vol. 15, 2000, p. 705ss, plus spéc. p. 728 ; E. KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The Role of Online Dispute Resolution », UNECE Forum on Online Dispute Resolution, mai 2002, <www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc> archivé à <www.webcitation.org/5O1HX9aCz>, p. 4 ; G.-P. CALLIESS, « Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce » in *CLPE Research Papers*, vol. 3, no 3, 2007, disponible à <ssrn.com/abstract=988612>, pp. 21-24.

³⁰ On retrouve en effet fréquemment sur eBay le mythe fondateur de la célèbre Déclaration d'indépendance du cyberspace, c'est-à-dire l'idée que les activités véhiculées par les réseaux sont soumises en premier lieu à une normativité qui leur est propre et n'est donc pas étatique. Voir C. CASTORIADIS, *L'Institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975. Voir aussi F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 22ss.

³¹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 333ss ; voir aussi F. OST, *Raconter la loi*, op. cit., p. 16.

³² Voir surtout E. KATSH et al., op. cit.

³³ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, Editions Montaigne, 1940, p. 142 ; J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, pp. 119-120.

applicable : si la justice virtuelle d'eBay devait tenir compte des divers régimes de droit de la consommation ou des autres normes impératives des divers pays couverts par le champ d'activité d'eBay, la procédure de résolution des litiges en ligne ne serait probablement que marginalement plus accessible économiquement que les tribunaux étatiques.

On ne sera pas surpris, dans ces conditions, d'apprendre que ce droit simplifié, uniforme et transnational, entre de temps à autre en conflit avec une disposition indérogeable d'un des droits étatiques applicables. Pour ne prendre qu'un exemple, le droit d'eBay viole certaines dispositions du droit allemand de la vente aux enchères, qui est de droit impératif.³⁴ Certains utilisateurs domiciliés en Allemagne sont donc lésés par les règlements d'utilisation d'eBay, mais ne peuvent guère s'en prévaloir devant les tribunaux étatiques en raison de leur inaccessibilité économique, qui avait précisément conduit les parties à recourir à la résolution du litige en ligne dans un premier temps.

Gageons qu'il existe encore de nombreuses autres situations du même type, en dehors d'eBay. La manière privilégiée dont les mécanismes de règlement des litiges en ligne opèrent est en effet un catalyseur de ce type de développement. Pour une place de marché électronique internationale, par exemple, le choix se résume souvent à ceci : d'un côté, le respect des divers droits étatiques, qui conduit à des procédures juridiquement complexes, souvent difficilement prévisibles pour les parties et générant des coûts importants, avec les incidences déjà notées en termes d'accessibilité économique. De l'autre côté s'offre l'alternative tentante de la réglementation selon un ordre normatif propre à la place de marché, prévisible par sa simplicité et accessible par l'économie de procédure qu'il permet. Le succès d'eBay semble suggérer que la seconde alternative ne rebute pas les utilisateurs.

Au fond, ces situations décrite et présumées sont simplement des exemples, tout comme l'est notamment la *lex mercatoria* du Moyen Âge ou contemporaine, de groupes sociaux tentant de dépasser les spécificités des droits propres à d'autres groupes sociaux que ceux au sein desquels se déroulent les transactions.³⁵ Il s'agit donc de dépasser les droits nationaux, puisque les nations ne représentent pas les communautés dans lesquelles s'inscrivent ces transactions. Par ce dépassement, ces groupes sociaux tentent simplement, comme J. Vanderlinden a pu l'écrire pour le pluralisme juridique de manière générale, de « disposer de mécanismes informels permettant aux transactions

³⁴ G.-P. CALLIESS, « Transnational Consumer Law », *loc. cit.*

³⁵ Sur la *lex mercatoria*, voir J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique » in J. Gilissen, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 18ss, plus spéc. p. 31.

[...] de se dérouler efficacement ».³⁶

Les situations que nous envisageons ici nous semblent bien plus radicales que la plupart des autres manifestations, étudiés par les pluralistes du droit, de la recherche de systèmes normatifs propres à certains groupes sociaux. Le droit d'eBay se caractérise par une autonomie vis-à-vis du droit étatique particulièrement importante. Notre espoir est que cette radicalité nous permette de mieux appréhender l'enjeu éthico-politique du pluralisme juridique, qui est de faire le tri entre diverses prétentions à la juridicité.³⁷ La question pour nous sera de savoir si et à quelles conditions l'on peut reconnaître la juridicité à des ordres normatifs hors du droit étatique dont on peut craindre qu'ils violent certaines valeurs fondamentales inscrites au cœur du concept de l'Etat de droit. C'est de cette question, abordée spécifiquement du point de vue de l'organisation procédurale des mécanismes de règlement des différends qui sont à la base d'ordres normatifs non étatiques, que nous traiterons dans la section qui s'ouvre.

II. JURIDICITE, MORALITE INTERNE DU DROIT ET ORGANISATION PROCEDURALE

La question fondamentale que le type d'exemple radical abordé dans la section précédente nous permet de mieux poser est de savoir si et à quelles conditions l'on peut reconnaître la juridicité, et donc prêter une certaine caution éthico-politique, à des ordres normatifs privés établissant une réglementation non seulement en marge mais également contraire au droit étatique. La réponse mettra en tension deux impératifs. D'un côté, pour emprunter les termes de J. Vanderlinden résumant les raisons d'être du pluralisme juridique, l'on prêterait garde à ne pas « ignorer les besoins de [...] certains groupes de posséder, dans certaines circonstances, un droit qui [lui] soit propre parce qu'il permet de mieux résoudre les problèmes spécifiques qui se posent à ces [...] groupes ».³⁸ De l'autre côté, on veillera à faire respecter les valeurs fondamentales de l'Etat de droit, et en particulier le bagage de garanties procédurales que ce concept emporte.³⁹

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Comp. F. OST, « Les enjeux éthiques du pluralisme juridique : le libéralisme politique est-il la solution ? » in J. Kellerhals, D. Manai et R. Roth (éd.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes à Jean-François Perrin*, Genève, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 210ss, plus spéc. p. 202 : « de quels critères éthiques disposons-nous pour faire le tri entre ces pratiques concurrentes, ainsi que ces prétentions au droit et au juste, pas nécessairement convergentes ? »

³⁸ J. VANDERLINDEN, *loc. cit.*

³⁹ Notons que nous retiendrons ici le concept d'Etat de droit en son sens de « *the rule of law, not men* ». Voir B. TAMANAHA, *op. cit.*, pp. 122-126.

A. Juridicité et justice hors de l'Etat

Si l'on adoptait l'approche de la plupart des philosophes et des anthropologues du droit, on verrait dans l'exemple que nous utilisons ici un ordre normatif non étatique qui serait particulièrement clairement un système juridique. Que l'on suive Santi Romano, pour qui « toute institution est ordre juridique », où l'institution s'entend d'un « être ou corps social »⁴⁰, que l'on adopte l'approche de N. Bobbio, qui voit le critère de la juridicité dans la présence de règles organisant formellement la répartition des pouvoirs au sein d'une communauté,⁴¹ que l'on adhère à la théorie de F. Ost et M. van de Kerchove, pour qui le critère principale de la juridicité est l'autonomie du système normatif par rapport au droit étatique,⁴² que l'on retienne l'approche de Hart, dont le critère de juridicité est la présence de normes secondaires de reconnaissance, de changement et de sanction,⁴³ ou que l'on suive plutôt des anthropologues du droit comme R. Sacco, pour qui chaque communauté distincte a nécessairement un droit propre,⁴⁴ ou P. Bohannan, qui voit la juridicité dans la présence d'institutions formelles disant le droit,⁴⁵ ou que l'on suive des sociologues du droit comme J.-F. Perrin ou G. Gurvitch, qui considèrent que l'on est présence de droit chaque fois que plusieurs personnes forment un groupe reconnaissant le caractère juste d'un rapport de droit et de devoir qui leur est propre,⁴⁶ que l'on suive donc ces pluralistes philosophes, anthropologues ou sociologues du droit, l'on conclurait assurément à la présence d'un système juridique dans le cas d'eBay et dans les situations présumées qui s'y apparentent.

Mais une question qui n'est que très rarement articulée, tant toutes ces approches ne s'intéressent qu'à des questions de structure, est celle de savoir si les ordres juridiques non étatiques reconnus par les pluralistes du droit remplissent les conditions de justice que l'on associe au concept de droit, c'est-à-dire s'ils respectent les valeurs fondamentales de l'Etat de droit.

L'on se souviendra que c'était une présomption de réponse négative à cette question qui avait amené L. Duguit et H. Kelsen, en préface du premier numéro de ce qui devint plus tard la revue *Droit*

⁴⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 19, § 13 et p. 25.

⁴¹ N. BOBBIO, « Ancora sulle norme primarie e norme secondarie », *op. cit.*, pp. 39, 46.

⁴² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 188ss.

⁴³ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 116ss.

⁴⁴ R. SACCO, « Mute Law » in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 455ss.

⁴⁵ P. BOHANNAN, « The Differing Realms of the Law » in *American Anthropologist*, vol. 67, 1965, p. 33ss, plus spec. pp. 34-37.

⁴⁶ J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 30 ; G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 265.

et Société, à écrire que « nous croyons avoir des raisons sérieuses pour être persuadés que l'unique moyen d'assouvir nos aspirations vers la justice et vers l'équité, c'est l'assurance résignée qu'il n'y ait pas d'autre justice que celle que l'on trouve dans le droit positif des États ». ⁴⁷ Ce postulat que l'Etat de droit ne se peut trouver que dans le droit de l'Etat constitue en vérité l'une des dimensions politiques ou idéologiques du positivisme juridique étatiste. ⁴⁸ La déclaration normative (et non pas descriptive ou analytique) de Duguit et Kelsen dévoile le point de vue qu'il est *indésirable*, pour le positivisme étatiste, que l'on accorde aux normes non étatiques un crédit comparable aux émanations normatives de l'Etat, point de vue qui est d'ordinaire occulté par les parures de scientificité et de raisonnement analytique propres au positivisme en général. ⁴⁹ On le sent d'ailleurs bien : dans le positivisme ambiant, l'idée qu'eBay ait pu mettre en place un système normatif qui viole le droit étatique dérange, quel que soit le degré de satisfaction des utilisateurs d'eBay par rapport à cette régulation privée. Ce qui dérange est la violation de la hiérarchie habituelle entre régulation publique et régulation privée, bien plus que la solution matérielle qui va servir de base à la résolution d'un litige concret.

Comment alors articuler cette question, de manière cette fois explicite et analytique, de savoir si les ordres juridiques non étatiques reconnus par les pluralistes du droit remplissent les conditions de justice que l'on associe au concept de droit, s'ils respectent les valeurs fondamentales de l'Etat de droit ? Comment répondre à cette angoisse du juriste qui constate que le droit étatique est contredit, violé par un système normatif d'origine privé ? Une solution est de recourir à une définition du droit qui dépasse ces critères purement structurels généralement retenus par les pluralistes et tienne compte de la qualité normative d'un système normatif non étatique. Ceci formera l'objet de la prochaine sous-section.

⁴⁷ L. DUGUIT et H. KELSEN, Préface au premier numéro de la *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926-1927, p. 3.

⁴⁸ Voir par exemple N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique » in *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 23ss, plus spéc. p. 28, l'auteur présentant ainsi les deux principales argumentations idéologiques sous-tendant le positivisme juridique : « 1) le droit positif, par le seul fait d'être [...] l'émanation d'une volonté dominante, est juste [...] ; 2) le droit, comme ensemble de règles imposées par le pouvoir qui détient le monopole de la force dans une société déterminée, sert [...] à l'obtention de certains buts désirables, comme l'ordre, la paix, la sûreté et en général la justice légale. »

⁴⁹ Sur les rapports entre la scientificité du positivisme juridique et ses buts politiques et idéologiques, voir par exemple J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism » in J. Coleman (éd.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 411ss, plus spéc. p. 414-15, 432-33 ; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 346ss ; ID., « Thirty Years On » in *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 1655ss, plus spéc. p. 1677ss. Voir aussi, sur l'importance politique de la définition du droit, L. MURPHY, « The Political Question of the Concept of Law » J. Coleman (éd.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 371ss.

B. La moralité interne du droit comme idéal régulateur des systèmes de règlement des différends

Une telle conception du droit a notamment été retenue par L. Fuller dans sa « moralité interne du droit ».⁵⁰ Pour Fuller, suivi très récemment par M. Kramer⁵¹ qui en précise et affine les arguments, un système normatif ne peut être qualifié de juridique que s'il respect huit « principes de légalité », qui sont autant de conditions procédurales qui s'attachent au concept de l'Etat de droit.⁵² On précisera toutefois qu'il s'agit là de critères relevant d'une moralité de l'aspiration et non du devoir,⁵³ ce qui signifie qu'ils constituent collectivement un « idéal régulateur »⁵⁴ vers lequel doit tendre la manière dont le droit est produit. Ces principes décrivent une situation idéale de perfection, dont un système normatif s'approche plus ou moins, et ne fixent pas non un seuil qu'il convient d'atteindre de manière stricte sous peine de disqualification de la juridicité. Ces huit principes ou éléments de la moralité interne du droit sont :

- généralité de la norme,
- vérifiabilité ou connaissabilité publique des normes (que les destinataires puissent connaître les normes qui régissent leurs comportements),
- prospectivité des normes (l'inverse de la rétroactivité),
- intelligibilité des normes,
- non-contradiction logique et matérielle,
- absence de normes prescrivant l'impossible,
- stabilité des normes et
- congruence entre la formulation et la mise en œuvre des normes.

Tandis que Fuller conçoit ces principes comme s'appliquant à l'art législatif, il sera question pour nous de les transposer plus spécifiquement à la production du droit par le règlement des différends. Il s'agit de dégager de ces principes des critères que doivent remplir les mécanismes de résolution des litiges pour que leur fonctionnement, et ainsi leur production normative, soient conformes aux valeurs de l'Etat de droit.

⁵⁰ L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, éd. revue, 1969, pp. 33-41.

⁵¹ M. KRAMER, *op. cit.*, chapitre 2.

⁵² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 327ss, où les auteurs considèrent que la moralité interne du droit de Fuller exprime les « conditions de validité procédurale propres à l'Etat de droit » dont la violation « ébranler[ait] la stabilité du pacte social sur lequel repose l'Etat de droit ».

⁵³ L. FULLER, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 328.

Dans l'espace limité de cette contribution et en considération du but spécifique de cette étude, nous nous arrêterons à trois éléments de la moralité interne, qui sont tous trois liés. Le premier est le réquisit de la généralité de la norme. Ce principe exige que tout système juridique, pour qu'il soit juridique, doit avant tout être composé de normes générales ou, corrélativement, que des directives spécifiques à certaines situations et certaines personnes ne constituent pas le mode principal de régulation. Un système normatif purement casuistique ne peut prétendre à la juridicité.⁵⁵ Le deuxième élément est la vérifiabilité publique des normes. Ce principe exige qu'un ordre juridique, pour être juridique, doit rendre ses normes accessibles, vérifiables ou connaissables par leurs destinataires. Un système normatif entièrement constitué de normes secrètes ne serait ainsi pas juridique.⁵⁶ Le troisième est la congruence entre la formulation et la mise en œuvre des normes.⁵⁷ Il s'agit du principe de la correspondance du « droit dans les livres » et du « droit dans les faits », pour reprendre l'image du réalisme juridique américain.⁵⁸ Il doit exister, dans un système juridique, des mécanismes garantissant que la régulation de cas concrets se fasse effectivement en application des normes générales et vérifiables. Lors de la résolution des litiges, ce doit effectivement être le « droit dans les livres » qui s'applique et non d'autres normes.

Ces trois éléments correspondent aux réquisits procéduraux suivants : la présence d'un système adjudicatif et pas seulement de conciliation ; le respect d'une règle du précédent (sous la forme d'un principe formel de *stare decisis* ou le recours à des notions moins contraignantes mais aux finalités semblables comme les « arrêts de principe » ou la « jurisprudence constante »⁵⁹) ; et, troisième élément, la publication des résultats des procédures.

L'articulation que nous donnerons à ces considérations procèdent du postulat que l'on se place dans un ordre normatif au sein duquel l'application du droit étatique est largement mise en échec et où il n'existe pas de pouvoir législatif spécifique dont l'œuvre normative soit dotée d'une densité significative. En d'autres termes, nous partons de l'idée que le lieu principal de la production

⁵⁵ L. FULLER, *op. cit.*, p. 34 ; M. KRAMER, *op. cit.*, pp. 109-113 ; 144-150.

⁵⁶ L. FULLER, *op. cit.*, pp. 34-35 ; M. KRAMER, *op. cit.*, pp. 113-118 ; 150-153.

⁵⁷ L. FULLER, *op. cit.*, p. 38 ; M. KRAMER, *op. cit.*, pp. 134-142.

⁵⁸ R. POUND, « Law in Books and Law in Action » in *American Law Review*, vol. 44, 1910, p. 35ss ; K. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step » in *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930, p. 431ss, plus spéc. p. 435 note 3.

⁵⁹ Pour un survol de ces différentes formes de la règle du précédent, G. KAUFMANN-KOHLER, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity, or Excuse ? » in *Arbitration International*, vol. 23, no. 3, 2007, p. 357, plus spéc. pp. 358-360.

normative se situe dans le pouvoir juridictionnel et non dans le pouvoir législatif, en d'autres termes que le système de règlement des différends étudié joue un rôle central de production normative dans l'ordre normatif au sein duquel il s'inscrit. C'est cette spécificité qui fait la particularité de notre application des principes de L. Fuller.

La présence d'un système adjudicatif, c'est-à-dire d'un mécanisme de règlement des différends apparenté à l'arbitrage ou aux tribunaux, par opposition à la médiation ou la négociation,⁶⁰ est nécessaire pour garantir que les normes générales soient effectivement appliquées aux situations concrètes. Cela n'est en effet pas le cas dans des systèmes non adjudicatifs comme la médiation, où la solution dégagée peut être très loin de ce que prévoient les règles matérielles applicables – c'est là le problème de la « délégalisation » du règlement des litiges sur laquelle le mouvement anti-ADR américain crie haro.⁶¹ De plus, la médiation et la négociation n'ont en principe aucune prétention à produire des normes générales et vérifiables, ce sont simplement des solutions spécifiques à des problèmes spécifiques que l'on tente d'y dégager.⁶²

La présence d'une règle ou d'une pratique du respect du précédent est exigée par les principes de généralité et de vérifiabilité publique des normes⁶³. Si le mécanisme de résolution des litiges propre à un système normatif donné ne rend que des décisions éparses, déconnectées les unes des autres, la régulation qui s'en dégage ne peut être que d'un caractère entièrement *ad hoc* et casuistique. En l'absence d'un pouvoir législatif fort, un tel système normatif ne serait pas principalement composé de

⁶⁰ Pour une étude des systèmes de règlement des différends avec une approche anthropologique, les plaçant sur un continuum opposant à ses extrémités adjudication et conciliation, M. SHAPIRO, *Courts : A Comparative and Political Analysis*, Chicago, Chicago University Press, 1981, pp. 2, 8-9.

⁶¹ O. FISS, « Against Settlement » in *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 1984, p. 1073ss ; J. RESNIK, « Managerial Judges » in *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, p. 376ss ; ID., « Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline » in *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 494ss ; D. LUBAN, « Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice » in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, 1985, p. 397ss ; ID., « Settlements and the Erosion of the Public Realm » in *Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1995, p. 2619ss ; J. COLEMAN et Ch. SILVER, « Justice in Settlements » in *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, 1986, p. 102ss ; T. GRILLO, « The Mediation Alternative » in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1545ss ; R. DELGADO et al., « Fairness and Formality » in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 1359ss. *Contra* C. MENKEL-MEADOW, « Whose Dispute is it Anyway ? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases) » in *Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1995, p. 2663ss.

⁶² O. FISS, *op. cit.*, pp. 1085-1087.

⁶³ Voir G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, pp. 373-374. Nous entendons par « pratique » du respect du précédent ce que la doctrine anglophone qualifie quelquefois de « *de facto stare decisis* » par opposition à « *de jure stare decisis* », c'est-à-dire que les décisions antérieures sont effectivement suivies, sans que l'obligation juridique d'ainsi faire soit clairement établie. Voir sur ces concepts R. BHALA, « The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) » in *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 845ss, plus spéc. pp. 940-942.

normes générales et connaissables par les destinataires.⁶⁴ On mentionnera à cet égard que dans certains domaines de l'arbitrage, le manque de densité normative laissé par les normes générales applicables a été ou est en train d'être comblé par le développement d'une pratique du respect du précédent. Il en va ainsi dans les domaines de l'arbitrage international d'investissement et l'arbitrage international en matière de sport. Les auteurs les plus avertis de ces domaines constatent ainsi clairement – et, pour ceux qui adoptent une perspective prescriptive et non simplement descriptive, l'encouragent de leurs vœux – l'établissement progressif d'une pratique du respect du précédent.⁶⁵ Un domaine plus proche de notre problématique, à savoir la procédure UDRP relative aux noms de domaines, témoigne également de développements similaires. On peut ainsi y observer une pratique croissante de référence à des décisions antérieures rendues par les organes d'application de l'UDRP,⁶⁶ le développement de bases de données recensant et permettant la recherche parmi les décisions rendues par ces organes,⁶⁷ ainsi que la publication par l'Université de Harvard non seulement d'un outil permettant d'accéder directement à tous les précédents cités dans une décision UDRP,⁶⁸ mais aussi et surtout d'un guide sur cette procédure, qui se conçoit comme une véritable codification officieuse des règles

⁶⁴ M. KRAMER, *op. cit.*, p. 111.

⁶⁵ Par exemple G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 375 (« When arbitrators apply a national law in commercial arbitration, that law is sufficiently developed to be predictable, and the arbitrators' role does not involve developing rules belonging to this national law. This is the role of the national legislators. When arbitrators apply a body of rules that is less developed and is still in the process of being formed, their role with respect to the establishment of predictable rules is much more important. This is so today in sports law and investment law », p. 376 « the development of consistent rules through arbitral awards is greatly needed » ; « there would appear to be a strong need for consistent rule creation [...] there are recurring issues in investment arbitration as well, which must be resolved by the application of one and the same rule of law. For the predictability of investments and the credibility of the dispute resolution system, that rule cannot change from one proceeding to another »). Spécifiquement en matière d'investissements internationaux : A. REINISCH, « The Role of Precedent in ICSID Arbitration » in *Austrian Arbitration Yearbook*, 2008, § paraître ; Ch. SCHREUER et M. WEINIGER, « Conversation Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration ? » in P. Muchlinski, F. Ortino et Ch. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, à paraître 2008. (forthcoming 2008); also available at http://www.univie.ac.at/intlaw/conv_across_90.pdf. Voir aussi J. COMMISSION, « Precedents in Investment Treaty Arbitration: a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence » in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, p. 24. Spécifiquement pour l'arbitrage sportif : E. LOQUIN, « L'utilisation par les arbitres du TAS des principes généraux du droit et le développement d'une lex sportiva » in A. Rigozzi et M. Bernasconi (éd.), *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport*, Berne, Weblaw, 2007, p. 99 et K. FOSTER, « Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence » in *Entertainment and Sports Law Journal*, vol. 3, 2006, <go.warwick.ac.uk/eslj>.

⁶⁶ Voir l'analyse empirique dans G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, pp. 367-368.

⁶⁷ Voir les bases de données développées par l'Université de Cornell et de l'Université de Massachusetts à Amherst (udrp.law.cornell.edu/udrp/index.php) ; par le Berkman Center for Internet & Society de l'Université de Harvard (cyber.law.harvard.edu/icann/search/udrp.asp) ; par l'OMPI (arbitrator.wipo.int/cgi-bin/domains/search/SearchCaseCat?lang=eng) ; et par l'ICANN elle-même (www.icann.org/udrp/udrpdec.htm).

⁶⁸ UDRPmate : <cyber.law.harvard.edu/cite/udrp_enh.cgi>.

émergeant des décisions rendues par les organes de résolution des litiges appliquant l'UDRP.⁶⁹ Ces divers développements ont pour but d'uniformiser la « jurisprudence » rendue en application de cette procédure par les organes de règlement des différends, ce qui implique qu'un principe du respect du précédent est pratiqué.

Enfin, la publication des résultats est exigée par le principe de vérifiabilité publique des normes. Leur non-publication, ou leur publication d'une manière ne permettant pas un accès aisé à tous les destinataires, équivaudrait à la création de normes secrètes qui ne peuvent orienter le comportement des destinataires du système normatif.⁷⁰

C. La moralité interne du « droit » d'eBay

Comment le système de résolution des litiges en ligne d'eBay s'en sort-il face au test ainsi établi ? Tout d'abord, il appert qu'il ne comprend pas de mode adjudicatif de règlement des différends. Il est vrai cependant que son principal fondateur et actuel PDG avait initialement prévu une procédure d'arbitrage. A la suite de recommandations juridiques émises par certains professeurs de droit, sur la pertinence desquelles on se permettra d'exprimer des doutes, cet aspect du projet fut abandonné, jugé trop délicat sur le plan de sa faisabilité juridique.⁷¹ Mais s'il n'y a pas d'arbitrage en ligne pour eBay, il convient tout de même d'admettre que le rôle du système expert reproduisant en permanence des solutions orientant les parties vers le respect des normes spécifiques à eBay contribue à une certaine garantie, certes faible, de la mise en œuvre des normes générales dans les situations concrètes. De la même manière, l'on conclura, dans le cadre forcément limité de cette application indirecte des normes, que l'exigence du respect des précédents semble assez largement satisfaite dans le cas d'eBay, cela étant précisément la fonction du système expert. Quant à la publication des résultats, leur absence totale, ne serait-ce que sous forme statistique, est assurément un manquement.

Contrairement à ce que nous avons pu en conclure ailleurs,⁷² il semble donc que l'ordre

⁶⁹ D. CAPBELL (éd.), *UDRP Opinion Guide*, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School <cyber.law.harvard.edu/udrp/opinion> (« [This] Guide is modeled on the Restatement of Law materials published by the American Law Institute (ALI). It is attempt to organize and 'codify' the opinions issued by courts [or, in this case, UDRP panels] concerning a particular area of law. »)

⁷⁰ C. GRAY et B. KINGSBURY, « Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945 » in *British Year Book of International Law*, vol. 63, 1992, p. 97ss, plus spéc. p. 122.

⁷¹ Voir les déclarations de Steve Abernethy in G. KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution*, La Haye, Kluwer, 2004, p. 321ss.

⁷² Th. SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.*

normatif d'eBay ne mérite pas la qualification de système juridique, quand bien même il en a tous les aspects structurels. Cela nous conduit à estimer que la situation d'indépendance très forte qu'affiche la normativité d'eBay par rapport au droit étatique ne mérite pas notre caution, à tout le moins dans la configuration actuelle de l'autorégulation de cette place de marché.

L'on nous reprochera sans doute que les conditions procédurales de la juridicité que nous énonçons sont trop exigeantes, que l'arbitrage commercial international, par exemple, ne les remplit pas. En effet, il n'existe dans l'arbitrage commercial international guère de respect des précédents et la publication des sentences arbitrales est au mieux épisodique. Et effectivement, nous ne partageons pas l'avis selon lequel la *lex mercatoria* mériterait la qualification de système juridique, sa qualité régulatrice étant en réalité très faible. Pourtant, poursuivons les critiques, rares sont ceux qui s'élèvent contre la politique de laisser-faire généralement pratiquée à son égard ; on considère en général qu'il est acceptable que l'arbitrage puisse avoir une indépendance importante par rapport à l'Etat, qui s'exprime notamment par la possibilité prévue par la plupart des lois nationales d'arbitrage de rendre une sentence en application de la *lex mercatoria*. Mais il faut bien se rendre compte que l'importance éthico-politique que l'arbitrage commercial international respecte les principes fondamentaux de l'Etat de droit est nettement moindre que dans le cas qui nous préoccupe. L'arbitrage commercial international implique des professionnels généralement aguerris, la justice virtuelle implique majoritairement des particuliers, des consommateurs, des personnes sans expérience dans la défense de leurs droits.

CONCLUSION

L'objet de notre contribution à ce séminaire « Etat de droit et virtualité » a ainsi été de proposer, comme étalon de mesure pour l'appréciation de certains phénomènes caractéristiques de la virtualisation, un concept de la juridicité propre à être appliqué à des ordres non étatiques et qui ne soit pas purement structurel mais qui intègre également des critères tenant à la qualité de la régulation ou de la gouvernance. C'est dans un tel concept qu'il nous semble pouvoir trouver les conditions fondamentales qui doivent être retenues afin de garantir des processus de justice virtuelle qui soient conformes aux valeurs de l'Etat de droit. L'un des concepts les plus prometteurs à cet égard nous a

apparu être la moralité interne du droit de L. Fuller, qui nous a amené à conclure que la présence d'un mécanisme adjudicatif de règlement des différends pratiquant un certain respect des précédents et publiant ses résultats est un réquisit fondamental pour la reconstruction, hors de l'Etat, d'une juridicité digne de ce nom.