

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES NORMES PRIVÉES

Par

Ejan MACKAAY

*Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal ;
Fellow, Cirano*

INTRODUCTION

Poser la question des normes privées, c'est admettre la possibilité que les règles juridiques ne proviennent pas exclusivement de l'autorité publique. Cette position est connue comme le pluralisme juridique¹. Elle n'aurait eu rien d'étonnant pour nos ancêtres du XV^e au XVIII^e siècle. La conception du droit a cependant progressivement changé à la faveur des codifications et du rôle grandissant des États dans la vie de la société. Au milieu du XX^e siècle, l'État était devenu l'acteur prédominant dans la régulation de la société civile au point où le droit était perçu comme assimilable aux règles établies par l'État souverain. Ces règles étaient considérées, en outre, comme formant un ordre juridique complet et sans lacune : le positivisme juridique².

La possibilité de règles établies par des acteurs privés était certes admise du bout des lèvres dans la conception positiviste, mais seulement si une autorité publique les reprenait à son compte. À côté des sources formelles du droit, la législation au sens large et éventuellement la jurisprudence, on évoquait volontiers la coutume comme source possible du droit, notamment en matière commerciale, pour remplir les lacunes laissées par les parties privées dans leurs contrats. La coutume était cependant traitée en parent pauvre, admise seulement si la loi ou les tribunaux y faisaient référence. Dans la doctrine, on s'est posé la question de savoir si la coutume pouvait utilement être invoquée pour ce rôle de suppléance. La réponse était discutée, car la coutume ne fournit des indices que pour des situations récurrentes. Pour les uns, il était toujours opportun que les règles formelles ou le code y renvoient. L'incorporation, dans les contrats, forcément incomplets, de la coutume, des usages ou des clauses normalisées aiderait à rendre le droit plus prévisible³. D'autres soutenaient, au contraire, que les situations litigieuses ne reflètent pas les cas routiniers, mais plutôt des cas inédits où justement la coutume aurait peu d'indices utiles à fournir⁴.

Vers la fin du XX^e siècle, sous la pression de la globalisation et de l'internet, on a progressivement reconnu les limites du pouvoir de l'État souverain à réguler

¹ BELLEY 2011, 258.

² BELLEY 2011, 263.

³ Voir par exemple SCOTT 2000.

⁴ Voir par exemple BERNSTEIN 1999 ; MACAULAY 2000.

intégralement les rapports entre acteurs privés pris dans des rapports rapides, hautement spécialisés et dépassant largement les frontières nationales. La conception « unitaire » du droit du milieu du siècle dernier a fait place à un nouveau pluralisme⁵, où la régulation d'un rapport particulier est assurée par l'acteur le plus apte à trouver la formule la mieux adaptée aux yeux des intéressés et contribuant le plus à assurer la croissance économique en particulier : « Après avoir porté à un niveau égalé le principe d'organisation sur la base de l'intégration centralisée, l'appareil étatique a privilégié au cours des trois dernières décennies d'autres principes de régulation : l'intégration décentralisée, la quasi-intégration, la coordination marchande et la coopération stratégique avec certains acteurs-clés de l'environnement »⁶.

Dès lors qu'on admet la possibilité de règles établies par des acteurs privés, et en particulier de regroupements ou de réseaux⁷ d'acteurs privés, plusieurs questions se posent, à savoir comment sont formés les regroupements en question, pourquoi ils sont aptes à assumer un rôle de régulation et à se faire accepter par les personnes assujetties à leur régulation, en quel sens cette régulation est préférable à celle provenant de sources concurrentes, y compris l'État⁸. L'État a certes le monopole de la contrainte et peut avoir un avantage comparatif de rendements d'échelle ; son intervention a normalement pour effet de déplacer d'autres sources de normes. Mais ces caractéristiques ne lui procurent pas forcément toujours un avantage comparatif dans la formulation des règles les plus appropriées.

Dans une première partie, nous nous interrogerons sur la théorie des organismes régulateurs et émetteurs de normes privées ; dans la seconde partie, nous examinerons une application de ces idées, soit la régulation, mi privée, mi publique, des noms de domaine sur l'internet.

I. Les émetteurs des normes privées

Dans la nouvelle conception du pluralisme juridique, les normes privées peuvent apparaître si l'État ne peut ou ne veut s'occuper directement de la régulation d'un problème social précis. Cela se produit lorsque les bienfaits prévus de l'intervention étatique sont inférieurs aux coûts ou que son avantage net est inférieur à ce qui est réalisable par d'autres formes de régulation, y compris celles qui relèvent des intéressés eux-mêmes⁹. Parmi les coûts de la régulation étatique, il faut compter :

- 1) le coût de la mise en place de la règle (y compris le risque de capture par des groupes d'intérêt)
- 2) les délais d'adoption d'une nouvelle règle lorsque la réalité évolue
- 3) le risque que le législateur ou le juge édicte une règle qui s'avère inadaptée
- 4) le coût d'opportunité des pratiques que la règle, devant simplifier la réalité, interdit inutilement
- 5) le coût de faire respecter la règle par l'appareil public, en particulier le système judiciaire.

⁵ Par exemple, GRIFFITHS, 1986 ; COOTER 1993 ; BELLEY 1993 ; BELLEY 1996 ; MACDONALD 1996 ; Rocher 1996a et 1996b ; GUADAGNI 1998 ; BELLEY 2002 ; MACDONALD 2002 ; MOCKLE 2007 ; BELLEY 2011. Dans cette littérature, ROMANO 1917 est reconnu comme un texte précurseur.

⁶ BELLEY 2011, 266.

⁷ Le terme est employé dans AVIRAM 2003.

⁸ BENYEKHLEF 2008, 799.

⁹ Pour le domaine contractuel, MACKAAY 2008, 373 s., n^{os} 1333 s.

Le fait que l'État ne s'occupe pas de la régulation d'un problème particulier ne veut pas dire qu'une régulation privée émerge automatiquement : le besoin ne provoque pas de lui-même sa correction, contrairement à ce qu'aurait pu faire croire la littérature sur l'ordre spontané¹⁰. La thèse contraire constituerait une conception fonctionnaliste primaire. Si régulation il y a, la théorie n'indique pas par quel acteur elle sera assurée.

Il y a tout un éventail de formes de régulation potentielles. Ogus et Carbonara, dans un magistral survol de l'« autorégulation », les classent sur deux échelles, soit leur autonomie par rapport à l'État, d'une part, et la force avec laquelle elles s'imposent, de l'autre¹¹. Sur la première dimension, les régulations vont de normes établies au sein de firmes, de groupes ou d'associations, jusqu'aux normes approuvées par un ministre ou par une agence réglementaire. Quant à leur force obligatoire, on trouve à une extrémité les normes dont la violation entraîne une sanction juridique publique ou privée et, à l'autre, celles dont la sanction est non juridique comme l'ostracisme et même des standards dont le respect est purement volontaire.

Il est relativement rare qu'une agence de régulation privée soit formée spécifiquement pour réguler un domaine précis. On observe plus souvent qu'une organisation existante étend sa mission de régulation à un domaine jusqu'alors non régulé. Aviram a proposé une théorie intrigante pour expliquer sous quelles conditions pourrait s'opérer cette extension de mission¹².

Le point de départ de la théorie est que, si toute régulation vise à atteindre un gain de bien-être pour les intéressés, toutes les tâches de régulation ne présentent pas le même degré de complexité. Les tâches peuvent être classées sur une échelle de complexité croissante, dont la nature peut être éclairée à l'aide de la théorie des jeux.

Les tâches les plus faciles concernent des problèmes de simple coordination : conduire à gauche ou à droite, se conformer à des normes de compatibilité technique¹³. Le fait de coordonner les comportements procure des avantages à tous les participants ; la norme qui assure la coordination n'a pas besoin de sanctions formelles lourdes, car la déviation s'auto-sanctionne, comme on s'en convainc facilement en imaginant un conducteur voulant conduire à gauche dans un pays où la norme est de conduire à droite. Essentiellement, il suffit d'énoncer la norme pour atteindre la coopération. Les normes s'auto-sanctionnent (« *self-enforcing* »)¹⁴. Ceci caractérise également les jeux de coordination asymétrique¹⁵ et de coordination avec division des rôles¹⁶.

À l'autre extrémité de l'échelle, on trouve les interactions où la coopération est certes « payante » pour tous les participants, mais où une déviation individuelle, alors que le ou les autres coopèrent, est encore plus payante, à ceci près que, si tous choisissent la déviation, le résultat est pire pour tous. De ce fait, ces jeux ont une dimension *stratégique*. La déviation dans ces jeux illustre un phénomène général, l'*opportunisme*, dont le combat est l'une des missions centrales du droit civil¹⁷. Dans

¹⁰ AVIRAM 2004, 6. Voir aussi MACKAAY 1991 ; 2008, n^{os} 154s, p. 41 s.

¹¹ OGUS 2012, 229.

¹² AVIRAM 2004.

¹³ MACKAAY 2008, n^{os} 161 s, p. 44.

¹⁴ TELSER 1980, KLEIN 1985, Mazé 2010.

¹⁵ Voir MACKAAY 2008, n^{os} 164, p. 44-45

¹⁶ Dans le vocabulaire d'AVIRAM : battle of the sexes. Voir MACKAAY 2008, n^{os} 169, p. 46 s.

¹⁷ MACKAAY 2011.

cette catégorie, on trouve notamment le dilemme du prisonnier¹⁸ et le jeu du poltron¹⁹.

Entre les deux extrémités, il y a le jeu qui a acquis le nom de *la chasse au cerf*²⁰. Deux chasseurs poursuivent un cerf. S'ils réussissent à le capter, chacun « récoltera » 3. Cela exige la coopération des deux. Mais la capture est loin d'être garantie et, devant l'incertitude, chacun pourrait être tenté de tirer sur le lièvre qui passe, une récolte de 1. Le coup fait cependant fuir le cerf ainsi que les lièvres qui pourraient venir dans la vision de l'autre, qui récolte alors 0. Si les deux abandonnent simultanément le projet conjoint, ils captureront chacun un lièvre et auront une récolte de 1.

Diagramme 1. Jeu de la chasse au cerf

		Chasseur II	
		Chasse le cerf	Court le lièvre
Chasseur I	Chasse le cerf	3 / 3	1 / 0
	Court le lièvre	0 / 1	1 / 1

Le jeu a deux points d'équilibre, le coin nord-ouest et le coin sud-est. Il illustre le rôle essentiel de la confiance : la croyance de chacun que l'autre jouera son rôle, ne fera pas faux bond, en d'autres mots que l'autre n'agira pas de manière opportuniste. En l'absence de cette confiance, les joueurs se retrouvent dans le carré sud-est, une perte pour les deux par rapport au coin nord-ouest.

Dans ce jeu, la déviation du plan commun de coopération n'est pas en soi payante, comme c'est le cas dans le dilemme du prisonnier ou dans le jeu du poltron.

¹⁸ MACKAAY 2008, n^{os} 178, p. 49 s.

¹⁹ MACKAAY 2008, n^{os} 192, p. 54 s.

²⁰ D'après le récit de ROUSSEAU, dans le *Discours sur l'origine des inégalités*, 1971, p. 207 ; SKYRMS 2004 ; ELSTER 2007, p. 318.

Ce qui dicte la conduite des acteurs est plutôt la crainte d'être laissé pour compte si l'autre dévie. La déviation simultanée des deux fait perdre l'avantage principal envisagé, mais du moins évite à chacun d'être entièrement laissé pour compte. Si la méfiance règne, le coin sud-est du diagramme représente une solution stable. Le but de la régulation est d'amener les joueurs à atteindre le coin nord-ouest. Skyrms soutient que ce jeu représente, mieux que le dilemme du prisonnier, le défi que pose le contrat social²¹.

Les jeux évoqués forment une échelle de défis régulateurs de complexité croissante. Dans le jeu de simple coordination, la solution coopérative peut être atteinte par le seul fait d'évoquer la norme à suivre et sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la contrainte ; pour les jeux plus complexes, le pouvoir de contrainte devient de plus en plus important à mesure que l'élément de confiance ou le risque d'opportunisme prennent plus de place.

Pour comprendre quel acteur peut assurer une tâche de régulation, Aviram soutient qu'il faut porter le regard sur le pouvoir des acteurs à faire respecter les normes qu'ils émettent²². Une organisation privée a un pouvoir de contrainte limité qui est fonction de l'intérêt d'être membre. Cet intérêt dépend des avantages que le membre perçoit retirer de son adhésion. Pour assurer le respect de ses normes, l'organisation peut utiliser la sanction de l'exclusion, y compris la perte du bien ou de la somme d'argent que le membre lui a versée pour adhérer, et celle du boycottage²³. L'exclusion pose cependant le danger qu'elle soit utilisée pour écarter les membres qui concurrencent d'autres de manière jugée trop vive et pour empêcher l'entrée de nouveaux membres : la cartellisation²⁴.

On peut concevoir qu'un regroupement est formé pour s'occuper d'un problème de simple coordination, où l'équilibre optimal peut être atteint sans contrainte ou presque, mais procure néanmoins des avantages appréciables aux membres dont par la suite ils ne voudraient plus se priver. À mesure que les membres s'habituent aux avantages procurés par leur adhésion, le regroupement acquiert un poids attaché à la sanction d'exclusion. Ce poids peut être déployé pour la régulation d'un nouveau problème exigeant un plus grand pouvoir de contrainte. Le succès d'un regroupement dans la régulation de situations connues agit comme un levier qui lui permet d'en assumer d'autres, éventuellement plus complexes.

Aviram formule l'hypothèse que, dans les faits, l'extension des missions de régulation confiées ou assumées par des regroupements ou organisations procède de cette façon. Il cite à titre d'exemple le mouvement du *Pax Dei* de l'Europe des X^e et XI^e siècles pour protéger les paysans contre la violence des seigneurs. Le lien religieux unissant tous était mis à contribution pour contraindre les seigneurs, qui avaient pourtant individuellement intérêt à agir en sens contraire²⁵. Ni l'équilibre des menaces entre seigneurs, ni une autorité supérieure n'étaient capables d'assurer la paix.

La dynamique évoquée par cette hypothèse n'exclut nullement qu'il y ait concurrence entre organismes pour assumer la régulation d'un problème particulier²⁶. Pour les membres de l'organisation « gagnante », il y a l'avantage de pouvoir continuer à se servir de la norme qu'ils ont déjà adoptée, plutôt que d'être

²¹ SKYRMS 2004.

²² AVIRAM 2004, 9.

²³ AVIRAM 2011, 187 s. parle de « *bond* ». La réputation d'un membre peut agir comme un *bond*.

²⁴ MCMILLAN 1999, 2423.

²⁵ AVIRAM 2004, 3 s. et 2012, 2-3

²⁶ Sur l'intérêt de la concurrence en matière de découverte de normes, lire STRINGHAM 2011 ; BROUSSEAU 2011.

obligés d'en adopter une nouvelle. La dynamique n'exclut pas non plus l'hypothèse où l'organisation formule la norme, mais se fait appuyer par la force contraignante de l'État, son propre pouvoir étant insuffisant pour surmonter le risque d'opportunisme accusé.

Pour qu'un regroupement ou organisation puisse efficacement remplir sa mission de régulation, il doit pouvoir assumer quatre fonctions essentielles : informer sur la violation de ses normes, proposer un nouveau partenaire à la personne frustrée par un membre qui ne respecte pas ses engagements, contrôler effectivement le respect des normes et sanctionner les violations²⁷. L'étude détaillée de McMillan de différentes formes de régulation privée observées à travers le monde montre que ces missions sont effectivement assurées par les intervenants²⁸. Les missions entraînent des coûts, qu'on pourrait qualifier de coûts de transaction associés à l'acteur de régulation. La concurrence entre régulateurs potentiels, s'il y a plusieurs candidats, se jouerait sur l'importance de ces coûts de transaction. On peut prévoir que les missions de régulation entachées de forts risques d'opportunisme demeurent généralement réservées à l'État en raison des pouvoirs de contrainte nécessaires pour endiguer l'opportunisme.

Les éléments de théorie réunis ici suggèrent une dynamique où les normes peuvent être créées par des acteurs privés lorsque les situations demandant régulation se trouvent, sur l'échelle de la complexité, du côté des problèmes de coordination ou de coopération relativement simples ; pour des problèmes de régulation plus « lourdes », là où se posent de sérieux problèmes d'opportunisme (par exemple le resquillage, les problèmes d'agence et de bastion), avec le danger que l'action individuellement rationnelle aboutisse à la ruine collective, la création des normes risque de devoir tableer sur la force contraignante de l'État. À mesure que l'organisation privée développe sa crédibilité grâce au fonctionnement réussi des normes dans des situations de régulation « légère », elle pourrait s'attaquer avec succès à des situations de régulation plus « lourdes ».

II. Un exemple : les normes régissant les noms de domaine

Pouvons-nous observer cette dynamique à l'œuvre dans la réalité ? Examinons à titre d'exemple la régulation des noms de domaine sur l'internet et des sites web.

À l'origine de l'internet, se trouve une pluralité de réseaux de communication électronique entre ordinateurs. Parmi ces réseaux, celui de l'ARPANET, développée par l'armée américaine et certaines universités américaines qui faisaient de la recherche pour elle, a assumé un rôle de leadership en développant des protocoles permettant la jonction de plusieurs réseaux dans un seul réseau des réseaux. Le succès de ce nouveau moyen de communication rapide a mené à son ouverture à l'ensemble des universités américaines, puis étrangères également. Ce succès a, à son tour, amené la demande d'ouvrir la structure aux acteurs commerciaux également. La structure englobant qui en est résulté a pris le nom d'« internet ».

Le succès de l'internet peut être glané par les statistiques indiquant que, en 1993, 1% des télécommunications bilatérales passaient par l'internet ; en 2000, ce

²⁷ AVIRAM 2004, 11 s. MCMILLAN 2000, 2435 s. reconnaît, plus sommairement, la mission d'informer et celle de coordonner les comportements, ce qui inclut notamment la tâche de couper court au resquillage.

²⁸ MCMILLAN 2000, 2444, faisant référence, entre autres, aux travaux de Bernstein 1992, de CLAY 1997, d'ELICKSON 1991, de Greif 1993 et de LANDA 1981 et 1994.

chiffre était monté à 51% et, en 1997, il était rendu à 97%²⁹. Sur l'internet, on trouve désormais le courrier électronique, les réseaux de diverse nature, la téléphonie VOIP, le téléchargement en *streaming* d'informations de toutes sortes (texte, musique, photos, dessins, films), les transactions commerciales et autres de toute nature.

Pour rendre possibles toutes ces communications et permettre à de nouveaux acteurs d'être reliés à l'internet à l'échelle mondiale, il fallait développer des protocoles modulaires et souples pouvant être suivis partout sur le globe. Chaque usager, chaque usage, doit avoir une adresse unique et non ambiguë sur l'internet et la structure des adresses doit être indéfiniment extensible. Il s'agit là essentiellement d'un problème complexe de coordination, pour emprunter le vocabulaire des jeux évoqués ci-dessus : à moins d'avoir des numéros distincts et compatibles, la communication ne s'établit tout simplement pas.

Les Américains, premiers usages massifs de cette structure communicative, ont confié la tâche de la conception et de la gestion de ces adresses à des organismes privés, dont le dernier en titre, depuis 1998, est l'ICANN³⁰, une entreprise sans but lucratif constituée en vertu du droit de la Californie et sous contrat avec le *Department of Commerce* américain, qui fournit toujours un financement important pour le maintien de l'infrastructure de l'internet. L'ICANN est dirigé par un Conseil de 14 membres représentant les différents groupes qui ont un intérêt au fonctionnement de l'internet ; il choisit un président parmi ses membres.

Le problème de coordination posé par l'affectation des numéros d'identification sur l'internet a été résolu dans ce cadre privé sans trop de problème. On a décentralisé l'attribution des numéros, en la confiant à des organismes d'enregistrement nationaux³¹, sous l'égide de la superstructure américaine. Certains ont craint que la structure de gestion ne présente un caractère trop américain et ont recherché à la remplacer par une formule proprement internationale, sous l'égide des Nations Unies. Ces démarches n'ont jamais abouti et le système continue d'évoluer, en grandissant toujours, sous la gouvernance d'une structure essentiellement privée. Cela conforte la thèse qu'une régulation privée peut parfaitement convenir à des problèmes de simple coordination.

Une nouvelle donne s'est produite lorsqu'on a voulu remplacer, dans l'interface usager, les noms numériques par des noms « mnémoniques » correspondant à des mots ordinaires que l'utilisateur peut comprendre directement, la traduction des derniers en les premiers étant effectuée automatiquement à l'intérieur de l'infrastructure de l'internet. Ces noms devraient s'appliquer non seulement au courriel, mais aussi à ce qui est devenu l'utilisation la plus importante de l'internet, soit les pages web, c'est à dire de petits ensembles d'information incorporant des hyperliens vers d'autres ensembles. Un regroupement de pages web portant sur la même matière ou associé au même organisme peut être connu sous le nom de *portail*. L'ensemble des pages web a pris le nom de *world wide web*³².

Le nom d'une page web est composé de plusieurs éléments permettant de la situer dans l'arborescence complexe que constitue le *world wide web*, par exemple : www.crdp.umontreal.ca. Le *www* indique qu'il s'agit d'une adresse web (plutôt que courriel). Les éléments suivants sont présentés par ordre de généralité croissante :

²⁹ Source : http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_Internet.

³⁰ Internet Corporation For Assigned Names and Numbers.

³¹ Pour le Canada, c'est l'Autorité canadienne pour les enregistrements internet/ *Canadian Internet Registration Authority* (<http://www.cira.ca/home-fr/>).

³² Voir http://fr.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web.

crdp est le domaine à l'intérieur de celui de l'Université de Montréal (umontreal), qui elle-même, en tant que domaine, se situe parmi les pages canadiennes (.ca), qui constituent le domaine au sommet (*top level domain name*). Pour se retrouver parmi les innombrables pages constituées sur l'internet, on a dû développer la technologie des fureteurs (*browsers*), dont un grand nombre est maintenant facilement disponible, le mieux connu étant sans doute celui de Google.

La nouvelle technologie des noms « mnémoniques » permet d'identifier un site web par une dénomination qui rappelle immédiatement à l'utilisateur la vocation du site. Pour les acteurs commerciaux, dont le nombre ne cesse d'augmenter sur l'internet, cela représente un intérêt commercial certain, apparenté à celui d'une marque de commerce. Comme la marque, le nom rappelle la bonne réputation (le goodwill) que s'est bâtie l'entité qu'il représente et constitue ainsi un outil de promotion.

Les organismes d'enregistrement accordent les noms sur simple demande, avec un minimum de formalités et un paiement modeste, pour une période de deux ans, sur la base du premier venu, premier servi. Chaque nom vaut pour l'ensemble de l'internet, et non seulement à l'intérieur des frontières nationales correspondant au domaine du sommet dans lequel il est accordé. La moindre petite différence constitue un nom distinct pour l'infrastructure de l'internet : « roadrunner » n'est pas la même chose que « road-runner » en raison du trait d'union.

Le système des noms significatifs crée un danger d'abus, comme pour les marques. Un acteur autre que le titulaire légitime peut tenter d'utiliser le goodwill associé au nom de ce dernier pour s'attirer la clientèle de celui-ci qui s'y fie : une forme d'opportunisme qui s'appelle le resquillage et qui, dans le domaine du droit des marques et du droit de la concurrence, a reçu une consécration sous la forme de la doctrine juridique des actes parasitaires. Nous sortons des contextes de simple coordination pour entrer dans des interactions qui ont un caractère stratégique et où l'atteinte de la solution coopérative ne peut être tenue pour acquise.

La bonne réputation est un bien rare, en ce sens qu'il y a concurrence d'usages possibles³³ : le titulaire, qui l'a bâti moyennant des de bonnes pratiques et des rapports de longue durée, s'en sert pour mousser ses ventes ; un concurrent pourrait tenter de s'en servir pour s'attirer la clientèle initialement acquise au premier. L'analyse économique du droit enseigne que la rareté émergente appelle normalement l'articulation d'une forme de propriété³⁴. Cela peut être fait avant même que le législateur ne s'en mêle : le contrôle effectif de l'objet, joint à la possibilité de montages contractuels pour permettre l'usage par des tiers, permet de préfigurer un droit de propriété. Tout au plus, les tribunaux peuvent-ils soutenir cette dynamique au moyen de la responsabilité civile en cas de « fuites » évidentes au profit de tiers qui font du resquillage. L'évolution du droit des marques de commerce a suivi ce schéma³⁵.

En créant ainsi une nouvelle forme de propriété, il faut assurer qu'elle est compatible avec les droits existants³⁶. Dans le cas des noms de domaine, cela concerne notamment le droit des marques de commerce, mais aussi le droit d'auteur

³³ MACKAAY 2008, n° 758 p. 206.

³⁴ MACKAAY 2008, n° 93 s., 758 s., p. 26 s., 206 s.

³⁵ VERMETTE 2001.

³⁶ Dans la littérature, on a employé le terme *compossibility* pour décrire cette caractéristique, le définissant comme l'exigence que tous les droits existants doivent pouvoir être exercés simultanément. BARNETT 1991, 160.

et d'autres droits ou intérêts. Voici quelques exemples du genre de différends qui surgissent :

1. L'un des premiers journaux en ligne incorpore dans ses pages des liens directs vers les articles dans un journal concurrent. Il laisse ainsi au lecteur l'impression qu'il s'agit de ses propres articles et prive le concurrent de lecteurs. Le tribunal d'Edimbourg délivre une injonction provisoire interdisant cette pratique³⁷.
2. Sur un site Microsoft de divertissement général, on crée un lien direct vers la page de l'entreprise Ticketmaster où l'on peut commander des billets, privant cette dernière de revenus de publicité qu'elle gagnerait si le client passait par son accueil principal³⁸.
3. Calvin Klein utilise les mots « playboy », « playmate », « playmatelive », « playboyxxx » dans des noms de domaine et dans les *metatags* (termes clé aidant les fureteurs à reconnaître l'intérêt d'une page web) renvoyant à son site commercial. Ces mots sont des marques de commerce appartenant à Playboy. La cour de Californie délivre une injonction intimant à Calvin Klein de cesser cette pratique³⁹.
4. Une station de radio très catho achète le nom « plannedparenthood.com » pour y dénoncer l'avortement et la planification familiale, sachant bien que « planned parenthood » est le nom d'une association pro-choix. L'association obtient une injonction interdisant l'usage de son nom de cette façon, même si elle n'est pas une entreprise commerciale⁴⁰. Une confusion semblable a été arrêtée lorsque qu'un site pornographique a employé le nom « whitehouse.com », amenant à son site d'innocents écoliers qui voulant se renseigner sur la Maison Blanche⁴¹.
5. Un entrepreneur un peu trop habile a pris l'initiative d'enregistrer un grand nombre de noms de domaine, ressemblant à des marques de commerce existantes. Il espérait, le moment venu, vendre ces domaines aux entreprises (ou des personnes, réelles ou fictives, comme Madonna ou Harry Potter !) du même nom pour des sommes appréciables. Le phénomène est connu comme le *cybersquatting* (*cybersquattage*). Une des victimes, Panavision, s'étant vu offrir le nom www.panavision.com pour 13 000\$, a refusé et a porté l'affaire devant les tribunaux. La Cour d'appel fédérale en Californie lui a donné raison au motif de dilution de marque, le site web en question réduisant le pouvoir de la marque à amener les clients chez son titulaire⁴². Cela a conduit aux États-Unis à l'adoption de la *Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)* du 29 novembre 1999, permettant de sanctionner les opérateurs qui obtiennent des noms de domaines de mauvaise foi⁴³.

³⁷ *The Shetland Times c. The Shetland News*, décision du 24 octobre 1996 de la Court of Session, Edinburgh (<http://www.linksandlaw.com/decisions-87.htm>).

³⁸ *Ticketmaster c. Microsoft* s'est réglé à l'amiable en 1997, Microsoft enlevant les liens directs.

³⁹ *Playboy Enterprises c. Calvin Designer Label*, ND Calif, décision du 8 sept 1997. (<http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/linking/meta/METAC1.html>)

⁴⁰ *Planned Parenthood Federation of America v. Catholic Radio*, 97 Civ. 0629 (S.D.N.Y. 26 mars 1997), conf. en appel 152 F. 3d 920 (2d Cir., 9 fév 1998)

⁴¹ Voir <http://en.wikipedia.org/wiki/Whitehouse.com> ; aussi <http://en.wikipedia.org/wiki/Whitehouse.org> .

⁴² *Panavision International v. Toepen*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 1998, 141 F.3d 1316, en appel d'une décision du 19 sept 1996 rendue par la Cour de district central de la Californie.

⁴³ 15 U.S.C. § 1125(d). Voir par exemple http://en.wikipedia.org/wiki/Anticybersquatting_Consumer_Protection_Act .

Les difficultés qui se posent ici ne sont plus de l'ordre des problèmes de simple coordination, mais bien des jeux stratégiques teintés d'opportunisme potentiel. Conformément à la théorie d'Aviram, on observe qu'elles ont dû être résolues initialement par l'autorité publique (tribunaux et législateur). Les balises étant ainsi plus clairement définies et l'internet gagnant très rapidement en valeur pour les internautes, on pouvait ensuite s'attendre à ce que l'opérateur privé qu'est ICANN soit en mesure, à terme, d'assumer la régulation de ces problèmes. C'est qu'elle a fait par sa politique de résolution des différends intéressant les noms de domaine⁴⁴.

La politique prévoit qu'une plainte doit établir que le nom de domaine du défendeur prête à confusion avec une marque appartenant au plaignant, que le défendeur n'y a pas droit et qu'il l'occupe de mauvaise foi. Une procédure d'arbitrage est prévue, les arbitres étant désignés entre autres par l'OMPI. Ce nouvel aménagement semble donner satisfaction, car, depuis le milieu de la décennie précédente, on ne voit plus devant les tribunaux de litiges majeurs au sujet des noms de domaine. Le retour à la régulation privée semble conforter la thèse d'Aviram.

CONCLUSION

Depuis une trentaine d'années, le droit dans les sociétés avancées n'est plus conçu comme un ensemble de règles exclusivement établies par l'autorité publique. Devant la globalisation et l'omniprésence de l'internet dans la société civile, on admet des limites à ce que l'autorité publique peut utilement réguler et en même temps la possibilité que des acteurs privés puissent à l'occasion le faire mieux. C'est le renouveau d'une conception pluraliste du droit.

L'ouverture ainsi créée soulève cependant plusieurs questions. Quelles qualités doit avoir l'acteur privé pour réguler une problématique ? Si plusieurs acteurs privés sont susceptibles de réguler un domaine (une concurrence entre sources régulatrices), lequel le fera effectivement ? Quelles caractéristiques d'un domaine à réguler font que l'autorité publique y a un avantage comparatif par rapport aux autres sources régulatrices ?

Les éléments de théorie développée pour répondre à ces questions indiquent que les régulateurs privés les plus effectifs sont des regroupements ou des réseaux de personnes. Ce qui doit retenir l'attention ici est qu'ils peuvent jouer ce rôle en raison de l'intérêt pour les individus à être membres et donc de la perte possible de cet avantage s'ils ne se conforment pas aux règles établies par le régulateur.

S'il y a concurrence entre régulateurs potentiels, les coûts de transaction associés au fonctionnement de chacun, soit le coût d'établir des normes, celui de s'informer sur le respect des celles-ci, celui de couvrir le comportement de membres déloyaux et enfin le coût de sanctionner les violateurs, devraient déterminer lequel deviendra effectivement le régulateur.

La théorie fait voir également que les tâches de régulation varient en complexité sur une échelle qu'on peut décrire à l'aide de la théorie des jeux. Parmi les plus simples, il y a celles qui ne demandent que la coordination des actions (se conformer à des standards de compatibilité) et dont le non-respect est « auto-pénalisant ». À l'autre bout de l'échelle, il y a les problèmes de coopération, où la coordination des actions est avantageuse pour tous, mais où la déviation individuelle est encore plus « payante », à ceci près que si tous dévient, ce sera la ruine

⁴⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Domain_Name_Dispute_Resolution_Policy ; <http://www.icann.org/fr/help/dndr/udrp> ; <http://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

collective. L'élément stratégique dans ces interactions fait que le respect des normes demande un pouvoir de sanction élevé. À cette extrémité de l'échelle, le recours au pouvoir de contrainte de l'État est presque inévitable.

À ces considérations, la théorie ajoute un élément dynamique. Un régulateur peut commencer par s'occuper d'un problème de pure coordination. Le succès dans cette tâche lui confère une crédibilité (ainsi qu'un nombre accru de membres) qui lui permet d'assumer des tâches de régulation plus complexes, où l'élément d'opportunisme potentiel joue un rôle non négligeable. On comprend ainsi pourquoi les tâches de régulation le moins complexes sont rarement confiées à des organismes créés *ex nihilo* pour l'occasion, mais plutôt à un organisme qui a déjà établi sa réputation sur une tâche de régulation plus simple.

Nous avons sommairement examiné la régulation des noms de domaine sur l'internet. Cette tâche fut initialement confiée à des opérateurs privés. Tant qu'il s'agissait d'attribuer des numéros identificateurs uniques à des internautes, un problème élaboré de simple coordination, cette solution était parfaitement viable. La création des noms « mnémoniques » a cependant ajouté une dimension stratégique en ce que certains acteurs pourraient être tentés de resquiller sur la bonne réputation des autres. L'attribution des noms de domaine assume alors un caractère stratégique, ce qui amène à la création d'une nouvelle sorte de propriété dont il faut assurer la compatibilité avec les droits existants, dont en particulier les marques. Cette tâche a dû être assumée par l'autorité publique. Une fois les balises posées par l'autorité publique, la régulation des noms de domaine est de nouveau entrée dans le giron régulateur de l'acteur privé qu'est l'ICANN, qui, entre temps, avait fortifié sa crédibilité. Cette dynamique paraît conforme avec ce que prévoit la théorie.

BIBLIOGRAPHIE

- AVIRAM A.**, « Regulation by Networks », (2003) 2003 *Brigham Young University Law Review* 1179-1238 ;
- « A Paradox of Spontaneous Formation : The Evolution of Private Legal Systems », (2004) 22 *Yale Law & Policy Review* 1-68 ;
 - Forces Shaping the Evolution of Private Legal Systems, dans : *Law, Economics, and Evolutionary Theory*, Peer Zumbansen et Galf-Peter Calliess (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2011, pp. 183-201 ;
 - *Path Dependence in the Development of Private Legal Systems*, Illinois Public Law Research Paper No. 11-13 ; Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS12-01 2012, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998991.
- BARNETT R. E.**, Rights and remedies in a consent theory of contract, dans : *Liability and Responsibility - Essays in law and morals*, R.G. Frey et Christopher W. Morris (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 135-172.
- BELLEY J.-G.**, Pluralisme juridique, dans : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean Arnaud (dir.), Paris, LGDJ, 1993, (2^e éd.) ;
- *Le droit soluble - Contributions québécoises à l'étude de la normativité*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996 ;
 - Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit, dans : *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Jean Kellerhals, Dominique Manai et Robert Roth (dir.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135-165 ;
 - « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society/ Revue canadienne droit et société* 257-276.
- BENYEKHFLEF K.**, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.
- BERNSTEIN L.**, « Opting Out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry », (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115-157 ;
- « The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy : A Preliminary Study », (1999) 66 *University of Chicago Law Review* 710-780.
- BROUSSEAU É. et RAYNAUD E.**, « "Climbing the Hierarchical Ladders of Rules" : A life-cycle theory of institutional evolution », (2011) *Journal of Economic Behavior and Organization* <http://www.isnie.org/assets/files/papers2007/brousseau.pdf>.
- CLAY K.**, « Trade Without Law : Private-Order Institutions in Mexican California », (1997) 13 *Journal of Law, Economics, and Organization* 202-231.
- COOTER R. D.**, « Against Legal Centrism », (1993) 81 *California Law Review* 417-429.

- ELLICKSON R. C.**, *Order without Law - How Neighbors Settle Disputes*, Boston, Harvard University Press, 1991.
- ELSTER J.**, *Explaining Social Behavior : More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- GREIF A.**, « Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade : The Maghribi Traders' Coalition », (1993) 83 *American Economic Review* 525-548.
- GRIFFITHS J.**, « What is Legal Pluralism », (1986) *Journal of Legal Pluralism* 1-55.
- GUADAGNI M.**, « Legal Pluralism », dans : *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2*, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, p. 542-545.
- KLEIN B.**, « Self-Enforcing Contracts », (1985) 141 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 594-600.
- LANDA J. T.**, « A Theory of the Ethnically Homogeneous Middleman Group : An Institutional Alternative to Contract Law », (1981) 10 *Journal of Legal Studies* 349-362.
- *Trust, Ethnicity, and Identity : Beyond the New Institutional Economics of Ethnic Trading Networks, Contract Law, and Gift-Exchange*, Ann Arbor, Mich., University of Michigan Press, 1994.
- MACAULAY S.**, « Relational Contracts Floating on a Sea of Custom ? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein », (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 775-804.
- MACDONALD R. A.**, *Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives*, dans : *Le droit soluble - Contributions québécoises à l'étude de la normativité*, Jean-Guy Belley (dir.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 233-272
- « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002) 33 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 133-152.
- MACKAAY E.**, « Le droit saisi par le jeu », (1991) *Droit et Société* 57-81.
- « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle », (2011-4) *Revue de la Recherche juridique* 1605-1625.
- MACKAAY E. et ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2^e éd.).
- MAZÉ A. et MÉNARD C.**, « Private ordering, collective action, and the self-enforcing range of contracts », (2010) 29 *European Journal of Law and Economics* 131-153.
- MCMILLAN J. et WOODRUFF C.**, « Private Order under Dysfunctional Public Order », (2000) 98 *Michigan Law Review* 2421-2458.
- MOCKLE D.**, *La gouvernance, le droit et l'État - la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- OGUS A. I. et CARBONARA E.**, « Self-Regulation », dans : *Production of Legal Rules*, Francesco Parisi (dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 228-252.
- ROCHER, G.**, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », dans : *Le droit soluble - Contributions québécoises à l'étude de la normativité*, Jean-Guy Belley (dir.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 25-42.

- « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans : *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Guy Rocher (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 123-150.
- ROMANO S.**, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto. Parte prima*, Pisa, Tipografia editrice cav. Mariotti, 1917 ; traduction française : Romano, Santi, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 2^e éd. 2002.
- ROUSSEAU J. J.**, *Discours sur les sciences et les arts - Discours sur l'origine des inégalités*, Paris, Flammarion (1755), 1971.
- SCOTT R. E.**, « The Case for Formalism in Relational Contract », (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 847-876.
- SKYRMS B.**, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- STRINGHAM E. P. et ZYWICKI T. J.**, Hayekian Anarchism, rapport, George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-06, 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1744364 .
- TELSER L. G.**, « A Theory of Self-Enforcing Agreements », (1980) 53 *Journal of Business* 27-44.
- VERMETTE N. J.**, « Origines du droit canadien des marques de commerce », (2001) 14 *Cahiers de propriété intellectuelle* 433-494.