

Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur / utilisateur

Vincent Gautrais* et Pierre-Emmanuel Moyse**

Introduction 1

Partie 1 - Analyse du rapport contractuel auteur / utilisateur 5

Chapitre 1 - De l'efficacité du droit des obligations quant à la distribution classique des oeuvres :
l'obstacle du transfert de la propriété matérielle 5

1 - L'opposabilité aux tiers des clauses contractuelles 7

2 - La stipulation pour autrui 9

3 - La validité des " clauses étiquettes " 10

4 - Les licences dites " shrink wrap " : l'illustration américaine 14

Chapitre 2 - Des changements imposés par la dématérialisation du support 20

1 - La métaphore de la dialyse : application à la dématérialisation des concepts de droits d'auteur
20

2 - La " dépolymérisation " des concepts 23

Partie 2 - Prise en compte des intérêts de l'utilisateur 27

Chapitre préliminaire - Le contrat : analyse moderne d'une vieille institution 29

Chapitre 1 - Un panorama des textes pertinents applicables au contrat de licence entre auteur et
utilisateur 33

1 - Exposé des textes applicables en droit civil 33

A - Les dispositions spéciales relatives aux contrats à distance 34

B - L'application des dispositions générales du droit des contrats aux licences 36

2 - Exposé des textes applicables en *common law* 37

Chapitre 2 - La question du droit applicable 39

1 - Le statut dérogatoire de l'utilisateur quant au droit applicable : exception au principe de
l'autonomie de la volonté 39

2 - Les conditions d'accomplissement du statut dérogatoire 43

Chapitre 3 - Le droit " consommériste " et ses difficultés d'application : l'approche internationale 48

1 - Les initiatives visant à la protection des consommateurs dans un contexte cybernétique 49

2 - Les réalisations pratiques qui devraient être privilégiées 51

A - L'implication des institutions financières 51

B - L'implication des commerçants 52

C - L'implication des consommateurs 53

3 - L'avènement de normes informelles? La *lex consummatica* existe-t-elle? 54

Conclusion 55

Introduction

La plupart des mécanismes des règles de propriété intellectuelle intègrent une composante très originale : celle de concilier la propriété intellectuelle avec la propriété matérielle. Cela est particulièrement vrai en matière de droit d'auteur même si la distinction entre la propriété intellectuelle et la propriété corporelle n'apparaît pas très distinctement dans le corps même des lois nationales. Tout au plus pouvons nous relever l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle français qui clairement énonce que : " La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ".

Mais à y regarder de plus près, les lois régissant la propriété intellectuelle sont le fruit étrange et incestueux entre les normes régissant la propriété réelle, mère de tous les droits subjectifs, et celles plus récentes concernant un autre objet juridique : le produit intellectuel. Ainsi dans un même corps de règles apparaissent des mécanismes de saisie - qui concernent l'objet matériel - et des concepts très spécifiques comme celui d'originalité - qui concernent l'objet immatériel. Parce que la distribution des exemplaires est le moyen traditionnel de la communication des oeuvres au public, la coexistence des deux types de propriété immatérielle et matérielle emporte des effets surprenants. L'un d'eux se présente lorsque l'utilisateur devient propriétaire de l'exemplaire, d'un livre, d'un disque, etc... L'auteur ne peut alors plus contrôler la distribution subséquente de son oeuvre qui y est incorporée. Classiquement en effet, tout propriétaire a le pouvoir d'user, d'abuser et de retirer les fruits de sa propriété. Mais bien plus, lorsque l'utilisateur achète l'exemplaire, il ne contracte pas directement avec l'auteur ou son ayant droit; il participe seulement à un contrat de vente qui l'unit au détaillant. C'est toute la question de l'efficacité du droit des obligations qui est alors posée et qui fait l'objet de la présente étude.

La distribution des oeuvres met en évidence une chaîne de contrats portant tantôt sur la propriété immatérielle comme les contrats d'édition qui emportent cession du droit de reproduction, tantôt sur la propriété matérielle comme c'est le cas dans la vente d'exemplaires. Le tout forme alors un ensemble de règles légales et conventionnelles assez complexes destiné à garantir à l'auteur le respect de ses droits. C'est effectivement en analysant l'impact des modes de distribution de l'information protégée, c'est-à-dire des oeuvres au sens de la loi sur le droit d'auteur, que l'on peut décomposer les différentes interactions des deux types de propriété.

À l'origine, l'oeuvre était prisonnière de son support. Si l'on prend l'exemple de l'édition et de l'industrie du livre, on peut même dire qu'avant que l'imprimerie soit découverte, le travail de confection d'un livre était tel, qu'il rendait futile la valeur réelle du contenu, c'est-à-dire de l'oeuvre elle-même. Chaque pièce était originale, il n'y avait donc pas lieu de distinguer le contenant (la matière) et son contenu (l'oeuvre). L'acquéreur du manuscrit se voyait transférer un bien unique et jouissait sur cette chose des mêmes prérogatives qu'un propriétaire d'un bien réel. Concrètement, l'imprimeur, l'éditeur, en achetant le manuscrit de l'auteur pouvait disposer entièrement non

seulement du livre mais de l'oeuvre elle-même. Le transfert de la matière emportait celui de " l'immatière ".

Le schisme avec les conceptions civilistes romaines de la propriété est intervenu avec la découverte de l'imprimerie. Le papier, dans le cas du livre, était rendu accessoire dans le sens qu'il devenait simplement un support à l'oeuvre. Il n'empêche que, malgré cela, les règles sur les biens mobiliers du Code napoléonien par exemple étaient appliquées sans respect pour la situation particulière qu'elles devaient régir. Il faudra un long cheminement intellectuel pour que l'on arrive, fin XIXième, à parler d'un type de propriété à part entière, d'une propriété toute immatérielle, avec ses règles spécifiques et indépendantes de celles de la propriété réelle.

Même aujourd'hui où le droit d'auteur est un domaine à part entière, les lois qui s'y rapportent gardent encore l'empreinte de la matière puisque la distribution des oeuvres se fait encore classiquement par la distribution d'exemplaires, de supports. Mais la technologie avance à grand pas et laisse derrière elle de nombreux vestiges conceptuels tels que la notion de fixation ou même dans un avenir proche la notion même de reproduction qui fleure bon l'encre d'imprimerie. Nous voilà parvenu à l'ère de l'information, de la dématérialisation des supports et de la numérisation systématique. Dans les environnements électroniques, l'objet juridique est ici un bien intangible alors que les lois régissant la propriété intellectuelle qui sont appelées à s'appliquer, sont encore imprégnées du support matériel. Les mutations technologiques qui accompagnent l'évolution de nos sociétés effraient les penseurs les plus téméraires et l'on oublie pour un temps les enseignements de l'histoire pour comprendre et adapter sa pensée aux nouvelles données. Dès l'avènement de l'autoroute de l'information, on a brandi les conséquences catastrophiques du manque de réglementation due en partie à l'inadaptation des lois au cyberspace plutôt que de s'attacher aux sources des principes.

Ces principes de la propriété littéraire et artistique sont à la base très simples - le plus fondamental est l'attribution d'un droit subjectif patrimonial sur une création originale - mais ils ont dû s'accommoder aux modes de distribution des oeuvres. Il a fallu considérer les droits des auxiliaires de la création, c'est-à-dire des producteurs, puis des radiodiffuseurs et des câblodistributeurs. Il fallait aussi déterminer ce qu'étaient les domaines d'exploitation et les droits subséquents dévolus à la distribution par exemplaires par rapport à la diffusion par satellites. Chaque mode d'exploitation amène donc un élément de complexité supplémentaire à l'application et à la cohérence des règles de propriété intellectuelle. Quoi qu'il en soit et pour répondre en partie aux inquiétudes qui peuvent ressortir de cette brève analyse, nous poserons un postulat : l'avènement des nouvelles technologies tend à systématiser et à uniformiser le droit de telle manière que l'on retrouve l'efficacité des principes généraux du droit.

La communication d'une oeuvre via les réseaux électroniques se fait directement du titulaire des droits d'auteur à l'utilisateur en utilisant un médium standardisé et uniforme : le langage binaire. Tout se passe comme si l'utilisateur de l'oeuvre se trouvait dans le studio de l'artiste. Les intermédiaires, jusqu'à alors nécessaires (le libraire, les détaillants, le câblodistributeur...), ne le sont plus. Le cyberspace autorisant cette relation directe, nous le verrons, occasionne un réexamen des perceptions.

Les règles sur les stipulations contractuelles que l'auteur ne manquera pas d'élaborer, et d'une manière générale, les droits et obligations de celui-ci dans le cyberspace, ne pourront alors s'analyser qu'en appréciant la place de l'utilisateur. Derrière ces quelques remarques préliminaires se profilent les futurs développements du droit consommériste : d'un " consommateur-acheteur ", on découvre un " utilisateur-licencié " qui logiquement va prétendre avoir droit à un certain degré de protection. Ceci se fera donc, en concurrence directe avec les prérogatives de l'auteur. Ce passage de trois à deux, l'intermédiaire n'étant plus nécessaire pour la distribution du produit, va voir opposer deux groupes d'intérêts à protéger. En matière de droits d'auteur, la logique était de mettre

l'accent sur l'auteur, la fonction première des lois étant de le protéger. La situation factuelle présente, qui permet de le placer en relation directe avec l'utilisateur, vient quelque peu changer le rapport de protection. L'utilisateur a aussi ses droits à faire valoir. L'arbitrage du droit est donc inévitable. Après avoir décrit la nature de ce rapport bilatéral entre l'auteur et l'utilisateur (**Partie 1**), nous voudrions faire un panorama du droit de la consommation applicable à l'utilisateur dans cette relation directe rendue possible par la technologie des nouveaux réseaux de communication (**Partie 2**).

Partie 1 - Analyse du rapport contractuel auteur / utilisateur

Lorsqu'il y a transfert par la vente ou par d'autres techniques juridiques du contenant, le droit du titulaire du droit de propriété intellectuelle se heurte à l'hégémonie du droit de la propriété matérielle. Alors que selon les modes traditionnels de communication, le moyen élémentaire d'apporter des restrictions à l'utilisation d'une chose est l'élaboration de règles conventionnelles, ce même moyen échoue totalement à contrôler l'utilisation de l'oeuvre par les tiers acquéreurs du support (**Chapitre 1**). Cette situation ne semble pas se retrouver dans le cas d'une circulation des oeuvres dans ledit espace cybernétique, étant donné les changements imposés par la dématérialisation du support (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - De l'efficacité du droit des obligations quant à la distribution classique des oeuvres : l'obstacle du transfert de la propriété matérielle

Tant que l'exploitation des exemplaires sur lesquels sont reproduites les oeuvres de l'esprit se limite presque exclusivement à la vente de ceux-ci à un tiers acquéreur, il suffit à l'auteur de préciser avec son cocontractant - l'éditeur - les utilisations auxquelles sont destinées son oeuvre. L'auteur peut en effet organiser l'exploitation de son oeuvre par voie contractuelle. Il peut choisir également de céder tout ou partie de ses droits patrimoniaux et prévoir les modalités d'exploitation et d'utilisation qu'il désire (il peut prévoir des limites géographiques, des limites quant à la durée de la cession, les modalités d'exploitation, ...). Il circonscrit ainsi le domaine d'activité de l'éditeur. Nous nous intéresserons plus précisément aux possibilités pour l'auteur de contrôler l'utilisation de son oeuvre une fois l'exemplaire acquis par un tiers. Par " tiers ", il faut entendre la personne qui n'est pas partie au contrat entre l'auteur et son cocontractant. Il s'agit le plus souvent d'un usager ou encore d'un détaillant.

Un problème plus épineux est apparu dès lors que la technique a permis de satisfaire un grand nombre de personnes avec un petit nombre d'exemplaires. Face au développement galopant de la science qui offre des technologies de reproduction de plus en plus perfectionnées, les auteurs ainsi que leurs ayants droit frémissent et voient, notamment dans l'apparition de la copie privée, mais pas seulement, un risque de manque à gagner important.

Très vite, une fois l'industrie du livre bien en place, on va s'apercevoir que le mode d'exploitation d'une oeuvre ne se limite pas à la vente d'un exemplaire et de nouveaux modes de distribution apparaissent, tels que le prêt, la location.... Dans ce contexte, ce qui devint dangereux pour les auteurs n'était pas tant la fabrication d'un ou de quelques exemplaires, mais bien plutôt l'usage ultérieur que les particuliers pouvaient en faire en économie des droits d'auteur. Cette situation ne tarda pas à devenir dramatique dès les années 1970-80, puisqu'elle allait concerner d'autres secteurs que celui de l'édition du livre, et notamment celui de l'édition musicale. Depuis, nous pouvons citer multiples découvertes qui facilitent la multiplication des exemplaires (reprographie, les réseaux électroniques...).

Toutes les formes modernes d'exploitation ont ceci en commun qu'elles augmentent le nombre de personnes qui peuvent avoir accès à l'oeuvre et en jouir. La conséquence de ce qui précède est que

chaque utilisation subséquente diminue d'autant le nombre des ventes. Dans ce schéma, l'éditeur comme l'auteur souffrent d'un manque à gagner certain : à côté d'un marché régulier et bien établi se développe un marché parallèle que l'on nomme parfois " marché gris ". Il s'agit d'un marché qui se développe hors du champ d'application de la loi, et donc hors des droits prévus au profit des auteurs ou de leurs ayants droit, mais que l'on ne peut pas qualifier *per se* d'illicite. L'obstacle principal au rétablissement de l'exclusivité du droit que confère la loi à l'auteur est, ni plus ni moins, le droit de propriété corporelle du propriétaire sur l'exemplaire. On a donc cherché à savoir si l'auteur pouvait contractuellement limiter les utilisations subséquentes que pouvait faire l'utilisateur.

Les exemplaires de l'oeuvre, une fois sur le marché, doivent logiquement servir à l'usage auquel l'auteur et son cocontractant - l'éditeur - les destinent. Le disque est écouté, le livre lu, etc. Les choses ne sont malheureusement plus aussi simples. La distribution devient polymorphe et fait appelle désormais à de multiples techniques qui utilisent les exemplaires. Les utilisateurs eux-mêmes ont à leur disposition quantité de sources possibles de contenu culturel qu'ils peuvent reproduire, utiliser de multiples façons (cassettes, CD-ROM, disquette, photocopies, ...). Afin de contrôler ces usages et d'en retirer les redevances qui sont, nous le rappelons, la raison majeure de la constitution des monopoles de droit d'auteur, on a d'abord pensé au droit contractuel. Le droit des obligations permet parfois, en effet, d'étendre aux tiers le contenu des contrats passés entre les parties. Ces hypothèses ont été principalement développées par la doctrine française et belge. On a alors cherché dans le droit commun des obligations le moyen de rendre opposables aux tiers les clauses comprises dans les contrats passés entre auteurs et éditeurs (1). Notamment, le mécanisme de la stipulation pour autrui, parce qu'il concerne une opération impliquant trois personnes dont l'une n'est pas partie au contrat, semblait tout à fait approprié (2). Pour étendre l'effet des contrats aux tiers, on a même pensé apposer, sur les exemplaires, des clauses dites " clauses étiquettes " (3). Enfin, la controverse sur la validité de ces clauses a pris récemment, aux États-Unis cette fois, une importance accrue (4).

1 - L'opposabilité aux tiers des clauses contractuelles

À défaut d'intervention du législateur, la doctrine tente de pallier les silences de la loi concernant le régime juridique applicable aux nouveaux modes d'utilisation. Ces utilisations sont consécutives aux développements techniques et concernent la communication des oeuvres au public - dans le sens large de l'expression. La question a été placée sur le terrain contractuel. L'effet des clauses conclues entre l'auteur et son cocontractant peut-il s'étendre aux tiers?

D'un commun accord, l'auteur et l'éditeur s'entendent pour favoriser l'exploitation de l'oeuvre. Leurs intérêts sont convergents. Ils ont choisi le mode de publication (lecture publique par exemple, édition spéciale,....) et organisé le marché en conséquence. De l'avis du professeur Strömholm :

Il ne fait pas de doute que l'auteur et son cocontractant puissent insérer dans leur contrat n'importe quelle clause restrictive et que le respect de ces clauses soit une obligation contractuelle pour le cessionnaire. Mais (...) de telles clauses sont-elles opposables aux tiers?

La question concerne le droit civil contractuel. Le Code civil français (ci-après C.c.f.) prévoit dans son article 1165 une règle fondamentale : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. C'est ici le principe fondamental de " l'effet relatif des contrats ". Cette règle de base s'appuie sur le principe de l'autonomie de la volonté : chacun ne peut s'engager que par l'expression de sa propre volonté. Il est alors difficile de soutenir qu'une clause contractuelle crée des obligations envers une personne qui n'est pas partie audit contrat!

Desbois, notamment, soutient dans la première édition de son traité que :

L'autonomie de la volonté ne peut aller à l'encontre des données fondamentales, qui dans la législation française, ..., président à la qualification des droits d'auteur; le droit de reproduction frappe *le fait, et le seul fait de l'édition non privative*; il demeure étranger à l'usage des objets matériels issus de la reproduction.

Desbois, dans cette édition, est d'avis que le droit de reproduction, lorsqu'il a été exercé, a épuisé ses effets, " il ne permet pas de subordonner tel ou tel usage à des conditions particulières ". Il précise tout de même que cet obstacle aux prérogatives accordées par la loi à l'auteur peut être dépassé par des solutions d'origine contractuelle. La position de l'éminent juriste - sur laquelle il reviendra plus tard - peut s'expliquer par l'inadaptation de la législation française au tournant du siècle. Les deux lois révolutionnaires sont, à cette époque, encore en vigueur, et ne permettent pas de régir adéquatement les évolutions de la technique et notamment l'avènement de la diffusion sans fil. C'est en effet à propos de l'utilisation radiophonique des disques du commerce que le débat sur le contrôle de l'auteur sur la destination de ses oeuvres apparaît. En France comme en Belgique, on s'intéresse alors au problème de la " surtaxe ". Il s'agit de savoir si l'auteur peut obtenir une rémunération autre que celle qu'il obtient pour l'exécution publique de l'oeuvre au titre du droit de représentation lorsque l'exemplaire sert aux radiodiffuseurs. À l'instar de la jurisprudence française, la Cour de Bruxelles accorda à l'auteur un tel droit. Elle décida, dans un arrêt du 9 mai 1953, que l'auteur, en vertu de son droit de reproduction, a la faculté de spécifier l'usage auquel l'édition est destinée, si bien qu'une autorisation de sa part - à côté de celle également nécessaire au titre de l'exécution publique - est nécessaire pour radiodiffuser des phonogrammes. Desbois critiqua cette position. Selon lui, c'est sur une base contractuelle seulement que la décision aurait pu être rendue. Pour justifier cette position, Desbois part du principe de l'opposabilité aux tiers des clauses qui apparaissent sur les exemplaires et qui les informent des utilisations que l'auteur a entendu réserver. Il s'agit de l'efficacité des clauses dites " étiquettes ". Avant d'examiner la validité de ces clauses, nous présenterons le mécanisme de la stipulation pour autrui, mécanisme de droit civil qui a été parfois avancé en doctrine pour justifier l'opposabilité du contrat d'édition aux tiers.

2 - La stipulation pour autrui

Brièvement, le mécanisme de la stipulation pour autrui est le suivant : l'auteur et l'éditeur conviennent d'imposer au détaillant la clause que ce dernier devra lui-même imposer à l'acheteur lors du contrat de vente. Cette clause détermine les limites d'utilisation de l'exemplaire.

On définit ainsi la stipulation pour autrui : la stipulation pour autrui est une opération à trois personnes en vertu de laquelle une partie, appelée stipulant (le détaillant), convient avec une deuxième, appelée promettant (le tiers acquéreur de l'exemplaire), que cette dernière effectuera une prestation au profit d'une troisième, que l'on appelle le tiers bénéficiaire (l'auteur et l'éditeur). Dans ce schéma triangulaire, on cherche à imposer à l'acheteur une obligation de ne pas faire. Il faut déjà signaler que l'article 1121 C.c.f. présente la stipulation comme une opération exceptionnelle dérogeant au principe selon lequel on ne peut stipuler que pour soi-même. La jurisprudence a certes étendu les cas dans lesquels la stipulation pouvait jouer, mais elle reste encore d'application très marginale.

Ce type de relation contractuelle, qui unit l'acheteur au détaillant, s'apparente plus à un contrat d'adhésion qu'à un acte contractuel aussi strictement défini que la stipulation pour autrui. En effet, ici, la stipulation pour autrui se juxtaposerait à un autre contrat: le contrat de vente. Or, le contrat de vente tel qu'il est conclu dans le commerce de tous les jours est rarement un contrat négocié. Cela veut dire que la seule conclusion du contrat de vente emporterait des effets nettement plus

étendus que le simple transfert de l'exemplaire. Le tiers acheteur, en devenant propriétaire de l'exemplaire, devient également tributaire d'une obligation de ne pas faire.

Pour Desbois cette construction juridique ne pose pas de problème particulier. Il écrit notamment que :

(...) le mécanisme de la stipulation pour autrui permet de faire retentir à l'encontre des acquéreurs successifs du disque ou du volume les interdictions stipulées par l'auteur dans le contrat conclu par lui avec le fabricant ou l'éditeur: chacun s'engagerait en traitant avec le vendeur, son propre cocontractant, comme promettant, dans une stipulation pour autrui en faveur de l'auteur, à ne pas faire un usage interdit du disque...

Cela sous-entend au moins que cet acheteur ait eu l'information nécessaire à la validation de son consentement. Cette obstacle est contourné par l'apposition d'une clause étiquette accompagnant le support de l'oeuvre. Ainsi, il a été soutenu par certains commentateurs, dont Desbois, que les effets de cette clause se répercutent sur les acquéreurs successifs de l'exemplaire.

3 - La validité des " clauses étiquettes "

Desbois, avant la réforme législative française de 1957, pensait que la clause étiquette était " opposable, en dépit de l'effet relatif des contrats ", aux tiers. Deux arguments contraires viennent tout de suite à l'esprit. D'abord, le contrat de vente qui transfère la propriété à l'acquéreur final n'est pas, en lui-même, assorti de conditions particulières. L'acheteur s'attend à utiliser le bien comme bon lui semble, souvent conformément à l'usage vanté dans les publicités.

La vente est conclue entre deux parties qui ne sont liés d'aucune manière par les stipulations comprises dans la convention entre l'éditeur et l'auteur. Tout au plus, le distributeur (le détaillant) se verra imposer certains modes de mise en vente par l'éditeur - prix spéciaux, présentation,...-. Mais, même dans ce cas, l'acheteur ne peut se voir imposer des obligations auxquelles il n'a pas consenti. D'autre part, une fois l'exemplaire acquis, l'acheteur dispose en toute logique des prérogatives prévues par la loi concernant le régime de la propriété mobilière. L'acheteur jouit, en d'autres mots, de la pleine et entière propriété du bien.

Les obligations comprises dans le contrat entre l'auteur et l'éditeur ne peuvent s'étendre au delà du cadre contractuel initial. Certes, la jurisprudence récente, tant française que québécoise, est venue tempérer l'effet relatif des contrats dans des situations qui rassemblent un certain nombre de contrats en vue d'un même but. Il s'agit notamment des chaînes de contrats. Dans de tels ensembles contractuels, on a ainsi permis au tiers sous-acquéreur d'un produit vicié (le consommateur le plus souvent), de poursuivre sur le terrain de la responsabilité conventionnelle non pas le détaillant, le concessionnaire, ou le sous-traitant, mais directement le fabricant ou le constructeur. Comme dans le cas des vices cachés, une obligation de garantie peut effectivement suivre le bien. L'essence même de ce mécanisme est d'accorder une réparation à la personne qui ne peut user du bien conformément à son usage courant. Le lien entre l'obligation et la chose explique pourquoi la garantie suit la chose vendue comme un accessoire au transfert de propriété. " La garantie due par le vendeur pour les vices cachés est inhérente à l'objet même de la vente et appartient à l'acheteur comme détenteur de la chose en vertu d'un droit qui lui est propre et qu'il tient du contrat ".

On comprendra dès lors que, à propos du support d'une oeuvre, l'acheteur d'un disque inutilisable - illisible, défectueux, ...- pourrait en théorie invoquer un tel mécanisme et se retourner contre la personne qui presse les disques. En pratique, les détaillants échangent le disque défectueux. En ce qui concerne l'oeuvre, on voit mal quelle obligation de conformité pourrait suivre le bien

incorporel : garantie de qualité de l'oeuvre, de plaire au public? D'autant que l'obligation qui nous intéresse est celle de ne pas utiliser l'oeuvre autrement que conformément aux intentions de l'auteur. Sa nature est différente de celle d'une obligation portant sur une chose matérielle : elle est à la charge du destinataire final de l'oeuvre, l'utilisateur. La jurisprudence sur la sous-traitance, ou sur les vices cachés, procède d'un rapport d'obligation inverse : on cherche la responsabilité du fabricant, non du destinataire du bien.

A priori, la valeur d'une clause apposée sur le boîtier d'un phonogramme, par exemple, est toute relative, voire équivalente à celle d'une clause de style. Quelle est en effet la force de telles clauses que l'on voit souvent apparaître sur les exemplaires si la loi sur le droit d'auteur ne lui donne pas d'existence? Il peut s'agir d'une clause très générale comme : " Tous droits du producteur du phonogramme réservés ". La clause étiquette peut également contenir une liste d'interdictions. Pour que ces clauses soient efficaces, il faudrait que le tiers acquéreur les accepte explicitement. Or, il ne semble pas que le seul geste d'achat puisse constituer une acceptation valide. L'acceptation porte en tout état de cause sur le transfert du bien matériel et n'a pas pour objet la propriété intellectuelle.

Le professeur Pollaud-Dulian dans sa thèse admet que la validité d'une telle clause suppose un mode de formation du contrat assez ésotérique : " En achetant, le tiers souscrit à un contrat d'adhésion qui inclut l'engagement vis-à-vis de l'auteur ". Dans ce schéma, le détaillant est invisible dans la chaîne contractuelle, ce qui, somme toute, paraît difficile à soutenir. On voit mal également quel serait l'intérêt du détaillant de négocier avec l'acheteur une clause qui vient limiter les prérogatives du propriétaire du support de l'oeuvre. De plus, à supposer que ces clauses aient des effets, elles ne peuvent pas recouper tous les modes d'utilisation, connus ou à connaître. L'effet des contrats est non seulement relatif, mais également non général. Cette dernière qualité appartient à la loi. Faute d'intervention du législateur ou d'interprétation généreuse, ces clauses n'ont, tout au plus, qu'une valeur d'information. D'une opinion divergente, Desbois note que même pour les acquéreurs successifs des disques, " la clause étiquette " permet de réserver les droits de l'auteur. Il leur suffit de lire cette clause au moment où ils achètent les disques pour être engagés à s'abstenir de certaines utilisations - en l'occurrence la radiodiffusion.

La Cour d'appel de Paris a jugé dans une décision de 1979 que ces clauses étiquettes ne peuvent pas conférer plus de droits que la loi elle-même. Dans cette affaire la clause litigieuse mentionnait : "tous droits du producteur phonographique et du propriétaire de l'oeuvre enregistrée réservés. Sauf autorisation, la duplication, le prêt, l'utilisation de ce disque pour exécution publique ou radiodiffusion sont interdits". La Cour d'appel décida que :

[...] cette clause ne peut avoir pour objet que de rappeler d'une part les droits des auteurs, d'autre part les droits des producteurs (...) qu'elle ne peut avoir pour effet de créer ou de réserver des droits supplémentaires au profit du producteur...

La cour ajoute :

que l'acquéreur de biens mobiliers et a fortiori celui d'objets de série acquiert sur ces objets tous les droits du propriétaire; que rien ne peut autoriser un producteur de disques, pas plus que tout autre vendeur, à limiter unilatéralement ces droits (...).

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation relève qu'il appartient au pouvoir d'interprétation des juges du fond de reconnaître si cette " clause étiquette " est valide, validité qui, en l'espèce, ne fut pas retenue. Ainsi, le droit contractuel était-il insuffisant pour contrôler le sort de la propriété incorporelle face à l'empire de la propriété corporelle.

D'autres techniques issues du droit commun ont été suggérées afin d'arriver aux mêmes fins. Elle eurent encore moins de succès que celles fondées sur le droit des contrats. Nous nous contenterons de les mentionner. Il s'agit du recours à l'article 1382 du Code civil français qui pose le principe de la responsabilité délictuelle, de l'enrichissement sans cause, ainsi que de l'abus du droit de propriété de l'acquéreur sur l'exemplaire. Aucune de ces solutions n'a été retenue ni par la jurisprudence ni par la loi. " Le droit de propriété ", résume le professeur Pollaud-Dulian, " oppose un obstacle particulièrement solide à un contrôle des utilisations secondaires par l'auteur selon le droit commun ". Il conclut ensuite: " pour pouvoir lui accorder une telle prérogative, il paraît nécessaire de fonder le contrôle sur un droit absolu: un droit intellectuel ".

4 - Les licences dites " shrink wrap " : l'illustration américaine

La loi américaine contient une disposition qui limite le droit de distribution de l'ayant droit à la première vente. Il s'agit là du principe de l'épuisement du droit. Ainsi l'article 109(a) énonce que : " (...) le propriétaire d'un exemplaire ou d'un phonogramme réalisé licitement en vertu du présent titre, ou toute personne autorisée par ledit propriétaire, a le droit de vendre cet exemplaire ou ce phonogramme ou d'en disposer de toute autre manière sans le consentement du titulaire du droit d'auteur ". Cette règle de droit contient déjà dans ces paragraphes suivant des restrictions propres à ses présuppositions. Ainsi, la jurisprudence la plus récente - confirmée par l'arrêt *Parfums Givenchy* - limite l'épuisement du droit de distribution au territoire national. On rappellera également que seul le droit de distribution peut être épuisé, et seulement par le transfert de propriété de l'exemplaire. Des lois récentes sont venues limiter les effets de ce mécanisme d'épuisement en introduisant notamment des droits de location et de prêt. Mais d'autres limites externes à la règle de droit sont venues encore limiter la portée de la doctrine de la première vente. Par analogie aux débats sur la validité des " clauses étiquettes ", les titulaires de *copyright* ont tenté de prolonger par voie contractuelle leur droit de distribution. C'est surtout à l'occasion des licences dites " shrink wrap " que la question a été soulevée devant les tribunaux.

Dès les années 1970, le marché des logiciels connaît un essor remarquable. Il devient très vite courant de mettre sur le marché un ensemble de logiciels de toutes sortes afin de fournir à l'utilisateur, " monsieur tout le monde ", un équipement informatique de base, souvent standard et fonctionnel. Cet équipement comprend le plus souvent un ou plusieurs logiciels en vue d'une même application, ainsi que les modes d'emploi s'y rapportant. Ces " packages " sont usuellement désignés sous le nom de progiciel. Si l'on considère que la transaction entre l'acheteur et le détaillant est une vente, le mécanisme de la règle 109(a) rend libre l'utilisateur de toute redistribution subséquente, ou au moins, et plus généralement, d'une utilisation libre semblable à celle d'autres supports. Il ne fait aucun doute que le transfert des supports de logiciels - CD-ROM, disquettes, ... - ainsi que des documents s'y rapportant constitue une vente, et ce, au même titre que l'achat d'un enregistrement sonore. Or, étant sous une forme numérique, une seule copie d'un programme peut être redistribuée, puis ensuite reproduite impunément par tout particulier qui a le programme entre les mains. Une seule copie peut donc satisfaire plusieurs utilisateurs. L'acte de reproduction étant consécutif à celui de distribution, on a voulu limiter la distribution pour contrôler la reproduction. Les industries de la distribution ainsi que de la production informatique se trouvèrent donc très vite menacées.

Le premier moyen que l'on a trouvé pour limiter le risque que comportent les utilisations non autorisées fut de présenter la transaction en question non comme une vente mais comme une simple licence. Les sociétés de création de progiciels eurent alors le réflexe d'apposer sur l'emballage, souvent à l'endroit de l'ouverture du paquet, des clauses contractuelles apportant toutes sortes de limitations à l'utilisation du contenu. Dans l'affaire *Vault Corp. c. Quaid Software*, la clause jointe à l'emballage stipulait que :

[Vendor] is providing the enclosed materials to you on the express condition that you assent to this software licence. By using any of the enclosed diskette(s), you agree to the following provisions. If you do not agree with these license provisions, return these materials to your dealer, in original packaging within three days from receipt, for a refund.

Pour ceux qui soutiennent la validité de telles clauses, le contrat de licence est formé au moment où l'acheteur ouvre l'emballage et commence à utiliser les logiciels. Ainsi, le consommateur est lié dès les premiers gestes qui l'amènent à l'utilisation. La conclusion du contrat est donc réduite à un consentement minimum exprimé par un comportement. Ce type de formation de contrat est très courant dans un cadre de relations d'affaires. S'agissant cependant de relations contractuelles mettant en cause un consommateur, la validité d'un tel contrat sera soumise à des conditions plus sévères. De la même manière que les contrats de vente, qui ont pour objet le transfert d'un produit de grande distribution, font référence à des conditions générales de vente, il faut s'attendre à voir apparaître des " conditions générales d'utilisation " pour les produits intellectuels. Cette analogie avec le droit consumériste " classique " déjà en place est même souhaitable puisque l'utilisateur est avant tout un consommateur. Ainsi, il serait utile de suivre l'esprit des lois le protégeant.

Le professeur Ejan Mackaay note, quant à lui, que " l'acceptation de la " licence " est plausible " lorsque le client est invité à retourner une carte réponse. Même dans ce cas, il nous semble que certaines clauses risqueraient d'être frappées de nullité si elles aggravent les limitations imposées par la loi à l'utilisateur. On pourrait même soutenir qu'il s'agit là du type même du contrat d'adhésion, dont la validité est surveillée.

Les clauses " shrink wrap " ne se contentent pas en effet de limiter les garanties du vendeur, mais limitent également les faits et gestes de l'utilisateur qui, autrement, seraient licites au regard de la loi fédérale sur la propriété intellectuelle. Il est même arrivé qu'une loi d'État contourne la difficulté en donnant expressément effet à ces clauses. La Louisiane et l'Illinois ont adopté de telles dispositions. Elles furent toutefois sans effet, la loi d'État ne pouvant permettre unilatéralement de donner effet à des clauses qui diminuent le niveau de protection prévue par la loi fédérale.

Il faut rappeler ici la distinction entre la propriété matérielle et la propriété incorporelle. Le détaillant, lors du contrat de vente avec l'acquéreur, transfère uniquement à celui-ci la propriété matérielle. Il n'a en aucun cas la faculté de céder les droits incorporels, c'est-à-dire dans ce cas des licences, puisque la plupart du temps il ne dispose pas lui-même de ces droits. En amont, le détaillant est lié au fabricant par un contrat d'approvisionnement et non de licence. Nul ne peut céder plus de droit qu'il n'en a.

On peut comprendre l'inquiétude des producteurs de logiciels qui ont craint de tomber sous le couperet de l'article 109(a). En effet, si la distribution des logiciels est analysée en une vente, l'utilisateur a le droit de revendre le contenu qu'il a acquis auprès du détaillant. Pourtant, nous avons vu les limites de l'épuisement : seul le droit de distribution peut s'épuiser, l'ensemble des autres droits exclusifs (reproduction, adaptation, représentation, etc...) reste susceptible d'application. Le risque est ainsi limité principalement à la location et au prêt. En pratique, cependant, les avis adressés au consommateur prenaient souvent la forme d'une liste exhaustive d'interdictions et ne se contentaient pas d'interdire la revente, la location ou le prêt. La stipulation apposée par la société Vault comportait l'interdiction de transférer, sauf autorisation expresse et par écrit de sa part, de concéder une sous-licence, de louer, de prêter, de copier, de modifier, de traduire, de convertir en d'autres langages informatiques, de décompiler, ...Les juridictions américaines ont rappelé que les " licences " - si on peut les appeler ainsi - ne peuvent pas créer aux

dépens de l'utilisateur des obligations plus lourdes que celles contenues dans la loi sur le droit d'auteur.

Il nous faut conclure que la doctrine ainsi que la jurisprudence américaines ont majoritairement nié la validité de ces " licences ". On peut même affirmer que la solution est identique dans la grande majorité des pays. La solution semble acquise au Canada depuis une décision *North Am. Systemshops Ltd. c. King* de 1989. Il est cependant difficile d'établir, juridiquement, les bases de cette jurisprudence. Le juge Veit ne fait pas de référence explicite à la théorie de l'épuisement. Il se contente de citer, entre autre, l'affaire américaine *Vault* et conclut sans plus de précisions : " [...] the sale by the plaintiff of its product over-the-counter constitutes the implied granting by the plaintiff of an implied permission to the purchaser to do whatever the purchaser wished with the product " .

Même si les interprétations diffèrent selon les législations, la solution semble désormais acquise. Le professeur Ejan Mackaay conclut dans ce sens en écrivant que :

La diffusion de masse entraîne comme conséquence l'emploi de la formule de la vente. Il en résulte que les fabricants ou éditeurs de progiciels n'ont pas la liberté de stipuler valablement des clauses de leur cru dans ce qu'ils appellent une " licence ". [...] Les écrits intitulés "licences" que l'on trouve dans les boîtes de progiciels ne constituent alors que de simples avis rappelant le droit d'auteur du fabricant ou éditeur ainsi que les droits limités d'utilisation de l'acheteur.

Quoi qu'il en soit, c'est la loi, plutôt que les règles contractuelles - dont l'application est difficilement soutenable -, qui a limité les effets de l'épuisement du droit de distribution. Cette intervention est heureuse, car elle évite d'avoir recours à des constructions juridiques d'" opportunité " qui sont souvent laborieuses. Nous retiendrons enfin que la circulation des biens protégés réserve encore bien des difficultés d'interprétation aux juges... Dans l'affaire *Microsoft Corp c. Harmony Computers & Electronics*, la Cour soutient que l'article 109(a) ne s'applique pas parce que Microsoft ne vend pas ses produits, mais accorde des licences. Il y a apparemment confusion entre le support et l'oeuvre. La Cour énonce en effet que : " entering a license agreement is not a " sale " for purposes of the first sale doctrine ". Cependant, on ne peut pas inférer de l'existence d'une licence l'absence d'épuisement. L'épuisement concerne uniquement la circulation du support de l'oeuvre et le fait que le contenu intellectuel fasse l'objet d'une quelconque autorisation de l'auteur est indifférent à l'application de la règle de l'article 109(a). Ainsi, pour éviter que l'épuisement ne produise ses effets, il faudrait montrer que le support est loué et non vendu.

Comme le relève le professeur Nimmer, si par cette utilisation du terme " produits " la Cour entend que la disquette informatique est seulement louée à l'utilisateur, l'analyse est exacte. En revanche, " [...] if the Court inferred from the fact that the copyright to the software was licensed to end-users that Section 109(a) was therefore inapplicable, then it entirely misunderstood the first sale doctrine " .

Ainsi, dès qu'un transfert de propriété matérielle interfère dans une transaction destinée à servir une utilisation, la qualification de l'acte juridique contractuel à la source pose des difficultés. Entre licence et vente, le droit balance ! Cette situation devrait selon nous se résoudre avec la physiologie nouvelle des opérations qui ont lieu sur Internet. Et, ce qui est surprenant, c'est que, dégagé des imbrications du droit des biens, le droit d'auteur s'apprête à entrer dans une phase certainement plus accomplie et, si l'on peut dire, où les concepts issus de la matière ne créeront plus d'interférences.

Chapitre 2 - Des changements imposés par la dématérialisation du support

Nous allons décrire plus loin une relation contractuelle qui met en cause deux parties que le cyberspace à la possibilité de mettre directement en contact : l'auteur et l'utilisateur. Il ne va plus être nécessaire de se rendre au détaillant le plus proche, chez son disquaire par exemple, pour accéder à une oeuvre. Celle-ci nous sera livrée électroniquement. L'acheteur, consommateur d'aujourd'hui deviendra le licencié, utilisateur de demain. Jusqu'alors, le concept juridique d'auteur, le sujet de droit, était relativement clairement défini. Ces deux catégories correspondent en fait à un cadre juridique qui est fortement réglementé. Le contrat a ses limites, la volonté de chacune est contrôlée. Nous nous trouvons donc devant deux ordres publics, deux intérêts catégoriels, et une frontière se doit d'être érigée entre les deux. Au plan du droit d'auteur, cette nouvelle situation factuelle occasionne une révision des concepts traditionnels. En premier lieu, le cyberspace demande de revisiter la position du produit immatériel par rapport à son support matériel (1). En second lieu, la prise en compte des droits de l'utilisateur, fondés sur le droit de la consommation, obligent à adapter la position des intervenants présents à la relation impliquant les droits des auteurs (2).

1 - La métaphore de la dialyse : application à la dématérialisation des concepts de droits d'auteur

La dialyse est ce procédé chimique utilisé pour séparer les corps. Nous avons tous un jour ou l'autre réalisé une expérience de ce type, la plupart dans nos chères salles de classe destinées à l'étude de la biologie - ces salles carrelées de blanc où l'on disséquait les grenouilles ! Il nous semble utile de rappeler brièvement son fonctionnement.

On immerge un corps complexe (composé de A et de B) dans une solution liquide conductrice où sont placées deux bornes électriques de polarisation opposée. Au bout de quelques temps, sur chacune des bornes apparaîtra la formation d'un corps solide qui composait alors le corps complexe. On réalise ainsi l'isolement de la matière A par exemple. Imaginons un instant que le droit d'auteur soit ce corps complexe constitué de (A) règles issues du droit des biens et de (B) de règles autonomes et indépendantes ne portant que sur l'objet juridique immatériel. Notre solution liquide sera l'entendement, cet antichambre située entre nos sensations et la raison. L'élément électrique, l'élément moteur de la dialyse, est la représentation du temps et du progrès technologique. " L'expérience " à laquelle nous sommes témoin depuis l'invention de l'imprimerie est l'apparition lente mais irréversible d'un objet juridique à part entière : l'objet immatériel. Cette " dialyse " se déroule sur plusieurs siècles et les premiers instants de son activité sont marqués par la découverte du corps complexe, c'est-à-dire de l'existence de deux objets de nature différentes. Gaius écrivait déjà que les choses " sont ou corporelles ou incorporelles " mais il ne pu attribuer de véritable signification juridique à cette dichotomie.

[...] si on trace, fût-ce en lettres dorées, des caractères sur un rouleau de papyrus ou une feuille de parchemin t'appartenant, ils t'appartiennent également, car les caractères suivent le rouleau ou la feuille....

Ainsi, ce corps complexe, le droit d'auteur - ou en tous cas la nécessité de consacrer un tel droit -, était découvert. L'étape suivante est la prise de conscience progressive, à partir du XVI^{ème} siècle, de l'objet juridique particulier et différent de l'objet matériel dans lequel il est emprisonné. L'objet juridique se distingue de l'objet *stricto sensu* dans ce sens qu'on lui attribue cette fois une dimension légale. L'exemple que l'on retiendra pour illustrer l'éveil de la raison à la propriété intellectuelle est celui de l'affaire *Pope c. Curll*. Le poète anglais Pope avait envoyé une série de lettres à son ami Swift, lettres que l'éditeur Edmund Curll voulait éditer. Une des questions posées

aux juges étaient de savoir qui de l'auteur ou du propriétaire des lettres détenait le " copyright ". La loi d'Anne de 1709 ne présentait aucune indication susceptible de résoudre le litige. C'est en motivant sa décision que le juge Hardwicke distingua les deux types de propriété, l'une matérielle, l'autre immatérielle :

I am of the opinion that it is only a special property in the receiver, possibly the property of the paper may belong to him; but this does not give a licence to any person whatsoever to publish them to the world, for at most the receiver has only a joint property with the writer.

Pour revenir ainsi à notre métaphore de la dialyse, c'est à ce moment où l'on observe la séparation des corps (A) et (B) : les règles de propriété intellectuelle vont progressivement se détacher de l'empire du droit de propriété ordinaire. Cette dissociation est longue à réaliser. Ainsi que le note Desbois,

la jurisprudence du XIX^{ème} siècle, indifférentes aux divergences de vocation des droits d'auteur et de la propriété conjuguaient le destin de l'oeuvre d'art et du droit de reproduction corrélatif. L'acquéreur de l'un devenait le cessionnaire de l'autre. L'argument prédominant était emprunté aux règles de la vente : l'article 1615 C.c. dispose : " l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ". Les droits de l'auteur étaient considérés comme l'un des accessoires du corps certain qui faisait l'objet principal de la vente.

C'est également à partir du XVI-XVII^{ème} siècle que le droit positif accueille de plus en plus de lois nouvelles en cette matière. On relèvera principalement la loi d'Anne de 1709, les deux décrets-lois français de 1791 et 1792, l'article I, 8, cl. 8 de la Constitution américaine de 1787, sans compter que la plupart des États américains avaient adopté antérieurement à la Constitution des lois en matière de propriété littéraire... Ces lois peu complètes en général révèlent toutefois l'éveil du législateur à la propriété intellectuelle.

Bien entendu, dans notre montage expérimental, plus on augmente l'intensité du courant électrique, plus la dialyse est efficace. Or, le progrès technologique suit une courbe exponentielle, ce qui active le phénomène de dématérialisation. L'apparition d'un corps solide sur l'une des bornes correspond à l'élaboration de normes fondamentalement destinées à régir la circulation des oeuvres dans un espace immatériel : le droit de la câblodistribution et de la diffusion par satellite en constitue la première strate. Ainsi, l'on peut dire qu'à ce stade de l'expérience, le droit le plus représentatif de par son essence à la mutation du droit d'auteur est le droit de communication de l'oeuvre au public par télécommunication ou plus précisément, selon le vocable français, le droit de représentation.

La dialyse est réalisée complètement quand l'opération permet d'isoler totalement l'un des composants. Et le cyberspace est en train de permettre cet accomplissement. D'un côté, il restera les règles du plan matériel (fixation, reproduction, saisie contrefaçon, ...) et de l'autre les règles qui par essence concerne la circulation de l'oeuvre sans son enveloppe matérielle (diffusion, communication par télécommunication, ...). De même, la vente fait place à la licence.

2 - La " dépolymérisation " des concepts

Le droit de l'utilisateur n'a jamais été positivement défini dans le corps des lois sur le droit d'auteur. C'est en vain d'ailleurs que l'on en cherchera une définition légale. Comme nous le verrons, l'utilisateur en tant que personne juridique a été jusqu'à maintenant pratiquement ignoré.

Le seul concept légal qui s'en rapproche et qui l'englobe est celui, sacro-saint, de " public ". Car en effet, il est courant d'expliquer les mécanismes du droit d'auteur en présentant la trilogie auteur, éditeur, public. C'est schématiquement sur la base des intérêts de chacun de ces trois acteurs économiques que s'érige l'édifice de ce droit. Or, si les deux premiers font l'objets de définitions et de régime juridique précis, le public est cette notion vague quasi-métaphysique que l'on invoque lorsqu'il faut faire accepter aux deux premiers des restrictions à leurs droits. D'ailleurs, à l'époque où il fallut établir un terme au monopole de l'auteur, ce fut, pour ce faire, l'argument de l'intérêt du public qui fut servi. Selon Macauley, " copyright is a tax upon public ...[which should] not last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good ". Cette idée est une réminiscence fréquente dans l'histoire du droit d'auteur, elle servira même à justifier l'existence d'exemptions et de tempérament à l'exclusivité des droits de l'auteur. Ainsi en est-il par exemple pour les principes d'utilisation loyale aux États-Unis (*fair use*) ou d'utilisation équitable au Canada.

Aussi loin que l'on puisse aller dans l'analyse de la notion de public, à aucun moment on ne trouve une véritable précision des droits qui s'y rattache; l'utilité de ce concept reste donc au niveau de la justification économique des limitations apportées au monopole de droit d'auteur. Nous replacerons ici les mots de L. R. Patterson qui écrit :

From a legal standpoint, the individual's right to use a copyrighted work is minimal. By and large, when he purchases a book, it is his chattel and no more; the work itself is owned by the copyright owner. And only the nebulous and uncertain doctrine of fair use, the idea that one may reproduce a small part of a copyrighted work for a limited purpos, protects the individual who wishes to extend his use of the work beyond the reading of it.

Une première proposition ressort de cette réflexion : l'utilisateur est partie d'un tout, le public. Tant que ce concept générique empêche l'individualité de se révéler, il n'y a pas lieu de chercher à concevoir un droit subjectif à son endroit. Comment en effet soutenir l'existence d'un tel droit alors que le sujet ne peut être identifié? Or, et c'est là en quelque sorte le pouvoir des nouvelles technologies, la dématérialisation des oeuvres réalise progressivement la dialyse des éléments composant le public. Avec l'avènement de la radiodiffusion notamment, le public commence à se personnifier, il ne s'agit plus d'une masse homogène mais bien d'une addition d'entités correspondant le plus fréquemment à la cellule familiale. C'est l'ensemble de ces cellules, de ces agrégats qui composent le public. Mais la " désagrégation " du public ne s'arrête pas là. Elle atteint même son degré d'abstraction et de synthétisation le plus élevé avec les réseaux électroniques : la communication s'effectue de point à point et, qui plus est, elle est adressée à une personne que l'immatriculation de son courrier électronique identifie. La conséquence de cette situation est que derrière une généralité à laquelle on ne pouvait prêter que des constructions intellectuelles vagues, apparaît une personne juridique, capable de droit et d'obligations. L'utilisateur devient susceptible d'être sujet de droit. De quels droits et obligations? Les obligations, on les connaît déjà, sont celles générales et permanentes de toutes lois sur le droit d'auteur. " Toute personne " se doit d'obtenir préalablement à toute utilisation de l'oeuvre l'autorisation de son auteur. Pour la détermination des droits de l'utilisateur, il faut se tourner vers les enseignements du droit " consumériste "; car l'utilisateur n'est-il pas la même personne que l'on retrouve sous le vocable de consommateur lorsqu'il achète un bien?

Nous arrivons ici à la dernière étape de notre raisonnement. Le transfert du bien matériel consécutif à la vente d'un exemplaire fait entrer l'acheteur automatiquement sous la qualification de consommateur. Or, une fois dépassé le seuil de sa porte, il rompt l'inertie de l'exemplaire et l'utilise, il devient de ce fait utilisateur et l'ensemble du droit d'auteur s'applique *de facto*. Si l'on supprime l'étape de la vente de l'exemplaire, ce qui est le cas dans l'espace cybernétique, il n'y a

plus lieu de parler de consommateur dans ce sens où les lois sur la consommation concernent principalement la circulation de produits matériels. Dans l'environnement électronique la communication d'une oeuvre est directe (il n'y a pas communication du support quand bien même l'oeuvre peut être reproduite) et la licence individuelle se substitue à la vente. Le droit contenu dans cette licence, si l'on accepte sa validité, s'opposera à l'utilisateur. Ainsi que le note J. C. Ginsburg :

Traditionally, only a property right, enforceable against third parties, could ensure effective protection for authors (or exploiters), because the author could not control copying once the work was released to the public. But today, computers have some extent furnished the means to restore control over third party exploitation of a work. If a work is available only " on line ", the information provider can know who access to the work, and can impose by contract the condition of use.

Selon le même auteur, " by contract, the provider may ensure a broader scope of protection than copyright ", ce qui, selon nous, n'est pas certain. En effet, c'est ici que les principes généraux du droit consumériste - ceux qui ont été développés pour la distribution des biens matériels et pour les services - devraient s'appliquer.

À l'instar des lois sur le droit d'auteur, les lois concernant la circulation des biens matériels et des services comportent des dispositions protectrices à l'endroit du consommateur. Face aux puissances économiques en place et au développement de la distribution de masse, la protection de la partie contractante la plus faible - le consommateur - est rapidement devenue une nécessité. Ainsi, une série de mesures législatives (comme des délais de réflexion, des obligations de garanties, des droits de repentir) a été entérinée par les législateurs nationaux. La même situation se retrouve sur Internet, par exemple, où l'utilisateur n'a pas le choix de négocier. Dans ce sens, il ne fait aucun doute que l'utilisateur soit un consommateur, l'objet de la transaction à laquelle il fait partie à simplement cette composante immatérielle que jusqu'alors la distribution de l'exemplaire - le transfert matériel - voilait. Tant et en autant que l'utilisateur achète un livre ou un disque, il bénéficiera de la protection accordée au consommateur, une fois à son domicile il devient non plus titulaire de droits mais débiteur d'un certain nombre d'obligations que lui impose le droit d'auteur. De consommateur il passe au statut juridique d'utilisateur. Il s'agit pourtant de la même personne physique.

Partie 2 - La prise en compte des intérêts de l'utilisateur

Après avoir montré dans la partie précédente l'effet limité des stipulations contractuelles envers le tiers-consommateur, le transfert de propriété matérielle faisant obstacle à la volonté de l'auteur, nous aimerions exposer désormais une situation factuelle nouvelle : celle où l'auteur, par le biais d'une présentation Internet, pourrait directement communiquer ses oeuvres aux consommateurs. Il est en effet facilement imaginable, une fois que les nouveaux environnements électroniques vont prendre place dans la vie des particuliers, qu'une telle connexion puisse se faire entraînant des économies d'échelles importantes. S'exonérant du transfert de propriété matérielle, il sera alors possible à l'auteur d'encadrer la relation qu'il entend avoir avec ses utilisateurs sans que les limites présentées précédemment ne puissent être évoquées. Il ne va plus être nécessaire de se rendre au détaillant le plus proche, chez son disquaire par exemple, pour accéder à une oeuvre. Celle-ci nous sera livrée électroniquement. Dans le cadre d'une relation matérielle, l'acheteur-consommateur dispose d'une relation de vente avec l'auteur de l'oeuvre.

Dans le cadre d'une relation immatérielle, l'acheteur-consommateur sera face à une nouvelle situation factuelle ayant pour conséquence de resituer juridiquement la qualification du lien juridique unissant ces parties. Du fait de la relation directe, une licence sera alors possible et les stipulations qui comme nous le montrions dans la partie précédente étaient inutilisables dans une situation triangulaire, pourraient se voir attribuer une nouvelle légitimité.

Mais la chose n'est pas si simple, et " l'auteur-vendeur " se verra opposer un certain nombre de droits généralement attribués aux consommateurs, principalement aux consommateurs qui contractent à distance. Nous nous trouvons donc devant deux ordres publics, deux intérêts catégoriels, celui de l'auteur et celui du consommateur. Plus justement, et en conformité avec ce que nous venons de présenter, la qualification de " consommateur ", devrait être substituée par celle " d'utilisateur ", généralement utilisée en ce qui concerne les contrat de licence. Mais à quoi bon créer une telle opposition. Certes, tous les textes relatifs à la consommation parle évidemment de consommateur et non d'utilisateur. Il serait pourtant téléologiquement contestable de nier certains droits et prérogatives à une personne dans un état de vulnérabilité très similaire. De toutes façons, les différentes définitions du consommateur que nous avons pu trouver sont suffisamment larges pour y intégrer l'utilisateur.

Une fois ces définitions posées, nous nous emploierons à établir une frontière entre auteur et utilisateur, d'autant qu'une telle relation n'a pas été jusqu'à présent fréquemment traitée. Après avoir exposé dans un chapitre préliminaire la nature de la relation contractuelle existant entre ces deux parties (**Chapitre préliminaire**), nous voudrions faire le survol des droits que le consommateur peut arguer dans un pareil type de situation. Ce droit consumériste, en dépit des différences qu'il est possible de rencontrer dans les divers textes de portée nationale, présente des niveaux de protection divers (**Chapitre 1**), ce qui sera d'autant plus problématique dès lors que la question du droit applicable n'aura pas été résolue (**Chapitre 2**). Les différences quant à la substance du droit applicable, conjuguées aux difficultés relatives à la détermination du droit applicable, sont autant de raisons pour nous faire croire à que ces solutions nationales ne sont pas les plus adéquates en ce qui concerne Internet. Les caractères international et immatériel des services offerts sur ces nouveaux réseaux de communication présentent trop de spécificités pour être identiquement traités aux textes prévus pour des marchés de produits matériels et nationaux (**Chapitre 3**). Si le réflexe d'une vision nationale est encore l'attitude généralement utilisée en ce qui concerne la protection du consommateur, il nous semble impérieux, eu égard aux caractères propres d'Internet et aux difficultés d'application, de privilégier une approche plus internationale.

Chapitre préliminaire - Le contrat : analyse moderne d'une vieille institution

Sans faire l'objet d'une analyse approfondie en droit comparé, il nous semble possible de faire ressortir des principaux systèmes juridiques que la validité des contrats n'est pas dépendante de la forme dans laquelle le contrat se matérialise. Parlant de contrat à distance, Lord Denning envisageait la possibilité de contrat par le biais de signaux de fumée, d'un côté à l'autre d'un lac. La catégorie des contrats entre non-présents englobe sans aucun doute ce type de communication, et aucune formalité n'est habituellement requise pour que sa validité ne soit consacrée.

En *common law*, le professeur Treitel établit une liste sommaire d'exigences à cet effet. D'abord, les parties ont le sentiment de rentrer dans une relation d'affaire. Ensuite, il doit y avoir un accord se matérialisant par une offre dûment acceptée. Enfin, la traditionnelle notion de *consideration* doit être présente au contrat, soit un élément susceptible de faire ressortir un sentiment de contrepartie propre au négoce. Dans le cas qui est le notre, un problème pourrait éventuellement surgir du troisième élément. Néanmoins, le concept de *consideration* a perdu depuis la fin du

siècle dernier une grande part de sa contraignabilité. Beaucoup s'interrogent même sur sa pertinence dans la réalité du monde actuel.

En droit civil, et sans qu'il soit nécessaire de faire une distinction réelle avec le paragraphe précédent, le contrat est simplement et généralement regardé comme étant " un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets ". Mis à part la question de la *consideration* qui détient une portée quelque peu différente de celle de " cause " en droit civil, on peut remarquer une même permissivité formelle quant à la recevabilité d'un contrat.

Quoi qu'il en soit, et selon l'une ou l'autre des visions dégagées par ces deux systèmes de droit, il est clair que le contrat est un concept juridique large et réceptif, qui ne demande que peu d'exigences formelles.

Si le contrat est chose simple dans son principe, le présent siècle donna lieu à une intervention étatique jamais égalée qui modifia substantiellement sa portée. L'individualisme, crée au dix-septième siècle, et cristallisé au dix-huitième, perdit graduellement l'importance que l'on lui voyait auparavant. " À la tendresse pour le grain succède la ferveur pour la grappe ".

Aussi, il est possible de se demander, conformément à une question ancienne et source à bien des développements, si la quête de normativité que requièrent actuellement les nouveaux environnements électroniques devra être traitée par le biais du contrat ou par le truchement d'une " loi ".

Le contrat est effectivement l'instrument juridique le plus communément utilisé afin de faciliter les transactions économiques, et les avantages qu'il procure sont d'autant plus importants dès lors que le droit en général est mal défini pour régir une situation donnée. En l'occurrence, plusieurs auteurs ont souligné le secours salutaire du droit des contrats dans une matière aussi vierge que celle des nouveaux environnements électroniques. Ce support du droit des contrats se prête d'autant mieux que les conditions de sa réalisation sont, comme nous l'avons vu précédemment, d'une simplicité et d'une souplesse assez manifestes.

À côté de cela, comme nous le disions plus tôt, il existe une immixtion grandissante des sociétés dans le champ des parties. Ceci est d'autant plus vrai dans un domaine touchant une catégorie aussi protégée que celle des consommateurs, où une kyrielle de textes interviennent abondamment sur tous aspects le concernant. Le professeur Mark Lemley conformément à cela, affirme que le " paradigme contractuel ", utilisé pour résoudre la normativité manquante relativement à l'Internet, n'est pas la panacée conceptuelle que certains prétendent. Pour motiver son argumentation, il critique ouvertement l'article de Robert Dunne qui préconise la prédominance du contrat sur le droit criminel et des " torts ". Dunne, afin d'obtenir toute l'efficacité voulue aux contrats, prévoit l'élaboration de ceux-ci par des instances compétentes qui seraient capables de distinguer les comportements répréhensibles de ceux qui ne le seraient pas. Une fois cette tâche accomplie, un certain cloisonnement sera nécessaire afin d'éviter tout contact avec des pôles qui ne retiendraient pas les mêmes standards. Lemley s'insurge, et nous croyons à ses critiques, face à l'esprit centralisateur que préconise Dunne. En effet, le " centralized private government " de ce dernier nous paraît en total désaccord tout simplement avec la structure technique d'Internet qui perdrait alors un grand nombre de ses opportunités. Le droit rendu castrateur, opprimerait la technologie tendant à l'universalisme. Par contre, et nous nous écartons cette fois du point de vue de Lemley, le contrat ne doit pas être regardé comme étant en opposition formelle avec la " loi ". À titre d'exemple, citons l'article 1134 du Code civil français qui fait un lien direct entre liberté individuelle (contrat) et validité de l'accord (loi).

Le fait de " cliquer " sur une icône expressément prévue peut certes avoir pour effet de lier l'une des parties par rapport à l'autre, et ce, sans autre formalité. Traditionnellement, ce laissez-faire se

fonde sur le principe du consensualisme. Néanmoins, ce principe n'est pas sans limite et il ne trouve à s'appliquer que dans la mesure où le rapport de force entre les deux parties ne favorise pas une partie par rapport à une autre. Un contrat de consommation, relation privée impliquant évidemment un commerçant et un consommateur, se doit plus que bien d'autres, de se conformer aux règles applicables dans une communauté donnée. Ceci nous permet de faire référence à la notion de " Social Matric " développée par Ian Macneil dans plusieurs de ses écrits. Le contrat évolue dans un environnement, et il ne peut être regardé que par rapport à celui-ci. Aussi, il lui paraît contestable de limiter l'analyse du contrat à la simple vision des deux individus contractants.

Lemley ne prend donc pas en compte cet aspect " relationnel " du contrat. Sa notion de contrat est trop directement opposée à celle de loi, conformément à celle de la théorie classique. Dans son propre article, il s'étonne d'ailleurs d'être en opposition avec Trotter Hardy qui tout en étant pour la décentralisation de la source normative, croit que le contrat est le mode le plus adéquat dans les circonstances.

En résumé de ces propos, nous croyons que si les opportunités du contrat ne sont pas contestables, il faut au préalable concevoir la question de façon large et réaliste. Les développements de Macneil nous aident à cela. Conséquemment, le propriétaire du site ne manquera pas de rédiger adéquatement ses clauses, et ce, en conformité avec les exigences auxquelles le droit oblige de suivre afin de protéger le consommateur.

Chapitre 1 - Un panorama des textes pertinents applicables au contrat de licence entre auteur et utilisateur

Relativement aux contrats impliquant dans le cadre d'une relation directe auteur et utilisateur, la question du droit comparé nécessite dès le début de mettre en place un certain nombre de limites : quelles seront les droits nationaux que nous déciderons de prendre en compte pour agrémenter notre étude? D'une manière non totalement dénuée d'arbitraire, nous avons décidé de regarder principalement trois droits nationaux : le droit américain nous paraît incontournable dans la mesure où la plupart des sites de vente proposés dans le cyberspace proviennent des États-Unis. Du fait de cette supériorité, la doctrine est plus abondante et un projet de loi a d'ailleurs été spécifiquement proposé sur la question. Le droit québécois est également intéressant, le nouveau Code civil (ci-après C.c.Q.) traitant particulièrement des contrats de consommation. Enfin, le droit français en plus de constituer un exemple dans le droit continental européen, constitue une passerelle intéressante vers les développements qui émergent avec l'Union européenne. D'une manière générale, il est possible de faire une distinction entre l'étude de pays de droit civil (1) et de *common law* (2).

1 - Exposé des textes applicables en droit civil

En droit civil, tout comme dans les pays de *common law*, il existe des dispositions particulières relativement à la protection du consommateur. Il faut d'abord effectuer une remarque qui sera valable pour l'ensemble des droits étudiés : il ne s'agit pas ici de traiter de l'ensemble des textes portant sur la protection du consommateur. Le domaine est trop vaste, trop réglementé, et nous nous limiterons à ceux susceptibles d'avoir une incidence sur la relation contractuelle entre l'auteur et le consommateur. Cela nous ramènera donc à ne prendre en compte que les dispositions spéciales sur les contrats à distance d'une part (A), et les dispositions générales sur les contrats de consommation et d'adhésion d'autre part (B).

A - Les dispositions spéciales relatives aux contrats à distance

En droit français tout d'abord, une loi spéciale a été édictée afin de pourvoir aux risques que le téléachat peut occasionner sur les consommateurs. Voyons d'abord la portée de cette loi : ce qu'il faut remarquer, et ce point est d'importance relativement à notre sujet, est que la loi ne concerne que la vente *stricto sensu*, non une offre de service, " comme l'indique l'intitulé même de la loi et l'utilisation du mot produit ", et encore moins un contrat de licence. Ces derniers auteurs n'écartent pourtant pas la possibilité d'une vision extensive qui permettrait de prendre en compte les services. Néanmoins, la présence de dispositions pénales en article 3 oblige selon nous à une vision restrictive de l'application de la loi. Si l'on choisit donc d'effectuer une analyse littérale de cette loi, il semble évident qu'elle ne pourra être applicable en ce concerne le commerce sur Internet. Selon un argument plus téléologique, s'il est clair que les rédacteurs de la loi n'avaient pas en tête de réglementer un médium encore inexistant, il peut paraître surprenant et inadapté de voir un médium (la télévision) mieux protégé qu'un autre (autoroutes de l'information).

En plus des difficultés à appliquer cette loi aux nouveaux environnements électroniques, il faut étudier la principale mesure émise par la loi. D'abord et avant tout, la loi introduit un " droit de retour ", et nous arrivons à l'instrument fondamental offert par cette disposition, proposé par l'article 1. Cet instrument de protection ne pourra pas donner lieu aux mêmes conditions d'utilisation lorsque l'opération aura trait au téléchargement d'une oeuvre. Il serait en effet difficile de donner au consommateur un droit inconditionnel de repentir, ce dernier pouvant facilement utiliser, copier les informations protégées dans ce laps de temps. Nul doute que relativement à notre cadre d'étude, cette loi n'est pas utilisable, d'abord à cause de son inapplicabilité juridique, et ensuite sur la base de son inadaptation pratique. Ledit texte avait en fait un objectif tout autre que de réglementer les sphères immatérielles; il s'agissait de prendre en compte la vente télévisée qui se répandait graduellement à l'époque et, donc, de régir la vente de biens matériels ainsi proposés. D'une manière générale, nous croyons que le législateur fait une assimilation entre la vente à distance et la vente à domicile. Dans les deux cas, une suspicion est effectuée eu égard au caractère intrusif de la méthode de vente. D'ailleurs, aux mêmes maux, les mêmes remèdes, car ce délai de sept jours était la solution choisie par la *Loi relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*.

Relativement à cette loi, nous affirmerons qu'il existe dans son essence et dans sa lettre une prétention à régir d'une part des relations de vente, qui sont d'autre part à caractère matériel. Ces deux éléments rendent par conséquent cette loi inapplicable à un contrat de licence portant sur un produit de l'esprit.

Il existe aussi un arrêté du 3 décembre 1987, qui contient deux réglementations précises sur toutes les formes de vente à distance. Malgré la moindre force coercitive de ce document, il est clairement établi que le commerçant se doit de respecter un devoir d'information de ses clients. Ainsi, et dans le cas contraire, toute ambiguïté sera interprétée à l'avantage du consommateur. On pourra, par exemple, trouver application de ce règlement lorsque l'utilisateur n'aura pas été clairement informé de la nécessité d'un certain logiciel pour télécharger un autre logiciel.

Notons aussi qu'un projet de directive européenne est supposément en cours d'élaboration, et que celui-ci comporterait de mesures spécifiques à la vente à distance.

En droit québécois, les dispositions pertinentes en matière de contrats à distance font partie de la *Loi sur la protection du consommateur* : selon l'article 20,

un contrat à distance est un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont pas en présence l'un de l'autre ni lors de l'offre, qui s'adresse à un ou plusieurs consommateurs, ni lors de l'acceptation, à la condition que l'offre n'ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé.

Si la définition est écrite noir sur blanc, elle ne présente que peu d'élément de protection outre le lieu de formation du contrat et, donc, la détermination du droit applicable. Nous éluderons donc ces dispositions, la question étant traitée dans un paragraphe suivant. Dans cette même loi, l'on aurait pu légitimement se demander si les dispositions relatives aux vendeurs itinérants ne seraient pas applicables à notre sujet. Cette assimilation eut été pertinente à condition de donner une portée géographique à la relation auteur / utilisateur. Or, comme nous le verrons, nous nous refusons de faire de la sorte.

B - L'application des dispositions générales du droit des contrats aux licences

Nous avons vu précédemment qu'il existait des dispositions spécifiques aux contrats à distance. Il y a aussi des textes de portée plus générale qui pourraient également s'appliquer aux contrats de licences sur le Net. En ce qui concerne le droit français, on peut prétendre que les dispositions générales relatives à la validité des contrats sont bien évidemment applicables à notre situation et ce, avec une rigueur sans doute plus soutenue, étant donné le possible désavantage entre les parties. Mais ce n'est pas vraiment le Code civil qui intervient en ce qui concerne la protection du consommateur. Il fait plutôt signaler l'article 35 de la *Loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et la protection des consommateurs* qui prévoit que les clauses abusives sont réputées non-écrites dès lors qu'elles ont été interdites par décret pris en Conseil d'État après avis de la Commission des clauses abusives. Eu égard aux lourdeurs occasionnées par un tel processus, la Cour de cassation a admis les tribunaux à intervenir sur la question, et ce, même en l'absence de décret d'interdiction du Conseil d'État.

Mais le droit français ne peut désormais plus être regardé sans l'influence que le droit communautaire a sur lui. À cet effet, une directive européenne dénommée *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* a été érigée récemment afin de créer une harmonisation entre les pays membres. Son titre est évocateur et l'objectif est de créer une politique européenne de protection des consommateurs. Cela passe alors par l'établissement de critères permettant de déterminer si une clause en particulier répond aux exigences de bonne foi, une notion de bonne foi propre aux contrats de consommation. Eu égard à la définition extensive du consommateur établie par cette directive, nul doute que les contrats de licence que nous étudions seront soumis à cette réglementation.

Le droit québécois quant à lui, par le biais de son C.c.Q., à l'intérêt de soulever une approche moderne et explicite sur la question. À titre d'illustration, nous présenterons quelques articles du C.c.Q. portant sur ces concepts que sont les contrats d'adhésion et de consommation. Si la notion fut élaborée par la jurisprudence sous l'égide du Code civil du Bas-Canada, le C.c.Q. consacre des dispositions à son endroit. L'article 1379 dispose que le " contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ". Il nous semble que cette définition peut être étendue au contrat préalable à la communication d'une oeuvre à l'utilisateur. Quatre articles du C.c.Q. viennent préciser le régime de ces contrats. D'abord, l'article 1432 C.c.Q. tout comme l'article 1019 C.c.B.-C., affirme que le contrat s'interprète contre celui qui l'a stipulé. Ensuite, l'article 1435 C.c.Q. rend nulle toute clause qui fait référence à une clause externe, dès lors qu'elle peut être un élément divisible de l'ensemble des modalités imposées. L'article 1436 C.c.Q. assure également la nullité de la clause qui sera perçue comme étant " illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable ". Enfin, l'article 1437 C.c.Q., qui s'attache plus au contenu des clauses, introduit la notion de clause abusive dans les contrats d'adhésion, en faisant référence au concept de bonne foi. Autant de dispositions dont la généralité autorise une application aux licences sur l'inforoute.

2 - Exposé des textes applicables en common law

Le droit américain possède lui aussi de dispositions spécifiques sur les ventes à distance. Il s'agit du *Telemarketing Sales Rule*. Malheureusement pour la protection des consommateurs naviguant sur les nouveaux réseaux de communication, cette disposition ne concerne que les ventes par téléphone, malgré une proposition faite par le FTC (Federal Trade Commission) pour y intégrer les ventes par le biais des nouveaux environnements électroniques. Cette tentative de définition extensive n'a pas été retenue et le texte final régleme seulement la situation où le consommateur doit faire face à une situation de sollicitation du commerçant, ce qui n'est que difficilement réalisable sur Internet, étant donné le caractère nettement moins intrusif du médium.

À titre d'information, on peut également citer le *Magnuson-Moss Warranty Act* (1975) qui est la référence de base en matière de droit américain de la consommation. Ce texte fédéral s'applique spécifiquement pour protéger les consommateurs relativement aux obligations de garantie des vendeurs (*warrantors of products*), mais devrait également trouver application en ce qui concerne les contrats de licence, surtout ceux de consommation de masse (*mass marketed licence*).

En Grande-Bretagne, outre la directive européenne déjà citée, il n'existe pas à notre connaissance de dispositions particulières à la formation de contrats à distance. De façon plus générale, s'applique par contre la *Loi sur les clauses abusives* qui établit un processus de correction de celles-ci dont la directive européenne s'inspira largement.

Le droit américain possède également des dispositions générales d'ordre public portant sur les notions de " fitness ", " merchantability " ou " conscionability ". Également, il est impossible en droit américain de remettre contractuellement en cause " the obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care... ". En considération de ces exigences d'ordre public, le vendeur pourra néanmoins limiter sa responsabilité envers les garanties implicites (*implied warranties*).

Chapitre 2 - La question du droit applicable

Une fois que pouvait être déterminé un échantillonnage des textes transposables à la situation factuelle qui nous intéresse, il nous paraissait alors fondamental d'accomplir la démarche suivante : dans le cadre d'un litige pouvant survenir entre l'auteur et l'utilisateur, quel devrait être le droit applicable au contrat international pouvant découler de la relation? Il existe certes des principes en droit international privé et des critères relativement bien établis. Le principe général est de laisser le choix aux parties. Mais la situation présente n'est pas banale et met en cause un consommateur, soit un sujet de droit qui bénéficie souvent d'un statut dérogatoire quant au droit applicable (1). Cette exception marquée au sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté ne sera pourtant utilisable que dans des circonstances précises (2).

1 - Le statut dérogatoire de l'utilisateur quant au droit applicable : exception au principe de l'autonomie de la volonté

Au départ, il eut été possible de penser qu'une telle relation était régie par le droit commun du droit international privé. Dans ce cas, la volonté des parties est souveraine et détermine, expressément ou tacitement, le droit compétent à la relation internationale. Relativement au caractère d'ordre public d'un contrat impliquant un consommateur, il faut se demander si la clause explicite de détermination du droit applicable est valide ou, à défaut, si les critères classiques de détermination des conflits de lois et de juridiction, tels que le lieu de formation des contrats, le lien de connexité les plus étroits, etc..., seraient alors utilisables. En d'autres termes, il faut savoir s'il existe des dispositions spécifiques qui, par le biais d'une " loi d'application immédiate ", favoriseraient le choix d'un droit national dans une situation donnée et ce, à l'encontre de ce que les parties ont pu déterminer.

Au regard de ce que nous avons pu constater, le droit applicable doit pouvoir être un droit national qui ne mette pas le consommateur dans une situation de vulnérabilité. Une pareille solution se base sur deux facteurs de rattachement. D'abord, la question des conflits de lois, généralement réglée dans un premier temps par l'intervention de critères subjectifs, soit la volonté exprimée par les parties, serait ici traitée par une présomption objective : le contrat de licence sera régi par le droit de l'utilisateur. Présumé mieux connaître le droit de son pays, celui-ci ne pourra alors se plaindre d'une ignorance relativement à une mesure étrangère. Ensuite, autre solution visant à la protection de l'utilisateur, le contrat ne pourra pas être régi par un droit qui consacre moins de prérogatives que son propre droit. Par contre, il pourra l'être par un droit qui correspond au choix des parties (critère subjectif) dès lors qu'il apporte plus de protection que celui du consommateur. Vient alors l'argument de la " faveur " laissée au consommateur dans son choix de droit applicable.

Quoi qu'il en soit, et à l'instar du droit interne protégeant une partie, le droit international privé se devra d'essayer de satisfaire les mêmes objectifs. En effet, dans le cadre d'un ordre international, " une liberté illimitée des relations privées conduit à conduire à compromettre la cohérence de l'ordre interne ". Incidemment, cela nous conduit à croire que les règles de conflits de droit n'ont pas de différence de nature avec les règles traditionnelles portant sur le fond. Tant les règles de conflits, que les règles de fond se doivent en effet de pointer vers un but, un objectif, une " justice " inhérente au concept de droit.

Au Québec, la question relative à la portée d'un ordre public particulier en matière de protection du consommateur, se posait jusqu'à l'intervention du C.c.Q. Depuis, l'article 3117 précise grandement nos interrogations et essaye de dispenser une meilleure protection pour le consommateur :

Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat. En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation.

Ce changement se manifeste, conformément aux incitations du professeur Goldstein, sous l'influence de la Convention de Rome de 1980 qui en son article 5 prévoit expressément la situation des contrats internationaux conclus par les consommateurs :

2. (...) le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou

- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou
 - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.
3. (...) ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

Cette convention ne touche certes que certains pays européens. En Grande-Bretagne, reprenant le texte européen, le *Contract (Applicable Law) Act 1990* établit les mêmes trois conditions que l'on y retrouve.

Si ces trois textes traitent expressément de la question des contrats internationaux avec des consommateurs, d'autres systèmes de droit, par le biais de leur jurisprudence respective, établissent des degrés de protection comparables. Tout d'abord, il existe une suspicion assez systématique envers les clauses d'attribution stipulées au sein des contrats impliquant un consommateur. Ensuite, en l'absence de clauses d'attribution de compétence, on donne souvent une interprétation très favorable au consommateur.

En ce qui concerne le droit américain, cette tendance s'aperçoit clairement dans l'affaire *Zapata*, où la Cour suprême confirme de façon générale un principe grandement établi selon lequel les clauses attributives de juridiction ne sont valides que dans le cadre d'une relation entre personnes susceptibles de négocier entre elles. La situation s'étend donc aux contrats d'adhésion, et d'une manière générale, à toutes les situations où l'adhérant " having no real choice about the matter, cannot in fairness be said to have joined in a choice of law ".

En matière de consommation en général, et aussi dans notre cas précis impliquant un auteur et un utilisateur, il existe donc un principe généralisé qui cherche à protéger la partie la plus vulnérable. Relativement à la situation qui nous intéresse, nous voudrions quelque peu nuancer la situation juridique. Pour ce faire, nous nous attacherons plus particulièrement à l'analyse de textes formels soit le C.c.Q. et la Convention de Rome.

Il est uniformément considéré qu'en l'absence de stipulation expresse des parties, le droit applicable doit prendre en compte ce rapport de force, soit le droit où l'utilisateur a sa résidence. En effet, le fait d'appliquer au contrat le droit de l'utilisateur permet à ce dernier de ne pas être assujéti à un droit qu'il ignorerait totalement, c'est-à-dire le droit de l'auteur. La fiction juridique selon laquelle " nul n'est censé ignorer la loi " aurait une ampleur encore plus déroutante dès lors qu'un droit étranger viendrait à s'appliquer.

Plus problématique est le cas où le commerçant rédige une clause spécifique stipulant que le droit applicable sera celui de son propre pays. Une telle clause est-elle valide en ce qui concerne les contrats sur Internet? L'exception au principe de l'autonomie de la volonté est-elle valable en toutes circonstances?

Cette dernière question nous oblige à davantage de précision car si l'évidence de ce principe protecteur se retrouve dans les différents systèmes de droit que nous avons étudiés, il demeure assujéti à deux problèmes fondamentaux. Le premier est relatif au droit applicable et il faut savoir si ce sera soit le droit du consommateur, soit, même si cette solution nous paraît sans doute plus contestable, le droit qui le protège le mieux. Plus protectrice, la seconde solution a par contre

l'inconvénient de laisser une option entre deux droits qui peuvent avoir des degrés de protection très différents, étant donné l'absence de lois spécifiques applicables à l'autoroute de l'information dans certains pays. De plus, la théorie de l'option, outre l'insécurité qu'elle suscite, demande au requérant de faire du droit comparé pour analyser quelle est la loi la plus protectrice. Rappelons-nous qu'en matière de consommation, rares sont les situations qui autorisent de grandes recherches vu la générale modicité des litiges.

Le deuxième problème est lié aux conditions nécessaires à l'application de ces textes, plus précisément, aux conditions dans lesquelles il est possible de remettre en cause la volonté de l'auteur qui a rédigé le contrat et ainsi mettre en place le statut dérogatoire. Ces exigences s'articulent autour de l'attitude des parties, faisant intervenir ce que l'on pourrait dénommer " la sollicitation ". En ce qui concerne le contrat de licence sur l'inforoute, la difficulté est là : comment apprécier cette notion de sollicitation?

2 - Les conditions d'accomplissement du statut dérogatoire

Si l'on prend les trois conditions distinctes établies dans le C.c.Q. et la Convention de Rome pour que l'exception au principe de l'autonomie de la volonté puisse se réaliser, nous apercevons qu'il est difficile de l'appliquer dès lors que l'on utilise Internet. La première prévoit que la combinaison d'une offre spéciale ou d'une publicité, avec l'accomplissement des actes nécessaires au lieu du consommateur, rend la disposition applicable. Il n'est d'abord pas sûr que l'exigence d'une proposition " spécialement faite " puisse s'appliquer à un cas de commerce électronique. En effet, l'auteur proposant ses oeuvres dans le cyberspace est en état de perpétuelle offre mais ne s'adresse généralement pas à un utilisateur déterminé. Ensuite, concernant la publicité, certains auteurs se demandent s'il n'est pas nécessaire que le commerçant ait " l'intention " d'adresser son offre dans le pays dans lequel cette dernière sera reçue. Cette intention, en l'absence de stipulation précise, est très difficile à présumer. Internet ayant une potentialité commerciale à l'échelle du monde, les commerçants n'ont pas vraiment l'intention de limiter leur développement à certains pays déterminés. Quoi qu'il en soit, cette première condition n'est pas d'une limpidité quant à son application à l'inforoute.

Deuxième possibilité pour que l'exception puisse se réaliser : l'auteur doit recevoir la commande de l'utilisateur dans le pays de ce dernier. Cette éventualité n'est pas possible lorsque l'on parle d'Internet. D'une part le critère de localisation étant, selon nous, inadapté, et, d'autre part, l'auteur étant par définition dans un autre pays. La troisième possibilité ne nous concerne pas vu qu'elle concerne la vente de biens matériels et qu'elle présuppose le déplacement du consommateur, c'est-à-dire justement ce à quoi Internet tend à éviter.

Au cours de ce rapide survol cherchant à appliquer les conditions du statut dérogatoire à la situation d'Internet, le moins que l'on puisse dire c'est qu'il est difficilement transposable à ce nouveau médium. La conséquence est, bien évidemment, que l'on ne pourra appliquer la protection du droit de l'utilisateur à la relation contractuelle ainsi créée sur la base de l'un de ces deux textes.

De toute façon, l'inadaptation de ces conditions face à la réalité technologique qu'est la nôtre est manifeste et il est facile de sentir que ces textes ont été conçus pour traiter des biens matériels d'une part aucunement dans le contexte des inforoutes d'autre part. Ces critères que nous avons pu rencontrer sont inadéquats et ce, du fait de leur attachement à un critère géographique qui ne colle pas à la réalité des nouveaux environnements électroniques. En effet, lorsque l'on prend les critères utilisés dans le C.c.Q. ou dans la Convention de Rome pour remettre en cause la volonté des parties, il est clairement fait référence à la notion de déplacement et de lieu de réception, soit des critères géographiques.

Cela ne doit pas nous empêcher de chercher des normes plus adaptées qui pourrait justifier l'application du statut dérogatoire. Plus que prendre partie pour l'un ou l'autre, auteur ou utilisateur, il s'agit ici de répertorier les éléments pertinents qui pourraient être en l'occurrence invoqués.

Selon nous, un autre critère qui pourrait être utilisé pour déterminer quel est le droit applicable à la situation qui est la nôtre serait lié à l'attitude des parties l'une par rapport à l'autre. Il faut d'abord apprécier si l'utilisateur a effectué une démarche active auprès du commerçant. Dans ce cas-ci, il pourra alors être admis que la clause de droit applicable rédigé par l'auteur, qui va généralement considérer que le contrat est soumis à son propre droit, est valide. Une démarche volontaire et délibérée de l'utilisateur serait en effet en mesure de faire présumer que celui-ci a consenti aux stipulations de l'auteur. Ensuite, lorsque le commerçant aura effectué une démarche active auprès du consommateur, on laissera par contre persister l'exception au principe de l'autonomie de la volonté et donc, la clause d'attribution de compétence inscrite dans le contrat sera sans effet.

Ce critère se retrouve d'ailleurs en droit québécois lorsque l'article 21 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que, dans le cadre d'un contrat à distance, c'est-à-dire un contrat qui n'a pas été sollicité par le consommateur, c'est le droit du consommateur qui s'applique. Cette disposition est intéressante dans la mesure où elle prend en compte l'attitude des parties en lice. Si le consommateur n'a pas fait de démarche particulière auprès du commerçant, il est encore plus pertinent de le protéger davantage. On peut, par exemple, penser aux ventes par téléphone qui, aux États-Unis, disposent d'une loi spécifique. Le *Telemarketing Sales Rule* américain donne d'ailleurs des exemples de " *solicitation* ". Cette protection particulière se comprend tout à fait, étant donné l'immixtion que le commerçant est susceptible de commettre dans l'univers du consommateur avec un tel médium. Mais la chose est différente avec l'inforoute et la démarche ne ressemble pas à un acte de sollicitation comme l'on peut en voir par le biais de la télévision et, encore plus, du téléphone. En effet, sauf cas extrêmes, le caractère non intrusif des nouveaux réseaux de communication oblige l'utilisateur à opérer une démarche active pour se rendre sur le site de l'auteur. Plus que le fait de se " déplacer ", soit un acte de mouvement géographique, l'acheteur doit effectuer une démarche, volontaire, délibérée, de lien en lien, une recherche en avant vers l'information qui lui est présentée. On est loin des contrats par téléphone. Est-on si loin que cela des rapports contractuels par le biais de la télévision?

Toujours est-il, qu'une fois encore, le critère de la " sollicitation " n'est pas suffisant pour protéger l'utilisateur derrière l'application de son propre droit national. Ainsi, une licence ayant une clause de droit applicable mentionnant le droit du pays de l'auteur serait, selon nous, valide si l'on se base sur les dispositions spécifiques qui pourraient être invoquées.

Mais la présente question, au delà de son apparente technicité et de l'inadaptation des textes en présence, est fondamentalement une question politique au sens étymologique du terme. Quels droits veut-on donner aux usagers? Quelle ampleur veut-on donner à ce genre de commerce? Il nous paraît pourtant difficile d'utiliser un degré de protection moindre dans ce type de mode de communication, bien au contraire. Nous le développerons sans doute plus tard, mais Internet n'est pas un domaine encore très sécuritaire pour l'utilisateur qui navigue sur les réseaux. Si cette distance géographique n'est pas vraiment présente, il existe néanmoins une distanciation vu la difficulté d'identifier les parties, les normes applicables, etc... Aussi, ne pas lui donner un seuil de protection minimal, soit celui de son propre pays, le place dans une situation encore plus délicate. Une telle solution serait de plus un incitatif persuasif à l'harmonisation internationale. Aussi, rendre applicable le droit de l'auteur serait favoriser le *forum shopping*, celui-ci ayant intérêt à s'affilier à un droit plutôt qu'à un autre. Si le critère de la sollicitation semble insuffisant, il s'agira de regarder davantage du côté d'un critère plus général, comme la protection de la partie faible, et précisément de la partie qui n'a pas le loisir de négocier les conditions de son contrat.

Qu'il y ait sollicitation ou non, le consommateur sera toujours dans une situation où sa capacité de remettre en cause une stipulation en particulier sera nulle : adhérer ou ne pas adhérer. Le fait que le consommateur sollicite le vendeur et ait une démarche active auprès de celui-ci ne doit pas faire oublier la persistance d'une réelle subordination de l'un à l'autre. Dans le cas précis des nouveaux environnements électroniques, ce critère nous paraît donc trop rigoureux, dans la mesure où il est insuffisant pour faire changer le statut dérogatoire que l'on attribue généralement au consommateur.

L'utilisateur n'est donc pas dans une situation très avantageuse dans le cyberspace quant au droit applicable. Pourquoi ne pas alors lui instaurer un statut identique à celui de la vente à domicile : les similitudes existent en effet. L'utilisateur n'a pas besoin de se déplacer pour effectuer son achat, une relative suspicion existe envers ces modes de commerce, les escroqueries sont faciles à réaliser.

Chapitre 3 - Le droit " consommériste " et ses difficultés d'application : l'approche internationale

Le chapitre précédent avait pour prétention de montrer que le droit de la consommation, de par leur nature essentiellement nationale, et sans même toucher à la substance de sa matière, témoigne d'une certaine inefficacité en ce qui concerne les nouveaux environnements électroniques. Le caractère intrinsèquement international d'Internet s'accorde en effet mal avec un domaine du droit principalement national et s'exportant difficilement du fait de sa haute teneur en ordre public. Une illustration classique nous permet de mieux comprendre la problématique : imaginons un acheteur québécois qui, en naviguant sur le Net, aperçoit une offre quant à un livre disponible par simple télédownload. L'auteur ou l'ayant droit est texan, inconnu, et sut attirer l'attention du québécois qui s'exécute : le livre est acheté, payé. Malheureusement, le fichier obtenu peut se trouver être vide, illisible, lisible avec un logiciel autre que celui qui était indiqué. Face à une situation factuelle de la sorte, la perspective d'un procès classique nous paraît des plus illusoire. Le défendeur est loin, inconnu, la somme recherchée peut être dérisoire, le coût de mise en oeuvre risque d'être considérable; éventuellement, le rapport de force décelable entre les parties nettement défavorable pour le consommateur. Aussi, lorsqu'il s'agit de juger de la mauvaise exécution du prestataire de services, les exigences sont souvent lourdes et rendent la perspective d'un procès très improbable. La recherche de moyens alternatifs de résolution nous paraît inévitable, et, dans le but de favoriser le règlement des conflits, une approche plus institutionnelle que substantielle nous paraît opportune. Le processus d'harmonisation de la substance juridique est une démarche longue et ambitieuse dès lors que l'on souhaite y donner une portée internationale. Il suffit de voir le processus laborieux qui donna lieu par exemple à la création de la Convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale de marchandises pour comprendre que la souveraineté des États, en dépit des progrès manifestes produits par les ensembles d'intégration économique-politiques, demeure bien présente aujourd'hui. De plus, dans un domaine aussi polémique et d'ordre public que le droit de la consommation, il est raisonnable d'attendre des discussions fournies sur le sujet. Pourtant, comme nous le montrions précédemment, la protection du consommateur bardée de tous ces textes qui pourraient être efficaces dans un cadre national, risque de devenir un simple vœux pieux dès lors qu'un élément d'extranéité s'immiscera dans la relation contractuelle. Comme l'affirmait David Post dans un article de référence, il est plus important de savoir " qui " est susceptible d'apporter de la normativité dans les nouveaux environnements, que de se demander quelles règles sont les mieux adaptées à la situation. Conformément à la parabole biblique bien connue selon laquelle il est plus important d'apprendre à pêcher que de donner un poisson, il est plus fondamental de disposer des institutions idoines susceptibles de créer des normes, que d'avoir des règles nationales toutes faites pour étancher notre soif de juridicité.

À ce propos, des tentatives certes balbutiantes doivent être soulignées (1). Mais le plus difficile reste à faire, et les acteurs impliqués dans ce grand espace communicationnel devraient avoir la possibilité de davantage faire falloir leurs besoins (2). De ces créations institutionnelles, apparaîtront peut être un ensemble de normes, souples, dont nous tenterons de déterminer les potentialités (3). Bien sûr, ce second chapitre demande une certaine circonspection étant donné son caractère prospectif et quelque peu futuriste. La structure préconisée est embryonnaire, et ne tire sa force que de comparaisons avec des domaines connexes. Néanmoins, et ce fera l'objet de notre démonstration, cette évolution devra se réaliser sous peine d'obliger plutôt le commerce électronique impliquant les consommateurs à demeurer ce qu'il est actuellement; un marché insécure, et de ce fait, un marché déficitaire.

1 - Les initiatives visant la protection des consommateurs dans un contexte cybernétique

Le premier point qui nous paraît indispensable de préconiser, porte sur l'accès du plaignant au droit et à la justice. En effet, nombreuses sont les références qui soulèvent la difficulté à laquelle le consommateur doit s'affronter, surtout s'il se trouve face à une relation internationale. Comme le souligne le professeur Fallon, deux aspects doivent être présentés :

L'un concerne l'information que l'individu est à même de recueillir sur le contenu de ses droits. L'autre aspect vise les conditions d'accès aux cours et tribunaux, contexte dans lequel l'on évoque en particulier la création de juridictions spécialement adaptées aux " petits litiges " ou aux litiges opposant consommateurs et professionnels, l'assistance judiciaire, le contrôle des clauses attributives de juridiction, le droit d'agir des associations de consommateurs.

Consécutivement à ces conseils, il existe selon nous des réalisations de tout premier ordre qui furent créées dans le cadre des nouveaux environnements électroniques. Il s'agit des pages éditées sur le Net par l'organisme spécialisé du DG XXIV sur la défense des droits des consommateurs, spécifiquement, ceux qui naviguent sur le Net. Cette initiative est selon nous d'une procédure de facilitation d'accès à la justice des plus convaincante, même si les commentaires qui y sont dispensés s'intègrent davantage dans le cadre d'une vente à distance de biens matériels.

Une autre réalisation qui donna lieu à des développements récents doit aussi être citée en dépit de son caractère embryonnaire; il s'agit du " Virtual Magistrate ", une cour d'arbitrage américaine qui se veut de régler les problèmes susceptibles de survenir sur Internet. Pour la modique somme de 10 dollars, n'importe quelle personne est autorisée à remplir un formulaire où elle témoigne de la difficulté qu'elle vient de rencontrer lors d'une utilisation quelconque de ces réseaux de communication. Une page à cet effet a donc été créée pour recueillir les doléances de quiconque. Évidemment, les plaignants ne sont pas tous des consommateurs; à la lecture même des propos dégagés par les imminents responsables de ce projet pilote, la " touche " consumériste ne paraît pas être une priorité. Aussi, cette expérience lancée début 1996 est d'abord prévue pour une période de 6 mois. À l'issue de ce délai, il sera traité de l'opportunité de perpétuer le projet. Aussi, la modicité des services rendus dans le cas présent ne s'explique que par l'objectif avoué de cette institution à chercher des cas pratiques susceptibles d'agrémenter son expérience. Il est alors probable d'imaginer des coûts plus importants dès lors que le projet aura une forme plus permanente.

2 - Les réalisations pratiques qui devraient être privilégiées

Notons que les deux initiatives précédentes, celle du DG XXIV et le " Virtual Magistrate ", ne sont pas tout à fait des projets internationaux. La première émane exclusivement des États-Unis alors que la seconde est davantage un projet régional profitant d'une structure supranationale

préexistante. Un effort particulier nous semble devoir être dirigé vers une vision qui serait réellement internationale (à la différence du projet américain) et réellement dégagée de l'emprise des États (à la différence du projet européen). Selon nous, le salut ne parviendra que de l'implication des acteurs eux mêmes, soient les commerçants (**B**), les consommateurs réunis en association (**C**), et les banques qui établissent un lien fondamental entre les deux : le lien financier (**A**).

A - L'implication des institutions financières

Lors d'une recherche empirique sur le type de relations qu'il était possible de rencontrer sur Internet, nous avons ressorti une centaine de contrats dont chacun possédait une clause sur les modalités de paiement. Il y a de surprenant de constater que le paiement s'effectue encore pour la plupart par des moyens traditionnels soient généralement l'envoi de chèques par la poste, plus rarement la communication d'un numéro de carte bancaire par télécopieur, courrier électronique ou par téléphone. Si le transfert de l'information commerciale (commande) s'effectue assez souvent électroniquement, il est moins fréquent que le transfert de paiement ne se fasse de la sorte. Pourtant, il nous paraît difficilement possible de s'exonérer d'une telle procédure. Des considérations pratiques, telles que la rapidité et l'efficacité, sont en effet un des arguments importants. Néanmoins, c'est davantage la portée sécuritaire du " E-cash " que nous voulons faire ressortir. Plus que la simple sécurité du paiement lui-même, qui est une question technique à laquelle s'affrontent bien des partenaires, nous voulons parler de la sécurité rendue possible par la capacité d'identification des commerçants sur les nouveaux environnements électroniques. En effet, le commerçant qui décide de recevoir un paiement le biais d'une institution tel que " Mastercard " ou " Visa ", doit faire l'objet d'un enregistrement afin que l'on puisse l'identifier. L'innovation est question de temps et des institutions, en gardant ce rôle sécuritaire d'intermédiaire, proposent aux consommateurs d'acheter des cartes de crédit spécifiques pour Internet avec des montants de disponibilités variables. Quoi qu'il en soit, il est évident que l'intervention d'un tiers, surtout sur cet aspect sensible qu'est le paiement, est un moyen efficace de sécuriser les consommateurs potentiels. Entre autres fonctions, la banque pourra alors créer un " bridge of trust between the consumer and merchant ".

B - L'implication des commerçants

La démarche la plus évidente en ce qui concerne les commerçants pourrait être sans aucun doute de se constituer en association. Cette réunion s'explique d'abord par le caractère non-intrusif du médium et qu'elle permettrait ainsi de constituer des " centrales d'achat " où le client pourra effectuer son " magasinage ". Nous pensons évidemment aux formules de type " Mall " qui présentent déjà ce genre de services. Mais en ce qui nous concerne, la raison principale à la constitution d'une pareille association pourrait être la créativité d'une normativité juridique. À l'instar d'associations de commerçants qui se sont constituées dans le domaine de la vente directe, gageons que très rapidement un phénomène comparable sera amorcée dans le domaine du " cybershopping ". Certes, ce réflexe d'association entre entreprises du même genre ne touchera pas directement les commerçants individuels ou auteurs n'exerçant qu'un commerce de moindre envergure. Par contre, même sans participer au processus de rédaction de ces normes informelles, elles pourront avoir un rôle contraignant sur ceux-ci en établissant le standard de normativité applicable dans la communauté. Si cette dernière, celle des vendeurs et prestataires de services dans le cyberspace, devait épouser un degré d'intégration suffisant, pourquoi ne pas voir se créer une liste publicisant la liste des réfractaires à un pareil type de protection. L'autoréglementation constitue incontestablement une voie royale qui sera se soustraire aux inconvénients de l'internationalisation du marché de l'informoute.

C - L'implication des consommateurs

Une autre voix qu'il pourrait être efficace de privilégier serait celle de l'Ombudsman. En Suède par exemple, pays où cette institution fut créée, un Ombudsman du consommateur a été institué pour pallier aux plaintes relatives à l'application de deux lois contre les pratiques déloyales et les clauses contractuelles abusives. En Australie, dans le domaine des relations bancaires entre banques et consommateurs, une institution spéciale a été créée pour recueillir les plaintes des consommateurs. Une pareille création n'est pas sans poser quelques problèmes. Dans d'autres occasions, ce sont les entreprises elles-mêmes qui tentent d'instituer des contacts avec les usagers. Ce rapprochement entre les parties, et l'implication du particulier en général, sera d'autant plus facile que le médium de communication est convivial. On peut notamment penser à des processus de médiation par téléphone qui furent instaurés entre individus et administrations américaines. Concernant l'inforoute, un récent projet d'Ombudsman, rattaché au " Virtual Magistrate " cité plus haut, vient d'ailleurs de se mettre en place : " The Online Ombuds Office ". Quoiqu'en soit encore balbutiant, ce site que l'on imagine expérimental, va même jusqu'à payer cent dollars à tout individu qui sera susceptible d'apporter un litige sur des thèmes choisis.

3 - L'avènement de normes informelles? La *lex consummatica* existe-t-elle?

Il est alors légitime de se demander si la nécessité de voir se réaliser la formation de normes internationales, ne va pas permettre de se diriger vers ce que l'on pourrait qualifier la *lex consummatica*? Provenant de l'expression *lex electronica*, elle-même tirée de l'expression bien connue *lex mercatoria* décrivant le droit des marchands, nous serions alors face à des normes informelles mais pourtant détentrices d'un degré de contraignabilité. Utilisée au Moyen-âge pour déterminer ces normes qui étaient sous contrôle des gens d'affaires, le concept de *lex mercatoria* réapparut dans les années 1960 pour qualifier des habitudes, aux degrés de coercition variables, qui avaient cours en commerce international.

Sans évoquer la polémique presque passionnelle cherchant à déterminer la teneur de la *lex mercatoria*, les différentes composantes la constituant ne sont pas sujet à trop de débats. Il y a les lois modèles ou conventions, les contrats-type, la pratique contractuelle, les sentences arbitrales et les principes généraux du droit. Certes, les normes que l'on trouve dans le commerce ne sont pas celles qui existent en matière de consommation. Dans ce dernier cas, les droits nationaux y sont beaucoup plus présents du fait de leur haute portée d'ordre public sur la question. Ceci est incontestablement un élément qui milite dans sa moindre autonomie comparativement aux rapports entre commerçants. Pour cette raison, à l'heure actuelle, il est impossible de parler d'un droit international de la consommation. Les expériences à venir nous démentiront sans doute, surtout si une structure impliquant les consommateurs et les commerçants parvenait à s'établir au plan international. Dans ce cas, une normativité en émanerait très certainement et le pouvoir normatif encore entre les mains des États diminuerait d'autant plus. Cette tendance paraît inévitable dans la mesure où elle s'accorde avec le médium. Le droit relatif aux inforoutes sera international, car les inforoutes sont internationales, opérant sans aucun doute un certain dessaisissement au détriment des États.

Conclusion

L'introduction de plus en plus forte des nouveaux réseaux de communication dans la vie de tous les jours est une prévision qui n'en est plus vraiment une. L'Internet et autres réseaux sont là et le seront encore plus dans les années à venir. Les changements sont de taille et l'un d'eux sera la facilité de mise en communication d'un individu à un autre. Les intermédiaires ne sont plus nécessaires, l'imprimeur, le détaillant par exemple, seront concurrencés. Juridiquement, l'effet est que les droits de l'auteur pourront bénéficier de l'instrument contractuel sans que les interdictions que les différents systèmes de droit refusaient aux intermédiaires ne soient ici applicables. Fort de cette prérogative, il faut aussitôt affirmer les droits que l'utilisateur ne manque pas de se voir attribuer sur la base du droit de la consommation. Ainsi, si les auteurs pourront techniquement se

prémunir davantage de stipulations insérées dans les sites où ils proposent leurs services, le caractère triangulaire de la situation d'antan n'étant plus applicable à notre situation, il faut aussitôt affirmer les droits que l'on peut apporter à l'utilisateur. Deux domaines protégés, deux groupes d'intérêts à satisfaire. Une frontière doit donc être érigée entre les deux. Plus que de dire où cette dernière se situe, nous tenterent dans cette présente étude de dire comment et sur quelles bases il était possible de la créer.

Le contrat comme instrument de la volonté des parties n'existe plus vraiment dans une pareille situation, étant donné le haut degré d'ordre public qu'il est possible de rencontrer. Auteur et utilisateur s'affrontent donc directement, la liberté de l'un se développant au détriment de celle de l'autre. Le problème est que plusieurs des textes qui visent à assurer une protection à l'utilisateur, sur la base du droit de la consommation, ne sont pas forcément applicables à une relation sur l'inforoute. Par la même, la protection de l'utilisateur est moindrement assurée. Si le vide juridique n'existe pas vraiment, une adaptation serait néanmoins très utile afin de préciser avec davantage d'assurance les droits et obligations de chacun.

Quelle que soit la manière dont s'effectuera cette mise à jour, il existe, semble-t-il, une certaine urgence pour ce faire. Moins juridique que politique, la question des droits de chacun devra être déterminée par les acteurs du cyberspace, qu'ils soient des gouvernements, des commerçants ou des utilisateurs. Ces éclaircissements auront sans aucun doute des répercussions économiques, le manque de sécurité, notamment juridique, étant vraisemblablement la cause première qui fait que le commerce électronique n'est pas encore très utilisé par le grand public.