

Le risque, fondement et facteur d'effectivité du droit

Pierre TRUDEL*

Introduction.....	243
1. Le droit de l'État postmoderne	243
2. Le risque comme paradigme.....	250
3. Le risque fondement du droit.....	256
4. Le risque facteur d'effectivité du droit.....	258
4.1 L'effectivité est fonction du risque perçu comme émanant de la norme	259
4.2 La gestion des risques juridiques.....	262
Conclusion	270

* Professeur, Titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Faculté de droit, Université de Montréal.

Introduction

Si la société postmoderne est une société du risque et que, comme l'écrit Beck, « le fait de discuter des risques que la société produit elle-même, le fait de les anticiper et de les gérer est progressivement devenu l'une de ses principales préoccupations »¹, le risque peut donc être envisagé comme participant à la construction de ce qui justifie et légitime le droit. Par sa morphologie variable, voire insaisissable, le risque apparaît comme un paradigme reflétant les principaux traits de la postmodernité.

Ainsi, dans la société du risque, le risque est au cœur des fondements du droit. Mais le risque est aussi une condition de l'effectivité du droit. Le droit n'est effectif que dans la mesure où il génère suffisamment de risques auprès des sujets de droit. Ainsi, le droit est justifié par le risque et les mesures, droits, obligations qu'il énonce et qui se manifestent auprès des sujets de droit comme autant de risques substitués aux risques qui sont à la base de la justification de la règle de droit.

1. Le droit de l'État postmoderne

Le passage d'un État et d'un droit moderne à un État et un droit postmoderne permet de saisir les mutations qui découlent des évolutions que connaît le contexte socio-technique et surtout, les impacts que cela peut avoir sur le droit, la place qu'il tient, sa morphologie et ses conditions de fonctionnement. Marie-Andrée Bertrand écrit à cet égard que :

Les auteurs qui ont consacré une bonne partie de leurs travaux à l'analyse des sociétés avancées et de leur culture estiment que la nôtre ne ressemble à aucune autre et surtout qu'elle se différencie nettement de la précédente. Nous sommes sortis d'une

1 Ulrich BECK, « Risque et société », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN, *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadrige, PUF, dicos poche, 2006, p. 1022.

première « modernité » pour entrer dans ce que les uns appellent la modernité avancée (High modernity, late modernity), ou l'hypermodernité, ou de la deuxième modernité. D'autres parlent plutôt de postmodernité.²

En ce qui a trait au lien politique, on constate que les appareils de l'État connaissent des mutations. Le passage à l'État postmoderne « implique une redéfinition de la nature du lien politique, c'est-à-dire du rapport entre gouvernants et gouvernés et plus généralement de la consistance du lien social »³.

Les phénomènes de crise de l'architecture étatique, de la mondialisation, l'omniprésence des relations en réseau, la dissolution de la logique des lieux et le réagencement selon les flux d'informations et de capitaux sont au nombre des mutations qui accréditent le passage vers un État et d'un droit qui serait « postmoderne ». Chevallier parle de crise de l'architecture étatique⁴. Le modèle étatique hérité de la modernité est mis à mal dans les sociétés postmodernes. Il y a une réévaluation de la place de l'État; la crise de l'État providence paraît emblématique de cette tendance. Selon Jacques Chevallier, cette crise s'est développée au niveau des représentations : à compter des années soixante-dix, il y a une érosion du système de représentation sur lequel l'État avait pourtant bâti sa légitimité. Le thème de l'inefficacité de l'État porte plusieurs des remises en cause d'un modèle présenté de plus en plus comme interventionniste, dérégulant les mécanismes du marché et limitant l'initiative.

Les institutions ont du mal à imposer des modèles normatifs à des individus se référant avant tout à leur propre expérience. La fin des « grands récits » signifie qu'il y a de moins en moins de cadres de référence capables de procurer des repères éthiques qui seraient fondés sur des croyances largement admises.

2 Marie-Andrée BERTRAND, « Le rêve d'une société sans risque », *Drogues, santé et société*, vol. 4, n° 2, décembre 1995, p. 9-41, p. 10.

3 Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e édition, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 159.

4 *Id.*, p. 1.

La dynamique de la mondialisation tend aussi à affecter la capacité des États d'exercer une maîtrise aussi complète sur plusieurs phénomènes. Avec le passage à la société de l'information, les États ne peuvent plus prétendre contrôler les flux d'information au sein d'environnements aux limites apparemment indéterminées et se déployant en réseaux.

Les technologies de communication tendent à s'inscrire et accentuer les mutations caractéristiques que connaît le droit de la modernité. Manuel Castells fait remarquer qu'à la logique des lieux se substitue une organisation du monde selon des flux de biens, d'informations et de capitaux qui ignorent les frontières⁵. Sans doute les mutations que connaît le droit ne résultent pas uniquement des changements dans les techniques de communication, mais il paraît y avoir une grande coïncidence entre les mutations que les techniques connaissent et celles qui affectent l'État et le droit.

L'État se trouve désormais de plus en plus concurrencé par d'autres entités productrices de normativités. Les opérateurs économiques, les organismes non gouvernementaux (ONG) agissant localement ou dans des réseaux transnationaux agissant suivant des logiques supranationales, s'engagent de plus en plus dans les processus de délibération participant à la détermination des règles et des régulations.

Karim Benyekhlef constate que ce phénomène engendre une situation dans laquelle les États se trouvent contraints par une conjonction de phénomènes qui peuvent presque invariablement être assimilés à des risques. Il écrit :

Les États sont, en effet, contraints dans un écheveau d'obligations et d'engagements politiques et juridiques qui pourrait constituer un système politique global à paliers multiples en émergence. Au-delà de ces obligations et engagements, un faisceau croisé d'interdépendances se crée en raison des risques posés à la planète par l'action des hommes [...] et de la nature

5 « Risque, réseau, liquidité... les nouvelles images de la société », *Sciences humaines* n° 222, janvier 2011, p. 76.

[...]. Ces circonstances font que le degré d'interconnectivité et de vulnérabilité de tous ne peut que croître très rapidement et nous oblige à mettre en place un programme commun d'action politique fondé sur un cadre juridique général susceptible de permettre une réponse globale et efficace à ces risques majeurs.⁶

Ces phénomènes contribuent à brouiller les repères spatio-temporels, atténuant la spécificité étatique et contribuant à la banalisation de l'État⁷. Ce dernier tend à devenir une entité parmi un ensemble de lieux et de processus dans lesquels se pensent et s'appliquent les normativités. Pour assurer l'application de ses normativités, l'État a de plus en plus l'obligation d'en démontrer le bien-fondé et l'efficacité. En somme, l'État est de plus en plus en situation de justifier ces interventions au nom des risques auxquels celles-ci sont censées répondre.

Un ensemble de systèmes ont la capacité de produire des normes. Au premier chef, le droit des États constitue une source majeure de normativité. Mais cela n'est pas incompatible avec l'avènement d'un droit élaboré, négocié, pensé dans différents réseaux se présentant comme ayant vocation à procurer les encadrements pour les activités qui semblent ne pouvoir être entièrement régies par les droits étatiques nationaux. La technologie et les contraintes ou opportunités qu'elle induit est aussi source de normativité⁸.

Les processus délibératifs se déroulent de plus en plus suivant le modèle des réseaux⁹. Dans une société de réseaux, les normes sont pensées, élaborées et appliquées au sein de plusieurs pôles

6 Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme – Les normativités émergentes et la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 683.

7 Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 65.

8 Pierre TRUDEL, « L'architecture technique comme élément régulateur du cyberspace », (2000) *Media Lex* 187; Pierre TRUDEL, « La Lex Electronica », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Éditions Bruylant, collection Droit international, 2001, p. 221-268.

9 Antoine BAILLEUX, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau », (2005) 55 *R.I.E.J.*, 91-115.

interagissants. Les problèmes et enjeux auxquels répondent les mesures étatiques, de même que les autres normativités, sont débattus et mis au jour dans plusieurs lieux. Ces lieux sont en dialogue : chacun peut, à un moment où l'autre, se trouver en situation de proposer une signification à un principe ou une mesure. Il peut arriver que les principes constitutionnels soient invoqués au soutien ou à l'encontre d'une mesure débattue. L'application du droit se déroulant de plus en plus dans un univers à pôles multiples et interreliés et du coup en position de s'influencer. Ce qui en retour module les processus délibératifs et le droit et les autres normativités qui en découlent.

L'environnement-réseau induit une certaine instabilité de la règle de droit. L'information paraît de plus en plus fluide et en continuuel réajustement et actualisation. Le droit se présente de plus en plus comme une résultante continuellement provisoire d'un ensemble de décisions emportant des conséquences normatives et des tensions qui se manifestent entre les divers points du réseau. François Ost observe que le droit s'exprime selon le mode de traitement de texte... les processus de régulation tendant à remplacer les lois en tant que commandement ou événement¹⁰. D'où une mutation allant dans le sens d'un élargissement des sources jugées pertinentes lors de la prise de décision.

Cet élargissement des sources de normativité s'accompagne de l'apparition d'un socle de valeurs exprimées sous la forme de principes directeurs formulés en termes généraux et de manière à être admis par tous. Ces principes sont ensuite relayés dans le système juridique¹¹. Les principes directeurs se révèlent souvent les seuls capables d'assurer la compatibilité des valeurs et intérêts complémentaires et contradictoires. Ils sont régis par le principe de la non-contradiction : il est possible d'affirmer dans la même loi des principes qui pourraient,

10 François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.) *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., *Droit et société – recherches et travaux* 5, 1998.

11 Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 190.

dans certaines de leurs applications, se trouver en contradiction. Alors l'interprète aura à faire les raisonnements qui délimiteront la portée de l'un et de l'autre des principes. Le recours à des règles fixes se révèle souvent plus difficile pour le législateur qui doit tenir compte d'un ensemble de valeurs risquant à tout instant de se contrecarrer. Dans de telles situations, les principes directeurs permettent la coexistence de législations très dissemblables protégeant des valeurs et intérêts parfois divergents.

Une illustration de ce phénomène est fournie par l'importance que prennent les droits fondamentaux. Tous sont *a priori* en faveur des droits fondamentaux : mais c'est souvent au niveau des conséquences pratiques de ces derniers que se rompent les consensus. Par exemple, il y a un va-et-vient entre les principes constitutionnels, les lois et les normativités qui sont adoptées en leur nom. Énoncés dans des textes supra légaux, les principes deviennent autant d'arguments, de justifications, de légitimations pour préconiser, valider ou invalider des lois ou appuyer des décisions. Mais en retour, ces mesures mises en place dans le déroulement de la vie sociale influent sur le sens des principes supra légaux et sur les dialogues entre les différents pôles qui prennent part à l'application et à l'interprétation des règles.

Dans les sociétés postmodernes, les principes et les droits n'ont pas un sens univoque. Le sens des droits est déterminé dans des contextes fluctuants et dans le cadre de multiples processus délibératifs. Les principes fondamentaux d'une politique, les droits et libertés ont beau connaître leur sens immédiatement obligatoire dans le système juridique, d'autres systèmes contribuent à dégager le sens des règles et des droits. La généralisation des espaces en réseaux accentue le constat de Philippe Jestaz selon lequel « le droit avec son réseau serré de règles et d'institutions, est un système compact, de surcroît imbriqué avec d'autres systèmes sociaux »¹². Parmi ces systèmes sociaux qui participent à la construction du sens des règles et principes, il y a le système politique, les institutions politiques et juridiques, les mœurs, les usages... le juge. Dans ce cadre, il existe une pluralité de communautés

12 Philippe JESTAZ, *Le droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2001, p. 25.

d'interprétation au sein desquelles se dégage le sens des principes, des droits et libertés, qui génère les repères permettant de résoudre les contradictions. Le sens des règles se discute et se définit aussi dans les systèmes plus diffus, la morale, l'idéologie, les croyances communes ou communément admises. Le réseau génère lui aussi ses référents culturels, ses mythes, ses croyances, ses coutumes.

La postmodernité se propose ainsi comme « cadre » de référence pour les analyses impliquant des normativités interreliées, disparates et échappant aux catégorisations.

Les conceptions postmodernes du droit se présentent comme défiant la certitude, les constructions et les frontières, reconnaissant les paradoxes, insistant sur le pouvoir, plus spécialement le pouvoir discursif et linguistique. Ainsi, Adam G. Todd fait valoir que :

Postmodern laws are characterized by a paradox; the law is flexible and adaptable but simultaneously normative. This paradox makes a postmodern law valuable. In the postmodern era of technology and cyberspace, a postmodern law such the Safe Harbor Agreement is likely to be a model for future legal regimes that can be flexible, dynamic, evolving, and multifaceted while still providing for the normative needs of regulation in the emerging, and multifaceted while still providing for the normative needs of regulation in the emerging global legal system.¹³

Dans la plupart des conceptions postmodernes du droit, on remarque une insistance sur l'autoconstruction du « moi », une prédilection pour l'analyse autoréflexive et autoréférentielle, l'ironie et l'ambivalence politique. D'autres pourront souligner la célébration de la fragmentation, de l'incertitude du chaos, la connection avec le quotidien consumériste ou encore l'utilisation et l'interliaison de la haute technologie et de l'Internet avec des objets faiblement techniques et primitifs.

13 Adam G. TODD, « Painting a Moving Train : Adding 'Postmodern' to the Taxonomy of Law », (2008) 40 *U. Toledo L. Rev.* 105-144.

En somme, dans l'État post-moderne, les processus sont moins centralisés. Ils se déploient de plus en plus en réseaux plutôt qu'en pyramide. Les réseaux ont des frontières fluctuantes. Le droit – avec sa texture constituée de principes généraux se confondant souvent avec les valeurs largement admises – est exprimé dans des pôles de normativité en concurrence et en situation d'interinfluence les uns avec les autres.

En fin de compte, il est de plus en plus difficile de concevoir les délibérations menant aux décisions collectives comme simplement le résultat d'un processus par lequel une autorité répond à une question et en impose la réponse.

Dans une telle perspective, le risque apparaît comme une notion candidate à cristalliser les discours rendant compte des perceptions et des conceptions à partir desquelles sont revendiquées et justifiées des interventions du droit.

2. Le risque comme paradigme

La notion de risque a pris beaucoup de place dans la recherche en sciences humaines au cours de la dernière décennie¹⁴.

Dans la postmodernité, le risque apparaît comme une composante majeure de la reconfiguration des processus délibératifs associés à la production du droit. Les perceptions diverses ou convergentes au sujet des risques, leur existence ou leur ampleur contribuent à construire les légitimations sur lesquelles se fondent les règles de droit. L'anticipation, la gestion et la répartition des risques figurent parmi les grandes préoccupations des systèmes juridiques. Ulrich Beck explique que :

La société moderne s'est transformée en société du risque [...] parce que le fait de discuter des risques que la société produit

14 Jonathan JACKSON, Nick ALLUM et George GASKELL, *Perceptions of Risk in Cyberspace*, Cyber Trust & Crime Prevention Project, 04-06-2004, en ligne : <http://www.foresight.gov.uk/OurWork/CompletedProjects/CyberTrust/Docs/Perceptions_of_Risk_in_Cyberspace.asp>.

elle-même, le fait de les anticiper et de les gérer est progressivement devenu l'une de ses principales préoccupations.¹⁵

Si Beck a raison, il en découle que le droit peut être envisagé à la lumière des risques qui tendent à le justifier ou à le légitimer. Pierret explique à cet égard que le risque apparaît comme central dans les processus de décision vis-à-vis d'un futur largement ouvert débarrassé des croyances, des traditions et du destin : « Il représente cette période intermédiaire entre la sécurité et la destruction où la perception de menaces détermine notre pensée et notre action »¹⁶. Ce qui amène Ewald et Kessler à relever que « l'exigence que les politiques modernes se réfléchissent comme allocation optimale des risques »¹⁷.

Lorsqu'on combine les observations de Chevallier avec les analyses de la « société du risque » telles que rapportées par Pierret, l'on en vient au constat que le risque est le fil conducteur des transformations que connaît le droit dans la postmodernité.

La régulation – et singulièrement celle découlant du droit – trouve une grande partie de ses justifications dans les risques perçus à l'égard de ce que peut causer l'usage mal encadré des choses ou l'encadrement inadéquat des relations entre les sujets de droit.

Tobias Mahler constate que la notion de risque a été étudiée sous différents angles disciplinaires¹⁸. Maryse Deguergue relève que le

15 Ulrich BECK, « Risque et société », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN, *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadrige, PUF, dicos poche, 2006, p. 1022.

16 Julien PIERET, *D'une société du risque vers un droit réflexif? Illustration à partir d'un avant-projet de loi relatif à l'aéroport de Zaventem*, séminaire Suis-je l'État? Séminaire virtuel de l'ULB, en ligne : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews%5Bpointer%5D=2&cHash=d0d8282540>, p. 5.

17 François EWALD et Denis KESSLER, « Les noces du risque et de la politique », *Le Débat*, n° 109, p. 55, cité par Pierret, p. 5.

18 Tobias MAHLER, « Defining Legal Risk », Paper presented at the conference Commercial Contracting for Strategic Advantage – Potentials and Prospects,

risque peut être classé parmi les notions axiologiques qui traduisent le réel tout en portant sur lui un jugement de valeur, lequel permet de poser des règles juridiques¹⁹. Dans le même esprit, Thompson et Dean relèvent que :

Most literature on risk either proposes or presupposes a general conception of risk, then proceeds immediately to offer definition and qualification of the favored conception without acknowledging the existence of alternatives. This practice might reflect a belief that risk is an uncontested concept, but it is typical for papers on justice or truth - unarguably contested concepts - to follow a similar pattern. Debates over conceptions of justice or truth have a long philosophical history, however, while debates over risk do not.²⁰

Luhman²¹ observe que la notion de risque possède un fort potentiel de devenir un champ interdisciplinaire extrêmement fécond puisque la notion paraît intéresser, selon des angles différents, un vaste ensemble de disciplines. Mais cet auteur constate l'absence de définition à caractère universel du risque. Il écrit que :

There is no definition of risk that could meet the requirements of science. It appears that each area of research concerned is satisfied with the guidance provided by its own particular theoretical context. (p. 6)

Le risque est intimement lié à l'incertitude. Plus il y a de certitude, moins on sera enclin à parler de risque. La définition mise de l'avant

Turku University of Applied Sciences, 2007, published in the Conference Proceedings, p. 10-31.

19 Maryse DEGUERGUE, « Risque », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 1372.

20 Paul B. THOMPSON & Wesley DEAN, *Competing Conceptions of Risk*, en ligne : <<http://www.piercelaw.edu/risk/vol7/fall/thompson.htm>> .

21 Niklass LUHMAN, *Risk: A Sociological Theory*, Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 6.

par l'ISO reflète l'importance que tient l'incertitude dans la notion de risque : « Risk is the combination of the probability of an event and its consequences »²² (ISO 2002, définition 3.1.1). La probabilité renvoie à un degré de certitude (ou d'incertitude). On aura tendance à ne pas voir de risque lorsqu'il y a une très grande probabilité ou une probabilité quasi inexistante. À l'inverse, on pourrait tout aussi bien dire que le risque est nul ou certain lorsqu'il y a peu d'incertitude.

Alors que Beck envisage le risque comme un hasard, une menace ou un danger objectif inévitablement médiatisé par des processus socio-culturels²³, l'appréhension du risque en tant que moteur et moyen de la normativité juridique requiert de postuler que rien n'est risque en soi.

Le risque s'envisage comme une construction; il n'existe pas en soi. Chantraine et Cauchie dans leur article « Risque et gouvernementalité » expliquent que : « Ce que nous concevons comme un risque (ou un hasard, une menace, un danger) est le produit de « manières de voir » historiquement, socialement et politiquement contingentes²⁴ ».

Chantraine et Cauchie avancent qu'une perspective gouvernementaliste procure un cadre analytique à la fois souple et fécond. Une telle perspective s'intéresse à la pluralité des natures des « risques ». Évitant de saisir le risque et les formes de gouvernement qui lui sont associés : « comme un bloc monolithique qui s'imposerait à tous et à tout de manière homogène, l'analyse décrypte [...] la contingence et le localisme des configurations dans lesquelles l'outil-risque est mobilisé ». De son côté, Jean-Gustave Padioleau écrit que :

22 ISO, *Risk management – Principles and guidelines – ISO 31000 :2009*, en ligne : <http://www.iso.org/iso/catalogue_detail.htm?csnumber=43170>.

23 Gilles CHANTRAINÉ et Jean-François CAUCHIE, « Risque(s) et gouvernementalité – Reconstruction théorique et illustration empirique : les usages du risque dans l'économie du châtement légal », (2006) 1 *Socio-logos Revue de l'Association française de sociologie*, p. 15, en ligne : <<http://socio-logos.revues.org/13>>.

24 *Id.*, p. 16.

(i) Le risque correspond à des expériences, individuelles ou collectives, d'estimations de la venue de phénomènes futurs désirables (croissance économique, découvertes scientifiques, etc.) ou indésirables (dangers, catastrophes, guerres, pertes en tous genres).

(ii) Positifs ou négatifs, ces phénomènes sont attribués à des causes ou à des responsabilités (États, capitalismes, milieux physiques, groupes, individus etc.) susceptibles de se produire.

(iii) Des conséquences souhaitables (bien-être économique ou social, espérance de vie, etc.) ou préjudiciables (dommages, victimes, etc.).

(iv) Dans ce cadre probabiliste, les estimations des phénomènes, des causes et des conséquences invitent à des actions éventuelles (individuelles/collectives, publiques/privées) pour les maîtriser (prévision, prévention, précaution, réparation, interdiction, etc.) en vue de régler, autant que faire se peut des problèmes de risques (développer les bénéfices attendus, réduire, éliminer les pertes éventuelles, etc.).

Padioleau ajoute que « le risque possède une nature dualiste constituée d'estimations positives et négatives »²⁵. C'est « un phénomène pratico-cognitif et institutionnel lié aux essors de l'économie de marché, du libéralisme politique, du progrès scientifique et « de ses modes de raisonnement probabiliste favorables d'un côté aux prises de risques et de l'autre soucieux de maîtrise »²⁶. Cet auteur ajoute que « Toute action, individuelle ou collective, est en effet risque et le phénomène du risque apparaît au cœur du politique »²⁷. Cet auteur évoque également la contingence qui imprègne le phénomène du risque :

25 Jean-Gustave PADIOLEAU, « L'action publique post-moderne : le gouvernement politique des risques », *Politique et management public*, vol. 17, n° 4, décembre 1999, p. 112-113.

26 *Id.*, p. 113.

27 *Id.*

Les manifestations, les causes, les conséquences apparaissent toujours probables – plus ou moins. Dans ce contexte d'incertitudes le phénomène du risque s'éprouve à l'aide de calculs pratiques inspirés par des valeurs ou par des sentiments, bricolés à la lumière des expériences ou à coup d'essais et d'erreurs, systématisés par des savoirs et des expertises estimant les chances d'occurrence, l'ampleur des dommages et des bénéfices.²⁸

La perspective d'actions éventuelles constitue également une donnée essentielle du risque. Padioleau rappelle que « le phénomène social du risque conjugue deux types de risques génériques »²⁹. Les risques découlent en effet d'activités humaines (navigation, agriculture) ou de phénomènes naturels (marées, activité sismique). À ces risques s'additionnent ceux qui sont liés à ce que Padioleau désigne comme les *praxis* publiques.

Réagir ou ne pas réagir faute d'accords internationaux à des problèmes de protection ou d'exploitation du plateau continental correspond dans les deux cas à prendre des risques.³⁰

En somme, l'action ou l'inaction en matière de réglementation peut générer du risque.

Le risque en raison de son caractère contingent est tributaire des perceptions infiniment variables. Il se révèle comme une notion cadrant très bien avec ce qui est habituellement associé à la postmodernité. Le risque est une construction. Il est un reflet des revendications des groupes d'intérêts qui revendiquent des changements dans le droit, le maintien du droit ou des interprétations différentes des règles de droit.

28 *Id.*, p. 114.

29 *Id.*

30 *Id.*

Dans l'approche « gouvernementaliste », rien n'est risque en soi. Les risques sont multiples et en fait, traiter des risques en tant que fondement du droit c'est identifier ce qui est perçu, présenté ou revendiqué comme un risque à une époque et dans un contexte social donné.

Dans les traditions juridiques continentales, l'on peut observer une tendance à envisager le risque en fonction des cadres juridiques par lesquels il est reconnu, identifié, évalué et balisé. Dans les traditions moins portées sur le droit légiféré, il se présentera davantage comme un argumentaire afin de justifier telle ou telle règle ou une interprétation allant dans un sens déterminé. Dans une perspective postmoderne, les risques sont perçus, construits et argumentés en fonction de références multiples selon les caractéristiques de la postmodernité.

Le risque en tant que construction sociale sera apprécié de façon différente selon les époques et selon le contexte culturel, politique ou social³¹. Les représentations des dangers et des bienfaits des technologies contribuent à la construction des perceptions collectives des risques et des bénéfices des objets techniques. Ces perceptions varient dans le temps : elles ne sont pas identiques à toutes les époques. Elles diffèrent également selon les contextes sociaux : le droit et les autres normativités procèdent en grande partie de ces perceptions variables reflétant les contextes sociétaux et historiques.

Ainsi, le risque participe à la construction des rationalités fondant les demandes pour édicter des règles de droit. Le risque est en effet présent dans la plupart des argumentations fondant des revendications pour ajouter, retrancher ou modifier le droit.

3. Le risque fondement du droit

Le risque est présent en tant qu'ingrédient de ce qui participe aux fondements du droit, aux justifications qui contribuent à le légitimer. Le risque est un ingrédient des rationalités sur lesquelles se fondent les

31 Christine NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, Paris PUF, Les voies du droit, 2003, 235 p.

règles de droit. Les risques-rationalités sont ceux qui contribuent à justifier l'existence des règles.

L'intervention de l'État ne va pas nécessairement de soi. Les règles de droit doivent, plus que jamais, reposer sur des justifications. Dans la société postmoderne, les justifications sont largement la résultante d'argumentations se fondant sur des démonstrations tendant à établir l'existence de risques.

Les valeurs qu'on essaie de défendre par le recours au droit forment un ensemble de rationalités³² qui sont présentes dans les argumentations justifiant les règles de droit et les mesures réglementaires qui sont prises à l'égard des multiples aspects du fonctionnement des activités sujettes à réglementation. Or, de plus en plus, les liens entre les valeurs et la règle de droit s'articulent autour des argumentaires tendant à démontrer l'existence de risques. Par exemple, les menaces que laissent planer les capacités considérables de traitement de l'information issues des technologies numériques ou informatiques sont des risques qui justifient les lois sur la protection des renseignements personnels ou qui fondent les revendications en faveur du renforcement de celles-ci.

C'est au nom des risques perçus que se justifie l'existence même de la règle de droit. Dans l'espace social, ce sont les perceptions à l'égard des dangers et risques d'une activité, d'un comportement ou d'un état de fait qui contribuent à construire les arguments et les justifications au nom desquelles on trouve légitime d'édicter et appliquer des règles de droit ou d'autres normativités.

En somme, le risque est une construction s'inscrivant dans les logiques des mécanismes d'exercice du pouvoir; ceux qui veulent fonder leur pouvoir vont faire valoir le risque qu'il faut conjurer. Ceux qui veulent remettre en cause les pouvoirs existants vont insister sur les risques de laisser les choses en l'état.

32 Pierre TRUDEL, *La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation – Éléments d'un modèle*, en ligne : <<http://www.chairelr.wilson.ca/cours/drt6913/Rationalites-techregl.pdf>>.

Le risque apparaît ainsi pour le juriste comme le phénomène qu'il faut rechercher afin de mieux cerner les fondements du droit et éventuellement envisager les évolutions que pourrait connaître celui-ci.

Tout se passe comme si pour fonder et légitimer un pouvoir ou une revendication relative au droit, il fallait construire une démonstration du risque, démontrer, via l'expertise ou par d'autres discours l'existence d'un risque. Mais on peut aussi avancer que l'exercice du pouvoir lui-même repose en partie sur la reconnaissance ou la démonstration de risques.

En résumé, le risque participe à la fois aux justifications et aux rationalités des règles de droit et il en est la condition d'effectivité. Mais ce ne sont pas les mêmes risques qui justifient et qui assurent l'effectivité d'une règle. D'où l'intérêt de distinguer les risques qui constituent les rationalités des règles des risques qui sont générés par les règles de droit énoncées ou les normes implicites.

Mais si le risque contribue à justifier le droit, c'est en créant du risque que le droit obtient son effectivité. Ce qui fait la force du droit, ce qui assure son effectivité, est sa capacité à créer des perceptions de risques chez les personnes qui sont visées par la règle. Cela amène à traiter du risque comme facteur d'effectivité du droit.

4. Le risque facteur d'effectivité du droit

Au niveau des sujets de droit, les micro-risques sont ceux qui sont perçus par les sujets de droit. Le risque est ici envisagé comme un facteur de l'effectivité du droit.

L'encadrement normatif peut s'envisager dans le contexte des risques que la normativité paraît induire. La régulation se présente alors comme un ensemble de décisions de gestion des risques qui sont perçus par les acteurs au sein du réseau. Les entités en mesure d'imposer leur volonté à d'autres entités dans le réseau vont devoir s'assurer que leurs décisions ou leurs textes normatifs génèrent une perception suffisante de risque d'effets adverses chez les acteurs visés. L'effectivité des normes est fonction de leur capacité à engendrer une

perception de risque chez les sujets. Mais une fois qu'ils ont perçu ou reconnu le risque, les sujets doivent le gérer.

Pour donner lieu à un comportement conforme à celui qui est recherché, une norme ou un processus de régulation doit être perçu comme générant plus de risques que les bénéfices qui peuvent résulter de sa transgression. Sur Internet, les acteurs font nécessairement une évaluation des risques juridiques. Comment expliquer autrement le fait qu'en dépit du caractère universel du réseau, et donc de la certitude qu'un site Web non restreint aux utilisateurs possédant le droit d'y accéder sera accessible dans tous les pays, aucun maître de site ne fait le choix de se conformer à la totalité des législations nationales possiblement applicables ? En somme, sur Internet, la régulation qui est effective est celle qui engendre chez les acteurs, un seuil minimal de perception de risques pouvant résulter de comportements qui y dérogent.

Le risque est ainsi un élément de l'effectivité de la règle. L'effectivité d'une norme, d'un commandement ou d'une situation contraignante découle forcément des risques que celle-ci est en mesure d'induire. Une règle n'est effective que dans la mesure où elle induit chez les sujets une perception qu'un risque significatif découlera de sa transgression. Une norme qui ne génère pas de risques auprès des sujets qu'elle vise n'est pas effective. Elle n'est que symbolique. Plus une règle engendre une importante perception de risques, plus elle peut être tenue pour efficace. L'effectivité est donc fonction du risque perçu comme émanant de la norme.

4.1 L'effectivité est fonction du risque perçu comme émanant de la norme

Les règles ne sont effectives que dans la mesure où elles induisent des risques perçus par les acteurs visés. Envisagé ainsi, le risque devient une composante de l'effectivité des règles de droit et des autres normes. André-Jean Arnaud définit l'effectivité comme étant « le

degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »³³.

Dans la tradition kantienne (de même que dans l'analyse positiviste traditionnelle), l'effectivité est une question seconde. Le critère principal de validité d'une règle juridique est son mode d'édiction et non son application effective. Envisagée dans la perspective du risque, l'effectivité de la règle est accomplie dès lors que celle-ci engendre une perception de risque. La perception de risque pourra renvoyer au risque de sanction juridique au sens premier. Mais le risque pourra concerner des conséquences qui ne sont pas *a priori* juridiques comme les risques de réputation ou ceux qui peuvent affecter la renommée.

En somme, le risque permet d'opérer un lien entre la norme et les processus par lesquels celle-ci est porteuse de conséquences. Il permet de rendre compte du fait que le seul énoncé d'une norme n'est pas en soi suffisant pour engendrer une conséquence sur les comportements. Pour les sujets de droit, le risque juridique se présente comme ayant deux composantes : une norme et un événement. C'est de la conjonction de la norme et de l'événement que découle le risque juridique. La norme peut être énoncée dans une loi ou un règlement, mais elle peut aussi découler d'un contrat ou d'une configuration technique. Le propre de la norme, c'est qu'elle est susceptible d'être sanctionnée, c'est-à-dire qu'une conséquence adverse est susceptible de découler de la transgression. La transgression survient lors d'un événement. Il peut s'agir d'un acte affirmatif ou d'une omission. L'événement doit nécessairement être anticipé ou, à tout le moins, sa survenance possible détectée. La conséquence qui peut découler de cet événement doit être évaluée.

Une norme génère du risque lorsqu'elle s'applique dans un contexte au sein duquel sont réunies un ensemble de conditions qui sont de nature à convaincre les sujets de droit qu'elle sera effectivement appliquée et que cette application sera génératrice de dommages ou d'inconvénients plus grands que les avantages qui pourraient résulter de sa

33 André-Jean ARNAUD et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 217.

transgression. Les acteurs évaluent les risques qu'une mesure ou une règle s'applique à leur activité. La décision de se conformer à telle règle et pas à d'autres procède d'une démarche d'évaluation des risques juridiques.

Le potentiel d'application du droit de tel ordre juridique est évalué par chacun des acteurs en fonction de divers facteurs. L'évaluation portera sur des facteurs tels que les possibilités effectives de poursuites, la possession d'actifs sur le territoire étatique concerné, le désir d'inspirer confiance ou de se comporter en « bon citoyen ». Ces facteurs concourent aux analyses par lesquelles les acteurs orientent leurs stratégies de gestion de risques.

La prise en considération du risque induit par la norme permet de rendre compte du fait que la norme énoncée est reçue dans un environnement social dans lequel seront définies les conditions de légitimité et les conditions pratiques et concrètes faisant en sorte que les acteurs évaluent les effets de la norme et surtout les conséquences d'une transgression. Dans une telle perspective, le risque apparaît comme une composante nécessaire de la décision des sujets de se conformer au droit

Envisager la règle de droit dans la perspective du risque implique de porter l'attention sur les conditions qui font en sorte que la norme génère des risques pour les sujets concernés. Le critère de la règle signifiante est fonction de la capacité de celle-ci à générer du risque. Une règle qui ne produit pas chez les sujets une perception significative de risque est une règle inefficace.

Un individu va décider de respecter une règle qui interdit de prendre tel objet en raison de la perception qu'il a du risque que peut engendrer pour lui l'application des conséquences prévues par la règle : à savoir la punition qui y est associée.

Les risques induits par une norme peuvent être de nature diverse : le risque de poursuite en justice est celui qui vient aussitôt à l'esprit. Mais la transgression d'une règle peut comporter d'autres risques plus diffus : l'entreprise pointée du doigt comme étant peu soucieuse de respecter les exigences environnementales pourrait devoir en payer le

prix en voyant sa réputation ou son image de marque affectée. Celle qui est trouvée en contravention avec les exigences de respect de la vie privée pourrait devoir subir la désaffection d'une partie de sa clientèle.

Lorsqu'on envisage la règle selon la perspective du risque qu'elle induit, on porte l'attention sur les facteurs qui font en sorte que la règle génère du risque. Ainsi, une règle interdisant le téléchargement d'œuvres musicales énoncée dans un environnement social et juridique dans lequel il est tenu pour illégitime de lancer des recours en justice pour en punir la transgression, pourra être considérée comme ne générant pas de risque suffisant pour assurer son effectivité.

Alors que dans une démarche formaliste, l'analyse juridique va délaissier des questions comme celles de la légitimité de la règle, l'approche fondée sur les risques suppose une évaluation ou au moins une prise en compte de facteurs comme la légitimité de la norme, car une norme perçue comme illégitime sera plus difficile d'application. Les efforts à consacrer afin d'en assurer l'application effective devront être plus considérables. Les risques de l'application de la norme illégitime peuvent donc être moindres que ceux découlant d'une norme perçue comme légitime.

Par exemple, la légitimité de mesures, habituellement très rigoureuses et sévères à l'encontre de la diffusion et de l'échange de matériel de pornographie juvénile, est largement reconnue dans un très grand nombre de pays. Cette légitimité facilite la mise en place et l'application de mesures engendrant plus de risques auprès des acteurs que celles qui semblent moins légitimes comme les mesures qui visent à combattre le téléchargement illégal de fichiers musicaux.

La prise en compte du risque contraint à considérer l'ensemble des conditions qui contribuent à faire en sorte que la règle est effectivement perçue comme engendrant des risques pour les sujets qu'elle vise ou pour d'autres entités.

4.2 La gestion des risques juridiques

Tobias Mahler définit ainsi le risque juridique envisagé au niveau des sujets de droit :

A risk is a legal risk if its source involves a legal norm. Thus the risk needs to be the manifestation of a legal norm's potential detriment. Both factual and legal uncertainty may influence legal risk. (p. 21)

Mahler³⁴ définit la gestion du risque juridique comme étant une méthodologie consistant en un ensemble d'activités de gestion de certains types de risques, à savoir les risques découlant de la loi et les risques qui peuvent être traités (gérés) par des moyens juridiques.

La gestion du risque juridique est ainsi comprise comme visant deux types de risques que les professionnels du droit peuvent aider à identifier et à baliser, à savoir les risques découlant de la loi et ceux qui peuvent être balisés en faisant appel à des solutions juridiques³⁵.

Le risque juridique découle en effet des situations où la violation des droits d'autrui est susceptible de se produire. Même s'ils sont différents, il y a une étroite proximité entre le risque technologique et le risque juridique : lorsque le risque technologique est avéré, il naît presque toujours une obligation d'en tenir compte et de se comporter de façon conséquente. Le risque juridique peut aussi découler de la possible non-conformité à une loi ou à une autre sorte d'obligation également applicable comme un contrat. Le risque juridique, en toute hypothèse, résulte des situations dans lesquelles la responsabilité d'une personne peut être mise en cause.

Dans la conception traditionnelle du métier de juriste, le « risque juridique » est une notion inusitée. Les juristes voient le risque dans tous les phénomènes qu'ils ont à examiner, mais le fait qu'une

34 Tobias MAHLER, « Defining Legal Risk », dans *Proceedings of the Conference 'Commercial Contracting for Strategic Advantage- Potentials and Prospects'*, Turku, University of Applied Sciences, 2007, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014364>.

35 Christophe COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique », (2008) 1 (numéro spécial sur le risque juridique), *JCP, Cah. dr. ent.* p. 8-13.

sanction puisse découler de la transgression d'une règle n'est pas envisagé comme un risque en tant que tel par le juriste³⁶.

Les risques peuvent découler de la norme elle-même. Mais certaines normes formulent des devoirs, prescrivent ce qui est obligatoire, ce qui est interdit ou ce qui est permis pour un acteur. Mahler explique que :

Deontic norms are sometimes referred to as “duty imposing norms” or “prescriptive norms” but here we use the term “deontic norm” which form the basis of deontic logic. Legal systems offer a set of possibilities to enforce deontic norms.
(p. 25)

Mais les normes déontiques ne peuvent à elles seules couvrir le spectre de la normativité. Il faut aussi considérer les normes qui n'imposent pas comme telles d'obligation, de prohibition ou de permission. Les normes de qualification « qualifient » un ensemble de faits afin de leur conférer une signification juridique.

Ainsi, le risque juridique résulte d'une norme déontique et d'une norme de qualification. Mahler explique que :

A deontic norm prescribes what is obligatory, prohibited or permitted for an actor. Deontic norms are sometimes referred to as “duty-imposing norms” or “prescriptive norms” [...] legal systems offer a set of possibilities to enforce deontic norms.
(p. 25)

En plus des règles imposant une obligation ou une interdiction, les systèmes juridiques comportent des normes de qualification. Ces normes qualifient un ensemble de faits ou des sujets de droit. Il en va ainsi des normes déterminant la validité ou la compétence ou encore les normes définissant le statut des personnes ou des choses. Les règles identifient des facteurs afin de déterminer si d'autres règles trouveront application. Par exemple, une règle disposant que le droit de se marier

36 Franck VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Éditions d'organisation, 2006, p. 20.

est réservé aux personnes ayant atteint l'âge de 14 ans est une règle de qualification.

Le risque juridique concerne les événements ou situations présentant des incertitudes au plan factuel ou juridique. Le risque juridique ne résulte pas, en tant que tel, du simple fait qu'une règle ou une norme soit énoncée. Il résulte d'une situation qui peut engendrer une qualification en vertu de laquelle la norme pourra trouver application³⁷.

Mais pour les acteurs, les règles de droit peuvent comporter une certaine part d'incertitude. Cette incertitude peut résulter des divergences d'interprétation : on anticipe ou constate des ambiguïtés quant au sens de la règle. Les incertitudes peuvent également découler de l'application des règles de droit. Il existe de multiples facteurs faisant en sorte que les règles de droit ne trouvent pas à s'appliquer aux situations qu'elles sont supposées encadrer. Parmi les facteurs expliquant cela, il y a les coûts excessifs du système judiciaire, la perception des administrés qu'il y a peu de risques à ignorer la règle de droit. Une telle perception peut être potentialisée par l'absence de légitimité de la règle dans un environnement spécifique.

Enfin, en dépit du libellé *a priori* sévère et implacable des énoncés juridiques, il peut exister (ou l'on peut percevoir) certains « seuils de tolérance » qui peuvent ou non être connus ou déduits par les administrés.

Ainsi, les diverses situations d'incertitude que comportent les règles de droit génèrent des risques. S'agissant du droit, l'on peut postuler que plus il y a de certitude quant à l'application de la règle, plus il y a une perception de risque élevé à l'égard de comportements non conformes à la règle.

Richard Susskind explique que le principal aspect du travail des juristes, le « legal problem solving » va perdre de son importance.

37 Christophe ROQUILLY et Jean-Paul CAILLOUX, *Assurer la sécurité juridique des sites web audit méthodologie e-business*, Paris, Lamy, 2001, 157 p.

L'emphase va être mis davantage sur le « legal risk management ». Une telle tendance accentue l'importance des méthodes afin de gérer les risques juridiques. Susskind explique que :

In conventional, reactive legal service, when a legal risk has been perceived and a lawyer instructed, there is an expectation that some optimum disposal of the matter will be achieved. In contrast, legal risk management techniques are often brought to bear in respect of legal risks that would otherwise not be managed at all or would be addressed too late. And in this context, in the latent legal market, it may be entirely tolerable (commercially and as a matter of practicality) that any solution reached may be well short of the optimum position. The point is that the legal risk is being managed. Without such techniques, such risks would not have been managed at all or may not have been manageable. Thus there can be improvement if not perfection.³⁸

Dans une approche de gestion, le risque juridique apparaît plus clairement. Le gestionnaire envisage les règles de droit comme étant porteuses de risques. Trzaskowski remarque que « Legal risk management is not a well-established or well-defined concept, which like risk management in general is of a proactive nature »³⁹. Par contre, il paraît clair que les juristes appelés à conseiller les décideurs sur Internet procèdent à une analyse de risques juridiques⁴⁰.

38 Richard SUSSKIND, *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford University Press, 1998, p. 27.

39 Jan TRZASKOWSKI, « Legal Risk Management in a Global Electronic Marketplace », [2006] 49 *Scandinavian Studies in Law* 319-337, p. 321.

40 Rachel BURNT, « Legal Risk Management for the IT Industry », (2005) 21 *Computer Law & Security Report* 61-67; David N. WEISKOPF, « The Risks of Copyright Infringement on the Internet : A Practitioner's Guide », (1998) 33 *University of San Francisco L. Rev.* 1-58; Keith J. EPSTEIN & Bill TANCER, « Enforcement of Use Limitations by Internet Services Providers : 'How to Stop that Hacker, Cracker, Spammer, Spoofer, Flamer, Bomber », (1997) 19 *COMM/ENT* 661-693; Karl BELGUM & Hilary ROWEN, « Insurance for Internet-Related Risks », (2000) *Journal of Internet Law* 11-16.

Une première catégorie de risque juridique découle donc de la possibilité de l'application d'une règle. Toute norme se compose d'une règle (an antecedent) et d'une conséquence (consequent). Ces deux éléments sont reliés. Si telle situation existe, il en découle une obligation.

Dans la dogmatique juridique classique, l'application d'une règle à une situation envisagée par la norme n'est pas un risque. Il est de l'essence de la loi d'être appliquée. Le discours juridique postule forcément que si les faits envisagés par la norme sont démontrés, la conséquence va nécessairement s'ensuivre. Le concept de « risque juridique » vient ici rendre compte du fait que la règle énoncée ne va pas toujours entraîner concrètement de conséquence. De plus, la conséquence engendrée par la norme n'est pas forcément négative et donc ne sera pas nécessairement perçue comme une conséquence adverse que l'on qualifierait dans une logique de risque.

Mais le plus souvent, le concept de risque juridique vient rendre compte du caractère incertain ou contingent de la règle. C'est la seconde catégorie de risque juridique. Mahler explique à cet égard que :

In the legal context there is a necessary basic distinction between two conditions of uncertainty of an event regulated by a legal norm. Every legal norm consists of an antecedent (if A) and a consequent (then B). If we assume that the consequent (B) is negative for the stakeholder, then we need to determine if the norm will “fire”. This depends on two questions, which are essential here : first, whether the set of facts (A) is or will be true; and second, whether the application of the norm to the set of facts (A) then renders the consequence (B). Uncertainty may prevail with respect to both aspects.⁴¹

41 Tobias MAHLER, « Defining Legal Risk », Paper presented at the conference Commercial Contracting for Strategic Advantage – Potentials and Prospects, Turku University of Applied Sciences, 2007, published in the Conference Proceedings, p. 10-31.

En somme, le risque juridique vient rendre compte de la relative incertitude quant aux conditions d'application d'une norme et quant au sens de celle-ci. C'est pourquoi l'on retient que le risque juridique est engendré par l'incertitude. L'incertitude quant au cadre juridique et à son application apparaît souvent comme l'un des risques majeurs à considérer lors du déploiement de services dans des environnements inédits comme les réseaux informatiques.

Par exemple, à l'égard de l'analyse des enjeux et risques d'un portail d'un organisme public, l'analyse des risques doit normalement succéder – et non précéder – à une analyse des obligations imposées par la loi. C'est dans la loi que l'on trouve les obligations fondamentales à partir desquelles se situe nécessairement une analyse de risques. Une telle démarche suppose d'identifier non seulement les exigences des lois qui s'appliquent spécifiquement aux situations visées, mais également les obligations plus floues résultant des devoirs de prudence et de diligence qui sont considérés lorsqu'est mise en cause la responsabilité d'un ministère ou d'un organisme public.

L'analyse de risques consiste habituellement à identifier, à partir des gisements, des flux et de l'utilisation envisagée des informations, ce qui présente des risques pour la protection de la vie privée. Elle vise aussi à déterminer l'étendue des précautions à prendre aux fins de maîtriser les risques. Une telle démarche permet de tenir compte des situations présentant des risques devant être pris en charge et de fournir, le cas échéant, une indication des niveaux de risques à considérer⁴². Bien qu'il soit généralement impossible de quantifier de façon chiffrée les risques d'atteintes à la vie privée, il est possible d'indiquer que telle ou telle situation comporte un risque faible, moyen ou élevé et d'identifier les mesures prises ou à envisager pour y faire face.

42 Pierre TRUDEL et France ABRAN, Guide pour un usage responsable d'Internet à l'intention des responsables des lieux d'accès publics à Internet et des utilisateurs, réalisé pour le Ministère de l'éducation et la Direction de l'Autoroute de l'Information du Conseil du trésor, Montréal, avril 2003, en ligne : <<http://www.droitsurinternet.ca/versions.html>>.

Pour analyser les risques associés à un environnement d'information, l'on identifie les gisements d'information de même que les mouvements prévus ou envisagés de l'information. Cette identification tient compte du cycle entier de l'information depuis sa confection, le cas échéant, sa collecte, sa gestion, sa circulation, son utilisation, son archivage et sa destruction. Le cycle de l'information peut varier selon les types d'environnements.

La première étape consiste à identifier les traits caractéristiques du fonctionnement, de la configuration et des fonctionnalités des environnements envisagés. Cette démarche s'effectue à partir de l'analyse systématique du fonctionnement des environnements. Dans une seconde étape, l'on dresse un bilan des enjeux et risques soulevés par les divers environnements et les types d'informations concernés. Ce bilan est dressé à l'égard de chacune des étapes du cheminement de l'information au sein des environnements, de même qu'au moment de l'entrée et de la sortie des données. Cela permet de dresser un bilan qui reflète une analyse des zones de risques et de conflits.

Les enjeux de gouvernance ne découlent pas que de l'environnement d'information. La responsabilité des acteurs est un relais de normativité important et un mécanisme majeur des processus de gouvernance. Il faudra situer les responsabilités des divers intervenants et décideurs oeuvrant dans le secteur concerné par les environnements d'information. Si les questions de responsabilité doivent s'appréhender dès la conception d'un réseau, elles ne doivent pas faire oublier que les acteurs participant à ce réseau ont des rôles, des besoins et des priorités spécifiques engendrant différents niveaux et types de responsabilité. Par conséquent, il faudra établir quel type de responsabilité correspond à chacun des acteurs, et ce pour les différents gisements et mouvements d'information, par exemple celle incombant au gouvernement; au pouvoir judiciaire dans la mesure de son autonomie administrative; aux organismes privés d'encadrement des activités concernées; aux administrateurs de réseaux; etc. Par la suite, nous devons déterminer quels outils de droit formel et informel, législatifs et contractuels, encadrent ces responsabilités au regard de la gouvernance des activités analysées, par exemple : lois et règlements, code de conduite, code d'éthique, de déontologie professionnelle, etc.

Pour réaliser cette typologie des responsabilités et des outils normatifs afférents, il faut déterminer :

- 1) qui est le producteur de l'instrument normatif,
- 2) quelles sont les personnes et les matières concernées et,
- 3) quelles sont les sanctions en cas de non-respect des obligations découlant de ces outils normatifs.

Cette grille d'analyse permettra de déterminer si les outils actuels de gouvernance doivent ou non faire l'objet d'adaptations au regard des enjeux et risques identifiés.

Conclusion

Dans les visions postmodernes de l'État et du droit, le risque se propose comme l'un des repères par lequel se fonde le droit. Le risque est aussi une condition de l'effectivité du droit. Dans la société postmoderne, les « demandes » de droit sont généralement articulées dans des argumentaires tendant à démontrer l'existence de risques. On affirme, implicitement ou explicitement, l'existence de risques pouvant découler d'une situation ou d'une activité et on appelle à la mobilisation du droit ou d'un autre type de normativité afin de conjurer le risque. Ce phénomène peut s'observer même si les normes préconisées peuvent n'avoir qu'une faible capacité à baliser effectivement le risque. Dans cette dernière hypothèse, le droit rassure, il va se présenter comme une rhétorique tendant à convaincre que le risque est maîtrisé. Mais le plus souvent, l'effectivité du droit est tributaire de sa capacité à générer un niveau suffisant de perception de risque. Pour être effective, la normativité en général – et la normativité juridique en particulier – doit induire chez les sujets une perception de risques. Tout se passe comme si le droit venait substituer un risque (macro) par d'autres risques (micros), ceux-là se situant au niveau des sujets de droit.

L'analyse du droit par la prise en considération des risques conduit à rechercher et perfectionner une méthode d'analyse rendant compte à la fois des risques au nom desquels se manifestent des demandes et revendications pour ajouter ou modifier le droit. Une méthode fondée sur la gestion des risques juridiques permet aussi de procurer les moyens d'identifier les enjeux et risques découlant du droit ou des

autres normativités agissantes dans un univers spécifique. Elle accroît les chances de développer des stratégies de conformité aux réglementations effectivement applicables.