

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les diverses techniques de réglementation d'Internet

Poullet, Yves

Published in:
Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y 2000, 'Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 5, pp. 55-68.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique

Yves Pouillet

Résumé

L'autoréglementation se profile de plus en plus comme une composante essentielle de la réglementation de la société de l'information. De nombreux acteurs économiques de la société de l'information la réclament, certains textes législatifs la recommandent, et de plus en plus de codes de conduites, « Netiquette » ou chartes apparaissent sur Internet. D'application souple et adaptée aux nouveaux réseaux numériques, l'autoréglementation prétend se substituer aux modes traditionnels de législation. Toutefois, pour que ces sources privées de droit acquièrent la validité d'une règle de droit, trois critères devraient être rencontrés : la légitimité des auteurs, la conformité du contenu aux normes supérieures et l'effectivité de la règle posée, trois critères dont l'application à l'autoréglementation est ici examinée.

L'auteur considère ensuite la relation entre codes de conduite et normes étatiques à la lumière de textes européens, tels la directive sur la protection de données personnelles ou le projet de directive sur le commerce électronique, qui recourent à l'intervention de telles normes privées.

Abstract

Self-regulation should be a key feature of the Information Society legislation. Most e-business operators call for it, some regulatory initiatives recommend it and codes of conduct, « Netiquette » keep on blossoming on the internet. Self-regulation tends to be more flexible and better fit to the information highways and e-commerce, hence pretends to be the perfect substitute to the traditional legal norm. Yet, such private source of regulation could not paramount to legislation, should not three conditions be met : the legitimacy of the norm providers, the compliance with the higher legal rules and the enforcement of the rule.

The author considers also the relationship between the codes of conduct and the legal rules in the light of recent European regulations, such as the directive on the personal data protection and the draft directive on electronic commerce, both texts which require the self-regulation to play a significant part in the regulation of the Information Society.

Une réglementation a pour but de prescrire à ses destinataires des normes de comportement et d'en assurer le respect. La première étape de cette étude vise à identifier les diverses techniques (sectorielles, locales, nationales, régionales ou internationales) de réglementation applicables à Internet ou plus largement aux autoroutes de l'information. Parmi celles-ci, l'autorégulation sous ses diverses formes, y compris par l'adoption de standards

techniques, est souvent prônée comme mode de régulation du cyberspace. Il s'agira donc de dénombrer les multiples modes de régulation d'Internet. La seconde étape analyse les modes de réception par le droit étatique ou supraétatique de ces diverses techniques de réglementation et envisage quelques critères qui permettraient de légitimer les modes de réglementation non étatiques.

d'une « Autorité internationale du cyberspace », en réaction aux mouvements d'émancipation du droit de l'Internet et face à la puissance croissante des normes privées auxquelles nous allons nous intéresser maintenant. C'est à cette autorité et à la nécessité de fixer

des règles globales pour le commerce électronique mondial que fait référence le « Global Business Dialogue on Electronic Commerce » prôné par M. Bangemann, ex-commissaire à l'Union européenne.

Il est impensable d'énumérer les multiples sources normatives du droit d'Internet. Aux sources publiques du droit, c'est-à-dire les normes étatiques nationales et internationales, on oppose souvent celles privées, fondées tantôt sur la liberté contractuelle, tantôt sur ce qu'il est convenu d'appeler l'autoréglementation qui s'exprime par des « codes de conduite » ou « char-

tes ». On ajoutera à ces sources d'autoréglementation, la certification et les usages dans lesquels certains voient une *lex electronica*¹, parallèle à la *lex mercatoria* mais développée dans un contexte électronique. De plus, la technologie elle-même peut également être une source de normalisation des comportements.

1.1. Les normes étatiques

Que l'État-nation constitue une instance légitime d'expression de la régulation de l'Internet est évident. Les modes d'élaboration de la norme sont soigneusement décrits dans des textes et les procédures qui entourent cette élaboration garantissent une discussion démocratique. L'application de la norme est confiée à des juridictions « professionnelles », entourées des garanties d'indépendance et de respect des droits de la défense et du contradictoire.

À propos des « environnements électroniques », selon l'expression de Trudel², on notera deux tendances particulières du droit étatique. D'une part, celle de préférer le recours à des notions à contenu vague, évolutif et susceptibles de multiples interprétations, des « standards » et, d'autre part, celle de confier l'interprétation de ces standards à des organes-relais, parfois qualifiés d'autorités administrati-

ves indépendantes : ainsi, les commissions multiples créées en matière de vie privée, d'audiovisuel, de télécommunications, etc.

La dimension internationale des autoroutes de l'information conduit les États à rechercher, au sein d'instances internationales, tantôt des modes d'élaboration du droit, tantôt des modes de coopération des autorités chargées de l'application de droits restés nationaux³. Qu'il s'agisse de conventions internationales comme celles de l'ONU, de l'UIT, de l'OMC, de l'OMPI, de l'OCDE, d'organes comme ceux du G7, qu'il s'agisse de conventions d'entraide policière, chargées de lutter contre la délinquance informatique⁴, nombre d'initiatives publiques sont prises pour maintenir le rôle de l'État dans la protection et la sauvegarde des droits des individus et des intérêts supérieurs de la société. Certains⁵ proposent même la création

1.2. Les normes privées

Trudel⁷ définit l'autoréglementation comme « les normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité ». Van Ommeslaghe⁸ précise qu'il s'agit « d'une technique juridique selon laquelle des règles de droit ou de comportement sont créées par les personnes auxquelles ces règles sont destinées à s'appliquer – soit que ces personnes les élaborent elles-mêmes, soit qu'elles soient représentées à cet effet ». On connaît la multiplication de ces codes, parfois conclus localement dans une université, dans un *newsgroup*, etc., parfois plus largement pour un secteur d'activité (le marketing direct, par exemple) voire pour l'ensemble des activités opérées sur le Net (les Chartes nationales comme la Charte française de l'Internet ou le *Code of Conduct* néerlandais sur le commerce électronique présenté au forum de l'OCDE du mois d'octobre de cette année comme le *Poldersmodel* à suivre par les autres États Membres de l'OCDE). L'*Internet Society*⁹, organisme purement privé chargé d'assurer la coopération et la coordination internationales entourant la technologie et les programmes du réseau Internet, publie des lignes directrices

relatives à l'utilisation d'Internet et à l'utilisation du réseau.

À propos de ces sources privées, on note que les acteurs ne se contentent pas de définir un contenu de normes qu'ils entendent suivre mais surtout qu'ils mettent sur pied des moyens pour assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation (problème de l'effectivité des normes). Ainsi, les modérateurs nommés au sein des groupes de discussion sont chargés de veiller à une certaine police des messages en conformité avec la réglementation du *newsgroup* à laquelle les participants ont adhéré. Des sanctions propres aux réseaux, comme la déconnexion et le *flaming*, ressemblent étrangement à des pratiques de justice privée. Les *hot-lines* créées dans le cadre de certains codes de conduite pour permettre de dénoncer des agissements contraires aux codes de conduite constituent d'autres exemples de procédures mises en œuvre pour assurer une discipline du réseau. Plus intéressants encore, les mécanismes de « labels » ou de *ratings* mis au point sur certains serveurs garantissent et informent les utilisateurs de la qualité des services proposés (ainsi, le label *privacy friendly* ou

1. REIDENBERG, J., « Lex Informatica : The formulation of Information Policy Rules through Technology », 76, *Texas Law Review*, 3, fév 98, pp. 553 et s.
 2. TRUDEL, P. et alii, *Droit du cyberspace*, Université de Montréal, Ed. Thémis, 1997.
 3. *Internet sous le regard du droit*, Colloque organisé le 30 octobre 1997, Ed. du Jeune barreau de Bruxelles, 1997, en particulier la contribution de B. FRYDMAN, « Quel droit pour Internet ? », pp. 297 à 316.
 4. Cf. à ce propos, la proposition de Charte internationale sur l'Internet présentée par la France à l'OCDE, le 23 octobre 1996.
 5. LAVENUE, J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », *Revue de la Recherche Juridique - droit prospectif*, 1996, pp. 811-844.

6. (<http://www.gbde.org/>) Il s'agit de l'idée de « Charte globale » lancée par Bangemann lors du « Interactive Telecom '97 Forum », organisé par l'ITU.
 7. TRUDEL, P., « Les effets juridiques de l'autoréglementation », 1988-89, 19, *R.D.U.S.*, pp. 247-286.
 8. VAN OMMESLAGHE, P., *L'autorégulation : Rapport de synthèse*, Colloque Bruxelles, 16 décembre 1992, Coll. de la faculté de droit, U.L.B. Bruylant, 1995, pp. 232 et s.
 9. Sur l'*Internet Society*, son fonctionnement et sur d'autres organismes d'autorégulation internationaux, lire le dossier publié par le magazine « La Recherche 328 », février 2000, pp. 30 et s.

celui apposé sur certains sites d'informations journalistiques garantissant le respect de la déontologie de la presse). La valeur de tels classements ou labels dépendra évidemment de l'instance qui les attribue. À propos de l'autorité chargée de la mise en œuvre du respect de la norme, il convient de mentionner également les initiatives nord-américaines de créer des mécanismes non judiciaires de résolution des conflits (les *Alternative Dispute Resolution*), en particulier représentés par les *virtual magistrates*. Ces *virtual magistrates* désignent des personnes physiques, arbitres ou simples médiateurs accessibles via le réseau et habilités à régler les conflits nés au sein des réseaux, qu'il s'agisse de problèmes de diffamation, d'ingérence dans la vie privée ou de non-respect des règles propres à un newsgroup.

Bref, les sources privées de réglementation mettent en place des mécanismes d'expression des règles, de contrôle de leur application et, finalement, de sanctions de leur non-respect, sanctions prononcées par leurs propres « magistrats ». Elles constituent un ensemble cohérent et complet de normes incluant non seulement le prononcé de certains contenus mais aussi l'ensemble des moyens propres à leur enforcement. Les divers moyens décrits ci-dessus peuvent exister séparément ou, mieux, se cumuler. C'est le cas lorsqu'un label n'est attribué qu'aux seuls sites respectant un code de conduite déterminé et dont le respect est assuré par la possibilité de recourir à des « cybermagistrats ».

La justification de cette autoréglementation galopante est triple. À l'argument du caractère technique et évolutif de l'objet que ce mode de régulation doit prendre en compte, s'ajoute

celui de la qualité des auteurs seuls capables de percevoir les enjeux des solutions et d'autant plus enclins à respecter la règle qu'ils l'auront eux-mêmes formulée. Autre argument, plus important encore, celui de l'adéquation et de l'effectivité des sanctions proposées par l'autoréglementation : le blocage immédiat par l'ensemble des fournisseurs d'accès d'un site dénoncé par le mécanisme d'une *hot-line* constitue la réponse appropriée et efficace à l'existence d'un site pornographique, bien plus qu'une condamnation juridictionnelle¹⁰. La possibilité de leur élaboration à un niveau mondial apparaît comme un argument supplémentaire au moment où la dimension globale des problèmes posés par les autoroutes de l'information est incontestée.

La tentation est forte d'y voir une source non plus complémentaire du droit étatique mais remplaçant ce dernier ou, en tout cas, dispensant l'État d'une intervention réglementaire tatillonne. Tantôt la norme privée dispense de la norme étatique : ainsi, la manière selon laquelle est réglée actuellement la délicate question de l'attribution des noms de domaine sur Internet témoigne en tout cas de l'autosuffisance des solutions autoréglementaires¹¹. Tantôt, et c'est le cas dans le débat qui oppose l'administration américaine à celle européenne en matière de protection des données, le code de conduite, la norme privée même fortement appuyée voire initiée par les pouvoirs publics américains, permettent à ces derniers de ne pas mettre en place un appareil réglementaire et administratif lourd et qualifié d'inutile dans la mesure où suffisent quelques principes légaux par ailleurs reconnus depuis toujours par les tribunaux.

L'interactivité des réseaux donne

au consentement de l'internaute des potentialités d'application sans précédent. La contractualisation des relations entre internautes et prestataires des services de la société de l'information peut, d'une part, être une source d'autoréglementation du comportement des uns et des autres et, d'autre part, être le relais capable de rendre opposable à l'internaute l'autoréglementation décidée sans lui. À ce second cas répond par exemple l'idée de faire souscrire aux candidats abonnés à un service d'accès à Internet le devoir de respecter certaines conditions fixées par le code de conduite élaboré par une association de fournisseurs d'accès. La première hypothèse est plus riche encore : qu'il s'agisse d'accepter ou non des cookies, de consentir à tel ou tel traitement de ses données à caractère personnel, de révéler ou non son identité, de s'opposer à l'envoi de courrier non sollicité, la technique offre à l'internaute la possibilité de prendre ses propres responsabilités¹². Tentés par ce paradigme contractuel propre à l'environnement d'Internet, certains auteurs estiment qu'à la responsabilité de l'État de réglementer les comportements, il est possible désormais de substituer celle du citoyen qui, par son consentement ou ses consentements successifs, autorisera ou non telle ou telle opération.

Les principes d'autonomie de la volonté et de la convention-loi, unanimement reconnus par tous les ordres juridiques, donnent à cette approche fondée sur la responsabilité individuelle des internautes un poids considérable. L'approche contractuelle exige bien évidemment que la technologie permette de tels choix. Certaines questions telles que « l'internaute souhaite-

t-il être identifié ? pour quels types de finalités ? pour quelle durée ? » devraient faire l'objet de pages écran, et la configuration du système devrait garantir le respect de tels choix.

Dans un monde global où le réseau constitue la seule manière d'entrer en communication, la certification, qui se définit comme la procédure par laquelle un tiers garantit la qualité spécifique d'une personne ou d'un produit, apparaît comme une solution heureuse.

La certification a pour ambition de rassurer l'internaute non seulement sur l'existence, l'identité et l'adresse de l'interlocuteur voire sur sa qualité professionnelle, mais, au-delà, garantit la conformité de ses produits ou services à telle norme de qualité, de ses traitements à telle législation protectrice de la vie privée, de ses pratiques à celles exigées en matière de protection des consommateurs. Enfin la certification peut attester de la sécurité générale du site. Autant de questions qui pourront faire l'objet de certificats spécifiques [par exemple le label délivré par l'ICPA (*Internet Consumer Protection Agency*) traite les questions de conformité aux seuls standards de vie privée] ou plus globaux (ainsi, l'initiative « *Webtrust* » développée par l'*Accountants' Association* américaine qui vise les diverses questions évoquées ci-dessus).

La certification présente une solution qui peut être complémentaire soit à une source normative étatique, soit à l'autorégulation, dans la mesure où elle se réfère soit à une loi, soit à un code de bonne conduite. Elle repose essentiellement à la fois, d'une part, sur la qualité (indépendance, expertise) des autorités de certification et des

10. HARDY, T. I., « The Proper Legal Regime for 'Cyberspace' », 1994, 55 U. of Pitt. L.R., 993-1055.

11. WILKINSON, A., « An Agenda for Industry self-regulation », Speech presented at Mundo Internet 98, Madrid 1998.

12. TRUDEL, P., « Le cyberspace : réseaux constituants et réseau de réseaux », FREMONT, J. et DUCASSE, J.-P. (éd.), *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, Actes du Colloque tenu dans le cadre des Huitièmes entretiens Centre Jacques Cartier, Rhône-Alpes, 5 ou 8 décembre 1995, Montréal, Les chemins de la recherche, 1996, 137-159.

Du rôle du droit étatique dans la réception et la promotion des sources « privées » du droit du cyberspace

La réflexion doctrinale sur la *lex mercatoria* a permis à nombre d'auteurs¹⁶ d'y voir l'occasion d'une reconnaissance claire et indiscutable du pluralisme juridique. Élargissant le propos, F. Rigaux écrit¹⁷ : « le citoyen d'un État possède des biens ou réside sur le territoire d'un autre État, il est membre d'une confession religieuse organisée, appartient à des groupements professionnels transnationaux. La loi de chacun des États auxquels il est soumis, le droit de l'Église à laquelle il est affilié, les engagements souscrits dans l'exercice des pouvoirs économiques privés qui lui appartiennent, forment autant d'ordres juridiques distincts, imparfaitement ordonnés l'un à l'autre ».

Dans cette perspective, l'acte d'autoréglementation, et plus généralement les sources privées du droit que d'aucuns qualifient de droit « mou » (*soft law*), apparaissent au plein sens du terme comme des ordres juridiques même si leur production peut paraître moins légitime qu'une élaboration publique plus traditionnelle. Sans naïveté, il faut bien reconnaître en effet qu'une telle autoréglementation par les acteurs eux-mêmes de leur propre

activité est loin d'être gratuite. Il s'agit pour ces opérateurs d'éviter les réglementations étatiques ou de leur donner une interprétation « molle », notamment pour éviter de graves accusations. Le débat relatif à la pornographie et pédophilie sur Internet, débat suscité par quelques drames récents et la multiplication d'autoréglementations en la matière qui s'en est suivie, illustre bien le propos.

Faut-il pour autant considérer que les ordres juridiques privés et publics sont sur pied d'égalité ? De nombreux auteurs affirment le double privilège du système juridique étatique par rapport à ceux privés. Le premier est celui du recours ultime devant les juridictions de l'ordre juridique étatique. Nul ne peut être privé de la possibilité d'un recours devant de telles juridictions ; le second est précisément la possibilité pour de telles juridictions, d'une part, de juger de la validité des autres systèmes juridiques et, d'autre part, d'analyser leur conformité à certains principes-clés de tout ordre juridique. Nous montrerons ci-dessous l'importance de ces deux examens dans la réception par le droit étatique de l'autoréglementation.

2.1. La « réception » par le droit étatique des sources privées

F. Ost¹⁸ affirmait que la validité d'un système juridique reposait sur trois critères que nous paraphrasons comme suit : la légitimité des auteurs,

la conformité du contenu aux normes supérieures et, en définitive, l'effectivité de la règle posée. Appliquées à l'autorégulation, ces trois règles pren-

procédures de vérification et, d'autre part, sur la responsabilité effective de ces autorités en cas de délivrance induite d'un certificat. Enfin, la certification permet des sanctions faciles et efficaces, dans la mesure où l'entreprise et l'individu craindront le retrait du certificat et la publicité qui s'attache à un tel retrait¹³.

Au-delà des sources codifiées et bien identifiées dont nous venons de parler, il faut évoquer les principes plus diffus parfois présents dans les « Acceptable Use Policies » proposées par les fournisseurs d'accès ou les serveurs et les « Netiquette » sorte de « 10 commandements » ou de règles fondamentales du « permis de conduire » sur Internet¹⁴.

Ces règles s'énoncent comme suit :

1. Tu n'utiliseras pas un ordinateur pour nuire à autrui.
2. Tu n'interféreras pas avec le travail d'autrui.
3. Tu ne furèteras pas dans les fichiers d'autrui.
4. Tu n'utiliseras pas un ordinateur pour voler.
5. Tu n'utiliseras pas un ordinateur pour porter un faux témoignage.
6. Tu n'utiliseras pas et ne copieras pas de logiciel pour lequel tu n'as pas payé.
7. Tu n'utiliseras pas les ressources de l'ordinateur d'autrui sans autorisation.

8. Tu ne t'approprieras pas les créations intellectuelles d'autrui.
9. Tu envisageras les conséquences sociales du programme que tu écris.
10. Tu utiliseras un ordinateur d'une manière qui montre considération et respect.

À propos de la contravention à ces règles, on notera que les sanctions peuvent être des réactions organisées ou non : le *flaming*, la déconnexion de l'utilisateur indelicat, la menace de contacter les autorités policières, etc.

La comparaison entre ces « usages » spontanément élaborés par les communautés virtuelles et les règles de conduite habituellement pratiquées par les communautés de marchands conduit à rapprocher cette *lex electronica* de la *lex mercatoria*. Le rapprochement est d'autant plus séduisant que certains¹⁵ dénoncent le discours économiste dominant qui « conduit à soumettre la société de l'information en général et les activités sur Internet en particulier à la seule loi du marché mondial ».

Ce parallèle tentant autorise les réflexions qui vont suivre sur le rôle du droit étatique face aux diverses techniques de réglementation.

13. À cet égard, voir les conclusions du rapport « Vers la confiance » de J. Royen et Y. Poulet, soumis au ministre Di Rupo suite à Agora 98 (forum de discussion officiel à propos de la société de l'information), conclusions disponibles sur le site : (<http://www.agora98.org/>) (en particulier l'atelier « consommateurs »).

14. À propos de la valeur de la « Netiquette » et en particulier de sa condamnation du *spamming*, lire la décision récente (9/7/99) de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire Ontario Inc. c. Nexa Online Inc., disponible à l'adresse : (<http://legal.web.ad.com/decisions/dljunk/nexxorder.html>)

15. *Internet sous le regard du droit*, Colloque organisé le 30 octobre 1997, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, en particulier la contribution déjà citée de B. Frydman.

16. RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977 ; ROMANO, S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

17. RIGAUX, F., *op. cit.*

18. OST, F., « Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques », *J.T.*, 1984, pp. 1 et s.

nent la signification suivante : la légitimité des auteurs suppose que les auteurs de la règle soient reconnus compétents par les destinataires de cette règle pour l'émettre. En matière de réglementation étatique, la règle impliquera le respect des règles constitutionnelles quant au respect des compétences de chacun des organes réglementaires. En matière d'autorégulation, ceci suppose que la norme soit le fruit d'une concertation entre toutes les parties intéressées par l'objet même visé par la norme. Ainsi, si un code de conduite tend à régler les relations entre les internautes-consommateurs et les prestataires des services de la société de l'information, on jugera qu'il est important, comme le fait la proposition de directive sur le commerce électronique, que les associations de consommateurs soient associées à l'écriture, l'application et l'évaluation de ce code de conduite.

La conformité de la norme à la norme supérieure suppose, lorsque la première provient de sources privées, que son contenu ne déroge pas et applique le contenu de la norme supérieure. Cette norme supérieure peut provenir d'un texte international ou national, d'une norme à contenu précis ou au contraire vague. C'est dans cet espace de liberté plus ou moins réduit que s'inscrira la liberté de l'autorégulation de proposer des solutions originales. Ainsi, s'il s'agit de se référer au standard de la liberté d'expression affirmé par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la marge de manœuvre de l'autorégulation sera infiniment plus grande que s'il s'agit de préciser pour le secteur de la vente à distance, par un code de conduite, la notion de *reasonable notice* développée par la jurisprudence sur base de

textes de lois précis en ce qui concerne la manière de présenter au consommateur le texte des conditions générales contractuelles.

Enfin, le troisième critère, celui de l'effectivité, prétend garantir le respect de la norme dans les faits. Il implique que la norme soit connue mais qu'en outre le prononcé de la norme soit entouré de mesures telles que les destinataires de cette norme soient incités à la respecter et dans le cas contraire soient sanctionnés de manière appropriée, non excessive et dissuasive. L'effectivité de la règle juridique (*the Law Enforcement*) est certes la pierre de touche de la validité de la norme. On ajoute que c'est souvent la principale justification avancée par les tenants de l'autorégulation. Le respect de ce critère implique qu'effectivement des mesures soient prises par les auteurs de la norme pour la faire connaître par ceux qui auront à la respecter ; que des sanctions doivent exister et que celles-ci, si elles ne peuvent être bien évidemment disproportionnées par rapport à l'infraction constatée doivent cependant représenter un moyen de dissuasion pour le respect de la norme. À cet égard, on s'étonnera que le code de conduite hollandais ne contienne aucune disposition à ce propos.

Le rappel des principes généraux et universels du droit étatique, en particulier l'autonomie contractuelle, la concurrence et la responsabilité, peuvent constituer un premier mode de contrôle par le magistrat des sources privées du « cyberdroit ».

On s'interrogera sur la portée que les auteurs de ce cyberdroit privé assignent à leur autorégulation¹⁹. Traditionnellement, un code de con-

duite avait pour objet de régler le comportement entre les acteurs qui coopéraient à cette œuvre normative. Il s'agissait de fixer les règles du jeu entre acteurs et d'éviter à chacun les effets d'une concurrence sauvage. Incidemment, le code de conduite pouvait avoir une portée externe c'est-à-dire prétendre à des effets en dehors du cercle de ses destinataires naturels, à savoir les auteurs même de l'autorégulation ou les personnes représentées lors de son élaboration. En définissant les comportements admis par la profession ou certains acteurs de celle-ci, l'autorégulation entendait fixer des règles de conduite vis-à-vis des tiers concernés par leurs opérations, en particulier mais non nécessairement les personnes amenées à contracter avec eux. Si une association de marketing direct s'interdit ou au contraire s'autorise certains comportements publicitaires, cette attitude peut affecter les tiers indépendamment du fait que certains de ces tiers peuvent devenir des contractants. L'opposabilité d'un code de conduite par rapport à de tels destinataires externes est plus discutable.

À propos de cette dernière hypothèse où le tiers n'est pas simple tiers mais contractant et se voit opposer le contenu du code de conduite comme norme contractuelle, sans doute suffira-t-il pour le juge d'aller « jusqu'au bout de la logique contractuelle », comme l'affirmait M. Vivant²⁰, pour noter l'absence d'un consentement totalement libre et éclairé de la part de l'internaute dans l'acceptation d'une *policy* ou d'un *Code of conduct* peu respectueux de ses intérêts. Se retrouve ici la double question du contenu de la norme privée, de sa clarté, de son caractère abusif ou non et de l'inté-

gration de celle-ci à l'accord de volonté lorsque la référence au code de conduite fait l'objet d'un hyperlien peu facile à apercevoir.

À propos des autres tiers qui pourraient se prétendre lésés par un comportement pourtant conforme à un code de conduite, le recours à des standards comme celui de la « bonne foi », du « bon père de famille », des « règles de l'art » permettra de saluer l'adoption d'un code de déontologie, respectueux de ces normes de prudence et de diligence et de sanctionner la violation de la norme élaborée par l'ordre juridique privé dans la mesure où cette norme constitue un standard professionnel et sa violation automatiquement une faute²¹. Au contraire, le recours aux standards autorisera la dénonciation d'autorégulation ou de systèmes de certification dont le contenu ou les procédures paraîtront ne pas respecter de tels standards.

Au sein d'un secteur, l'adoption par un groupement de « codes de conduite » ou de « normes techniques » peut avoir pour objectif de préjudicier un concurrent ou des membres du groupement particulièrement désarmés. Il suffira alors de rappeler les principes de la concurrence pour ôter au code de conduite toute valeur ou, à l'inverse, de saluer dans le contenu du code l'expression d'une saine concurrence et du respect d'usages loyaux et honnêtes de la profession.

La nombreuse jurisprudence relative aux activités des ordres associatifs, à la fois lors de la fixation des règles disciplinaires et lors de leur application, permet de dégager quelques règles applicables également en matière d'autorégulation du

20. VIVANT, M., « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *Semaine Juridique*, 1996, I, n° 3969.

21. OSMAN, F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, pp. 509-531.

cyberespace. Il s'agit là également d'ordres juridiques privés dont le pouvoir créatif de normes n'est pas contesté. Or la jurisprudence, sans contester l'autonomie des normes édictées par la profession, les a parfois remises en cause, en particulier pour les deux motifs suivants²² :

- soit parce que la norme est en conflit avec une norme étatique jugée d'ordre public. Ainsi un code de conduite autorisant un serveur à traiter les données obtenues par cookies sans information préalable de l'internaute serait contraire au principe de transparence, affirmé par la directive de protection des données ;
- soit parce que l'application de la norme représente un abus de droit dans la mesure où la sanction est démesurée par rapport à la viola-

2.2. La promotion de l'ordre juridique privé : réflexions autour de la directive 95/46 en matière de protection des données

À partir de deux dispositions de la directive citée, nous souhaiterions montrer :

- à la suite de l'article 27, comment le droit étatique peut articuler normes publiques et normes privées et promouvoir ainsi l'adoption de ces dernières ;
- à la suite de l'article 25, comment un ordre juridique national, tout en assurant le respect de la culture et des systèmes d'autres ordres juridiques, peut fixer certains critères pour la reconnaissance de normes privées produites dans ces autres ordres juridiques.

L'article 27 § 1 de la directive affirme que les États membres et la Commission « encouragent » l'élaboration de codes de conduite destinés à

contribuer, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales. Les rédacteurs de tels codes pourront les soumettre aux autorités de contrôle qui en vérifieront la conformité au regard de la réglementation.

Le texte envisage également l'élaboration de codes communautaires qui peuvent, quant à eux, être soumis au groupe européen de protection des données qui examinera notamment s'ils respectent les dispositions nationales.

Lorsque des codes seront soumis à leur approbation, tant l'autorité nationale de contrôle que le groupe européen pourront recueillir, « s'ils l'estiment opportun », les observations des per-

sonnes concernées ou de leurs représentants. En outre, selon qu'il s'agira d'un code national ou communautaire, chacune de ces instances pourra respectivement en assurer la publicité.

Le principe de la directive est simple : l'autorégulation comme la certification constituent en aval des principes de la directive des outils efficaces de la mise en œuvre de tels principes. Ils contribuent à améliorer l'image de marque de celui qui s'y soumet et accroissent la confiance de l'internaute. Leur souplesse et leur spécificité les rendent aptes à offrir des solutions évolutives adaptées aux particularités de chaque secteur. Enfin, leur caractère européen permet de garantir une équivalence de protection à propos des traitements opérés en quelque coin de l'Europe.

La recommandation du Conseil européen du 24 septembre 1998 (98/560/CE), relative au développement de la concurrence en matière d'audiovisuel et de l'industrie des services d'information par la promotion de cadres nationaux aptes à assurer un niveau comparable et effectif de protection des mineurs et de la dignité humaine, va plus loin encore dans la mesure où son annexe fixe des lignes directrices « indicatives » destinées à promouvoir l'autorégulation. Ces lignes réclament que l'autorégulation s'appuie sur une participation complète et transparente de toutes les parties intéressées (autorités publiques, consommateurs, utilisateurs et industries) à la rédaction, à la mise en œuvre et à l'évaluation des codes de conduite. Seule cette participation peut légitimer le caractère volontaire et privé des codes de conduite (légitimité de la règle).

La proposition de directive relative à certains aspects du commerce électronique²³ établit, dans le même sens, que les codes de conduite en la matière doivent, lorsqu'il s'agit de questions relatives à des utilisateurs, associer les représentants des consommateurs (légitimité de la règle), faire l'objet de mesures visant à permettre à tous leur accessibilité et assurant l'évaluation de leur application (effectivité de la règle).

En vertu de l'article 25.1. de la directive, « les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve des dispositions nationales, prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question offre un niveau de protection adéquat ». Le principe est donc l'interdiction du transfert sauf à démontrer le caractère adéquat de la protection offerte dans le pays tiers.

La directive précise ensuite en son article 25.2., que l'appréciation du caractère adéquat de la protection du pays tiers doit tenir compte de « toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts » et en particulier de différents facteurs, dont certains sont fonction du transfert considéré, tels la nature des données, la finalité et la durée des traitements, les pays d'origine et de destination, et d'autres concernent le niveau de protection dans le pays tiers, comme « les règles de droit générales ou sectorielles en vigueur ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées ».

22. DECOOPMANN, N., « Droit et déontologie : contribution à l'étude des modes d'autorégulation du droit », Travaux du CURAPP, Paris, PUF, 1989, pp. 87-105.

23. Proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final, 98/0325.

Le texte de l'article 25 suppose en particulier une approche fonctionnelle, c'est-à-dire que la protection s'évalue tant par rapport aux risques d'atteinte à la protection des données, risques générés par le flux en question, que par rapport aux mesures spécifiques ou générales mises en place par le responsable des données dans le pays tiers pour pallier ces risques.

En effet, la notion de «protection adéquate» induit la confrontation des exigences de protection de la directive avec les réponses données par les pays tiers. Il s'agit de rechercher s'il y a «similarité fonctionnelle». La «similarité fonctionnelle» implique que l'on recherche non la transposition pure et simple des principes et systèmes de protection européens dans le pays tiers, mais bien la présence de tout élément remplissant les fonctions recherchées, même si lesdits éléments doivent être d'une nature différente de ceux que l'on connaît en Europe. Elle permet sans doute un meilleur respect des structures et des caractéristiques juridiques locales qu'un requis de protection équivalente, qui exige une similarité législative complète²⁴.

En particulier, à propos des instruments de protection mis en place dans le pays tiers, l'article 25 se réfère non seulement aux normes issues de l'autorité publique, qu'elles soient générales ou sectorielles, mais également aux codes de conduite voire aux mesures techniques pourvu que ces instruments soient «respectés». Ainsi, la personne chargée d'évaluer la protection étran-

gère sera plus attentive à l'«effectivité» d'un instrument, qu'à sa nature: ce qui importe, c'est que la connaissance de l'instrument, même s'il s'agit d'une simple *company privacy policy*, soit largement répandue parmi les personnes concernées et les responsables des fichiers; de même, on sera attentif à la possibilité d'un recours des particuliers à l'encontre des responsables de fichiers en cas de non-respect des instruments en question. Enfin, on évaluera soigneusement la qualité de l'autorité en charge du recours, son accessibilité et la transparence de son fonctionnement²⁵.

En conclusion, que tirer de ces deux dispositions de la directive²⁶ «Protection des données» comme enseignement, tant sur la valeur des normes privées que sur la relation ou synergie entre normes privées et étatiques?

Premièrement, la norme privée est d'autant mieux acceptée qu'elle est définie dans le cadre de principes ou standards fixés par la norme étatique. De tels standards permettent en effet d'évaluer la conformité du contenu de la norme privée aux attentes sociétales mais également donnent à la norme privée une effectivité plus grande.

Secondement, la norme privée peut être reçue comme «adéquate» à une norme étatique si la procédure de sa création répond à certaines exigences de légitimité, d'abord dans la mesure où cette procédure a permis l'expression et la prise en considération des

intérêts multiples des différents acteurs concernés par les opérations en cause; ensuite, si la norme est transparente; enfin et surtout, si l'effectivité de la norme est réelle, c'est-à-dire que des sanctions efficaces et proportionnées sont énoncées par une

autorité dotée de pouvoirs d'investigation, agissant indépendamment des acteurs concernés, facilement accessible et dont le fonctionnement est transparent (par exemple à travers un rapport public d'activités ou la publication des décisions).

Conclusions

Confronté au phénomène sociétai- re révolutionnaire que représente Internet, notamment la dislocation des frontières de l'espace et du temps, le droit étatique, expression de la régulation sociale des comportements, est – et se doit d'être – présent. Le droit ne peut se contenter de déplorer la difficulté de son application et d'affirmer que l'espace virtuel est un espace sans droit. Au contraire, il doit trouver dans une expression normative plurielle la manière adéquate d'agir: dans toute la mesure du possible, il renverra par l'application de principes généraux (éventuellement adaptés ou reformulés), à des «normativités» présentes dans le réseau: l'application des principes sous forme d'autorégulation, la standardisation technique,... Il puisera, le cas échéant, dans le contenu de cette réglementation interne au réseau, l'inspiration pour définir, si possible au plan international, des règles de loi. Sans doute, s'agit-il, selon l'expression de M. Vivant²⁷, d'un «droit postmoderne» ou, selon celle de J. Reidenberg²⁸, d'un nouveau *network governance paradigm*.

Loin de consacrer la démission de l'État, ce «droit postmoderne», ce «paradigme» nouveau invite à créer de nouveaux modes de dialogue entre diverses normativités techniques, éthiques et réglementaires et, tâche plus difficile, des instances démocratiques capables de susciter ce dialogue et de le mettre au service de l'intérêt général.

D'une part, l'État n'abandonne pas la réglementation de l'Internet à la seule initiative des utilisateurs du réseau. En effet, nous avons vu qu'à défaut de réglementations spécifiques, le rappel des grands principes de droit suggère la prise de règles par les acteurs et conduit à des développements techniques heureux.

D'autre part, on souligne l'ardente obligation de l'État d'intervenir au moment où, selon nous, il ne peut délaissier l'Internet et se retirer de sa réglementation à tel point qu'il n'en fixe même plus le cadre général, parce que, notamment, l'ordre public, les libertés fondamentales et d'autres valeurs de base sont en jeu.

24. Sur la protection «adéquate» ou comment un ordre étatique peut imposer souplement des valeurs aux pays tiers dans la société globale de l'information, voir POULLET, Y. et HAELANGE, B., «Preparation of a methodology for evaluating the adequacy of the level of protection of individuals with regard to the processing of personal data», Off. Public of the European Communities, 1998, Annex to the Annual Report 1998 (XVD/5047/98) of the WG art 29 of Dir 95/46/EC.
25. Cf. sur ces critères, les documents publiés et approuvés par le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, groupe dit «de l'art. 29», ainsi le WP 4 (5020/97) «Premières orientations» (juin 97) et le WP 12 (5025/98) «Applying articles 25 et 26» (juillet 98).
26. Directive du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

27. VIVANT, M., *op. cit.*

28. REIDENBERG, J., «Governing Networks and Cyberspace Rule-Making», *Emory Law Journal*, 911, 1996. REIDENBERG, J., «Governing Networks and Cyberspace Rule-Making», 1996, symposium on Information, National Policies and International Infrastructure, Harvard, 28-30 janvier 1996, (<http://ksgwww.harvard.edu/~itbsp/reidpap2.htm>).

Le partage précis du travail entre l'élaboration de droits étatiques ou supranationaux et les initiatives des utilisateurs d'Internet reste à définir. Il sera sans doute dynamique et devra permettre aux utilisateurs de faire preuve d'une certaine créativité dans la mise en œuvre du cadre avancé par le droit étatique.

Ceci dit, il ne peut être question de rejeter l'autoréglementation comme source normative au plein sens du terme. Comme conclut F. Osman²⁹, «qu'on veuille y voir uniquement "une affaire de moment et de contexte", ou la preuve de ce que le droit subit 'progressivement l'attraction et le joug des faits' économiques qui le dominent et dont il est devenu tributaire», un tel phénomène ne peut que susciter de l'intérêt pour le juriste à qui l'on a enseigné que la sanction fait partie du rouage de la règle de droit. Aussi est-ce tout naturellement qu'il est tenté de la rechercher partout, y compris dans le droit «mou». Et si le critère de la sanction «comme caractéristique de la règle de droit est un faux critère, et ce, en dépit des tentatives doctrinales pour le renouveler, c'est sans doute que l'effectivité des règles de conduite sociale, qu'elles 'régilent ou régulent', ne réside pas nécessairement dans l'adhésion dont elles sont l'objet par le corps social destinataire».

Que cette réflexion adressée aux sources normatives privées de la *lex mercatoria* soit également valable en matière de *lex electronica*, certes mais elle ne peut avoir la même portée, ce qui justifie sans doute une intervention plus résolue du droit étatique dans cette matière. Premièrement, le milieu des internautes, sauf dans le contexte de *newsgroups* ou dans certains milieux comme l'université ou le commerce entre marchands, est loin de présenter désormais la même homogénéité que celle des professionnels. Secondement, là où la *lex mercatoria* ne règle que des questions économiques, c'est de culture, de valeurs et de libertés que traite la *lex electronica*.

Il apparaît dès lors que l'autoréglementation doit être contrôlée. Certes, elle peut présenter l'expression spontanée d'une communauté réelle mais ce sera rarement le cas. Aussi, le droit étatique se doit de fixer au moins les standards à partir desquels se déclineront l'autoréglementation et les autres techniques normatives et veiller à ce que les mécanismes de mise au point de ces techniques de réglementation et l'application du contenu de ces normes privées soient transparentes et prennent en compte l'intérêt des divers acteurs.