

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les codes de conduite dans le commerce électronique

De Locht, Priscilla; Lazaro, Christophe

Published in:

Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Locht, P & Lazaro, C 2001, Les codes de conduite dans le commerce électronique: voyage dans les interstices du droit. dans *Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 298-326.

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.

CHAPITRE VII

LA MISE EN ŒUVRE DE LA DIRECTIVE

SECTION 1

LES CODES DE CONDUITE DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : VOYAGE DANS LES INTERSTICES DU DROIT

Priscilla DE LOCHT et Christophe LAZARO

I. INTRODUCTION

551. La société de l'information, le monde des réseaux et l'internet semblent mal se prêter à une réglementation étatique de type classique : leur propension à la délocalisation rend illusoire toute approche strictement nationale ; l'hétérogénéité des acteurs empêche d'appréhender légalement l'ensemble des situations de fait ; la volatilité et la fugacité des contenus rend un contrôle effectif et total impensable. De manière générale, l'évolution des réalités techniques et économiques rend les schémas procéduraux des réglementations classiques trop lourds et trop rigides. Dès lors, si l'objectif est de lutter contre des pratiques, des contenus illicites dans le cyberspace, d'assurer cette "mise en droit" sans laquelle cet espace restera toujours un lieu social marginalisé, d'autres solutions doivent être envisagées. Le développement de l'internet s'est naturellement accompagné de celui d'un discours sur l'autorégulation ou l'autoréglementation, présentée comme une alternative plus souple, plus adaptée aux réalités du réseau.

"L'autoréglementation fait référence aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. La nature première des règles autoréglementaires, c'est d'être volontaires, c'est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l'est la règle de droit édictée par l'État. L'assujettissement à l'autoréglementation est généralement consenti par le sujet. Elle est fondamentalement de nature contractuelle"⁶⁴⁶.

L'autorégulation peut également être définie comme "une technique juridique selon laquelle des règles de droit ou de comportement sont créées par des personnes auxquelles ces règles sont destinées à

⁶⁴⁶ P. TRUDEL *et alii*, *Le droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 3-34.

s'appliquer, soit que ces personnes les élaborent elles-mêmes soit qu'elles soient représentées à cet effet"⁶⁴⁷.

552. On a constaté que les pratiques et les techniques développées sur le réseau ont permis l'émergence de modes de (auto)régulation originaux, qui mettent à contribution l'esprit "civique" de chacun des utilisateurs du réseau dans un esprit communautaire, tantôt sous la forme d'une action des associations de citoyens ou de consommateurs, tantôt dans le sens d'une responsabilisation des acteurs économiques, conscients que les intérêts commerciaux à long terme exigent et coïncident avec la construction d'une relation de confiance avec leurs clients. Les différents acteurs de l'internet, inquiets des carences et du déficit de légitimité dont peuvent souffrir les nouvelles cyber-activités du fait de pratiques illicites non réprimées, n'ont pas tardé à tirer parti des potentialités du réseau pour débattre des insuffisances éthiques affectant ce nouveau champ économique et communicationnel et pour y répondre par la mise en œuvre de différents moyens.

Parmi ces moyens, on peut constater l'émergence sur le réseau d'un grand nombre de codes de conduite, de codes d'éthique, de règles déontologiques ou encore de chartes.

II. LA NOTION DE CODE DE CONDUITE

A. Définition et caractéristiques

553. L'élaboration de codes de conduite n'est assurément pas un phénomène nouveau ni propre à la société de l'information. En effet, ce phénomène s'est développé, depuis de nombreuses années, principalement dans la sphère économique. L'élaboration dans un cadre corporatif des règles particulières à l'usage des professionnels de la vie économique correspond incontestablement à une aspiration traditionnelle de ces milieux. A l'heure actuelle, en effet, l'ensemble des textes visant à promouvoir une normalisation privée des affaires représente une masse considérable. Les codes de conduite, ou d'éthique, ou de déontologie existent depuis longtemps, "*off line*", dans les secteurs les plus variés de l'activité professionnelle, tant à un niveau national qu'international : le secteur des services, le secteur financier, bancaire et boursier...⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *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.

⁶⁴⁸ Voy., par exemple, sur le plan national : la charte de qualité et le code professionnel des entreprises de vente à distance, les conventions sectorielles négociées sous l'égide de l'Union professionnelle des entreprises d'assurances ; sur le plan international : les principes directeurs à l'intention des firmes multinationales rédigés par l'OCDE en 1976.

L'élaboration de codes de conduite n'est cependant pas l'apanage exclusif des professionnels. Un nombre important des normes ayant ainsi pour objet l'(auto)régulation d'une activité concerne également les milieux culturels, sportifs ou politiques. Dans les environnements numériques, différentes communautés d'internautes ont manifesté le souci d'élaborer des règles devant ce qui leur apparaissait comme un nouveau champ social, encore vierge de toute espèce d'usages et d'habitudes comportementales. A titre d'exemple, on peut citer les règles de la Nétiquette (Règles de conduite et savoir-vivre de l'utilisateur du Réseau), ou encore des documents généraux du type de la Charte française de l'internet... Les codes de conduite dans les environnements numériques se caractérisent par une grande hétérogénéité tant en ce qui concerne leurs auteurs, leurs contenus que leurs destinataires.

554. A titre de définition générique, on peut qualifier les codes de conduite d'instruments de régulation élaborés volontairement par ceux qui prennent part à une activité, ayant pour objectif d'organiser, de manière souple et évolutive, une fonction, par voies de règles communes, uniformes et non obligatoires.

Dans le contexte qui nous occupe, il est cependant utile de se référer à la définition traditionnellement reçue dans les milieux professionnels. Le code de conduite y est défini comme un corps de règles "élaborées par un organisme professionnel et qui, tout en n'ayant pas un caractère directement obligatoire, a pour but d'encadrer et d'orienter le comportement des entreprises"⁶⁴⁹. Plus précisément, le code de conduite est une catégorie de règles qui contient aussi bien des dispositions techniques que des prescrits relatifs au comportement souhaitable des signataires.

Les acteurs concernés confient à un groupe dirigeant la tâche d'exprimer une ligne de conduite qui correspond soit au comportement normal, correct et usuel du professionnel diligent – mais pour lequel fait défaut le cadre juridique qui permettrait de le rendre obligatoire – soit au comportement que certains estiment souhaitable, sans qu'il puisse d'ores et déjà faire l'objet d'une réception par les règles obligatoires normales⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ G. KEUTGEN, "Le code privé de déontologie, un substitut à l'intervention du législateur ?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Bruxelles, Kluwer, 1994, p. 947.

⁶⁵⁰ E. WYMEERSCH, "Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Séminaire organisé à Spa-Balmoral les 16 et 17 novembre 1983, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 94.

On peut affirmer qu'en ordre général, dans les milieux professionnels, il s'agit d'instaurer "des normes, de contenu évolutif, tendant généralement à provoquer plus qu'à imposer une adhésion au type de comportement souhaité par la persuasion morale, exprimant la nécessité d'observer dans les pratiques professionnelles les exigences de loyauté, de transparence et de respect des partenaires qui, seules, valorisent et légitiment l'exercice de l'activité considérée, insistant sur le souci de se conforter tout autant à l'esprit qu'à la lettre des règles, élevant même parfois la portée de ces recommandations à la hauteur d'une participation au bien commun"⁶⁵¹.

555. Les principales caractéristiques des codes de conduite sont les suivantes :⁶⁵²

- la formulation de ces normes peut être le fait d'un particulier ou d'un organisme privé ;
- l'objectif des normes ainsi formulées est d'encadrer et d'orienter le comportement des acteurs concernés, de prévenir des abus potentiels et des pratiques contraires à une certaine 'morale' ainsi que d'assurer un fonctionnement correct d'une activité déterminée ;
- l'élaboration de ces normes est le plus souvent spontanée ;
- ces normes présentent un caractère évolutif ;
- les normes ainsi édictées n'ont pas un caractère directement contraignant.

Les codes de conduite se caractérisent par leur originalité formelle et normative. D'une part, ils consistent en une formalisation ou une codification de divers principes sous la forme d'avis, de recommandations, de *guidelines*... D'autre part, les codes de conduite mêlent confusément l'intention et l'action, le possible et le souhaitable, l'accessoire et l'essentiel, le licite et l'illicite. Outre ce caractère éclectique, ils sont en principe dépourvus de caractère directement contraignant. Il convient dès lors de les placer en dehors d'un système juridique étatique "inadéquat en raison de la rigidité du régime juridique qui s'appliquerait alors à l'opération en cause"⁶⁵³.

⁶⁵¹ B. OPETIT, *Droit et Modernité*, Paris, P.U.F, 1998, pp. 270-271.

⁶⁵² G. KEUTGEN, *op. cit.*, pp. 946-958.

⁶⁵³ F. OSMAN, "Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit", *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 515.

B. Les catégories de codes de conduite

556. Même si les deux phénomènes peuvent coexister, il est d'usage de distinguer deux formes d'élaboration de codes de conduite : tantôt celle-ci peut être un acte d'autorégulation pure lorsqu'elle est spontanée, tantôt elle peut procéder d'une délégation.

1. *Elaboration spontanée*

557. L'élaboration peut être spontanée, lorsque c'est une communauté elle-même qui prend l'initiative de réglementer ses pratiques. A première vue, l'élaboration d'un code répond au souci d'assurer une cohésion entre les acteurs d'une communauté, d'un secteur déterminé en instaurant des "règles du jeu" qui présideront à une régulation équilibrée des acteurs en présence.

558. Dans le contexte économique, il ne faut cependant pas perdre de vue que l'élaboration de codes n'est pas seulement le résultat d'une responsabilisation "éthique" des acteurs. En effet, un tel acte d'autorégulation d'une branche d'activité par ses propres acteurs est loin d'être désintéressé. On peut effectivement observer que, dans bien des cas, l'objectif est de prévenir l'édiction d'une réglementation étatique trop sévère⁶⁵⁴. Ce phénomène semble d'ailleurs se vérifier dans le cadre de la société de l'information, et traduit incontestablement une méfiance vis-à-vis des procédés autoritaires d'intervention des pouvoirs publics parce que rigides et peu soucieux de la complexité propre aux nouvelles technologies.

559. En outre, l'objectif d'une telle autorégulation est également de servir de "vitrine" visant à valoriser la profession aux yeux de l'opinion publique⁶⁵⁵. Force est de constater que l'intérêt collectif de la profession coïncide généralement avec l'intérêt des consommateurs. Toute profession a besoin de confiance, et cette confiance n'existe que dans la mesure où les membres de la profession respectent une certaine discipline, une certaine éthique⁶⁵⁶. A ce titre, pour certains auteurs, les termes *business* et *ethics* ne sont pas incompatibles et les codes de

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 515. Certains auteurs se demandent s'il s'agit encore de documents de déontologie ou de textes dont le but essentiel est d'assurer l'auto-protection de celui qui l'édicte.

⁶⁵⁵ G. KEUTGEN, "Le code privé de déontologie, un substitut à l'intervention du législateur ?", *op. cit.*, pp. 949-950.

⁶⁵⁶ J. CALAIS-AULOY, "Les consommateurs face aux normes techniques et professionnelles", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 451.

conduite s'inscrivent résolument dans une double logique de promotion et d'efficacité⁶⁵⁷.

2. Elaboration en vertu d'une délégation

560. L'élaboration d'un code peut aussi procéder d'une délégation de l'État, lorsque le législateur accorde un pouvoir normatif à une autorité déontologique telle qu'un ordre professionnel. Dans cette hypothèse, les normes autorégulatrices ont un caractère autrement plus incisif : soit les normes établies par l'autorité sont automatiquement applicables si l'autorité est investie d'un véritable pouvoir normatif, soit leur force obligatoire dépend d'une agréation ou d'un enregistrement.

561. Les ordres professionnels constituent, à cet égard, un exemple intéressant⁶⁵⁸. Investis d'un véritable pouvoir normatif en vertu d'une prérogative légale, les ordres ont ainsi l'opportunité d'étendre leur pouvoir au cyberspace et d'y réguler de manière contraignante l'activité de leurs affiliés. L'article 8 de la directive sur le commerce électronique comprend d'ailleurs une disposition spécifique concernant l'élaboration de codes de conduite par les professions réglementées.

C. Les codes de conduite en matière de commerce électronique

562. Si ce phénomène n'a donc, en soi, rien d'original ni de nouveau, il est permis de souligner l'audace du législateur communautaire d'en faire l'un des instruments essentiels de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, alors que la question de l'autorégulation sur l'internet est encore très controversée. Cette volonté des autorités communautaires de promouvoir l'élaboration des codes de conduite s'inscrit d'ailleurs dans une politique générale⁶⁵⁹ visant, d'une part, à sensibiliser les citoyens aux nouvelles technologies, d'autre part, à augmenter, voire à créer la confiance face à ce nouvel "eldorado économique", à cette nouvelle "foire commerciale".⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ A. SIAENS, "De la rhétorique hypocrite à la moralisation du marché", in P. VAN PARIJS (sous dir. de), *Ni ghetto ni tour d'ivoire. L'éthique économique et sociale aujourd'hui*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1993, p. 25.

⁶⁵⁸ T. VERBIEST et E. WERY, avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 1037.

⁶⁵⁹ Y. DIETRICH et A. MENAIS, "Un aperçu de la proposition de directive n° 98-586 relative à certains aspects du commerce électronique", *Lamy. Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 112 – mars 1999, p. 5.

Voy., en ce qui concerne la promotion des codes de conduite, la recommandation n° 98/560 du Conseil du 24 décembre 1998, *J.O.C.E.*, 7 octobre 1998, n° L 217 ; l'article 27 de la directive "vie privée".

⁶⁶⁰ Y. Poullet et R. Queck, "En conclusion – Le droit face à Internet", in *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles, Story-Scientia, n° 12, 1997, p. 241.

563. Avec le développement fulgurant de l'internet, le commerce électronique connaît en effet un essor sans cesse grandissant. Toutefois cette croissance est entravée par la méfiance qui entoure ce nouveau mode de contracter⁶⁶¹.

Le commerce électronique semble pourtant très proche de la "traditionnelle" vente à distance. En effet, des commandes sont transmises et exécutées, des paiements transférés et des produits délivrés. Cependant, le commerce électronique se distingue de la vente à distance classique principalement sous trois aspects. Premièrement, le commerce électronique s'inscrit dans un marché global qui tend à dépasser les frontières. Ensuite, l'internet fournit aux consommateurs un accès plus large et plus rapide à l'information. Enfin, les relations s'inscrivent dans un contexte dématérialisé.

564. Ces différences engendrent la nécessité de créer un climat de sécurité et de confiance mutuelle non seulement entre les entreprises, mais surtout entre ces dernières et les consommateurs. Or, dans le cadre du commerce électronique, il n'est aujourd'hui pas encore répondu adéquatement à une telle nécessité : la réglementation étatique s'élabore suivant des modalités rigides qui l'ajustent mal aux changements de tous les jours ; le vécu quotidien déborde le champ contractuel ; la coutume, par définition, n'agit que lentement.

565. L'émergence des codes de conduite dans la société de l'information s'explique par les avantages offerts par ce type de régulation face à un phénomène transfrontière, fluide, polymorphe, ambigu, doté d'ubiquité tel que l'internet.

Parmi ses avantages, on soulignera surtout l'originalité formelle et le caractère "glissant" de ce type de régulation. Les codes de conduite permettent de prendre en compte l'évolution de plus en plus rapide des réalités économiques et technologiques.

En outre, la qualité des auteurs du code justifie également une telle émergence. Il semble que des règles tracées par des "corps intermédiaires"⁶⁶² aptes à capter ce qui se fait ou devrait se faire pourraient trouver leur place et revêtir une grande valeur dans l'ordre

⁶⁶¹ Avis de Comité économique et social sur les incidences du commerce électronique sur le marché unique (OMU), *J.O.C.E.*, 2001, n° C 123.

⁶⁶² P. GABRIEL, "Observations sur un débat", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. XXII.

juridique. Par ailleurs, ces normes sont d'autant mieux acceptées par les acteurs du secteur concerné qu'elles sont le fruit de leur concertation et de leur décision volontaire de s'y soumettre.

Enfin, le phénomène d'adoption des codes de conduite répond à un besoin profond né de la vie économique et sociale : le besoin de sécurité, que contribue à créer la référence possible à un étalon, un standard d'action⁶⁶³.

566. Pour ces différentes raisons, la directive sur le commerce électronique encourage l'élaboration de codes de conduite, en son article 16, qui dispose :

“1. Les États membres et la Commission encouragent :

- a) l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 ;*
- b) la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire ;*
- c) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues communautaires ;*
- d) la communication aux États membres et à la Commission, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnels ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leur codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us et coutumes relatifs au commerce électronique ;*
- e) l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et à la dignité humaine.*

2. Les États membres et la Commission encouragent les associations ou les organisations représentant les consommateurs à participer à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts et élaborés en conformité avec le paragraphe 1, point a). Le cas échéant, les associations représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel et, de manière générale, les personnes handicapées devraient être consultées afin de tenir compte de leurs besoins spécifiques.”

⁶⁶³ *Ibidem*, p. XXIII.

III. LA VALEUR NORMATIVE DU CODE DE CONDUITE

A. Code de conduite et pluralisme normatif

567. Actuellement, on peut voir apparaître un nombre considérable d’initiatives d’autorégulation relatives au cyberspace, que celles-ci prennent la forme de codes de conduite, de chartes, de labels... Les traits caractéristiques du cyberspace, principalement ceux qui font obstacle à une réglementation étatique efficace, favorisent, semble-t-il, un accroissement du poids relatif de ces autres sources de normativité. On ne peut dès lors contester que le cyberspace met aux prises des prétentions normatives concurrentes et que le droit entretient des rapports d’internormativité avec d’autres domaines, dont l’importance semble s’accroître en raison des phénomènes d’incertitude croissante occasionnés par les développements technologiques. Aussi, pour P. TRUDEL, “la compréhension du cadre juridique d’une activité ne peut découler uniquement d’une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable”⁶⁶⁴.

Toutefois, la valeur normative des codes de conduite n’est pas si évidente. En effet, nombre de codes de bonne conduite, d’éthique, de déontologie apparaissent *a priori* comme des documents à caractère exclusivement incitatif, et ce, en raison de leur contenu recommandatoire et/ou de la subordination de leur obligatorité à une adhésion des acteurs concernés. Ils ne semblent *a priori* pas disposer d’une légitimité et d’une force juridique équivalentes aux sources formelles, étatiques du droit.

568. Pour certains, il ne fait aucun doute que l’État-Nation puisse constituer une instance légitime de la régulation de l’internet, voire la seule. Dans une perspective de régulation étatique, “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”⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ P. TRUDEL *et alii*, *op.cit.*, p. 3-2.

⁶⁶⁵ Y. POULLET, “Les diverses techniques de réglementation d’Internet : l’autorégulation et le rôle du droit étatique”, *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, p. 56.

On peut cependant observer que les acteurs de l'autorégulation ne se limitent pas seulement à définir naïvement dans un code de conduite un contenu qu'ils entendent respecter mais que, dans certains cas, ils mettent également en place des moyens pour assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation. Ces moyens prennent la forme de "mécanismes d'expression des règles, de contrôle de leur application, et finalement, de sanctions de leur non-respect, sanctions prononcées par leurs propres 'magistrats'"⁶⁶⁶. Ils tendent ainsi à constituer 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*. À ce titre, il est tentant pour certains, de voir dans l'autorégulation non plus une source complémentaire du droit étatique mais un système autonome, une source remplaçant ce dernier. Au delà de ces fantasmes libertariens, cette observation est de nature à provoquer la réflexion sur le concept même de norme et sur les conditions de son existence et de sa validité.

Si l'on raisonne par analogie avec le système juridique étatique⁶⁶⁷, le code de conduite, en tant que source normative, est susceptible de tirer sa validité de trois critères : la légitimité des auteurs, la conformité du contenu aux normes supérieures et l'effectivité de la règle posée.

1. Légitimité des auteurs

569. La légitimité du code de conduite repose sur le mode ouvert et participatif de son élaboration et la représentativité des associations qui sont à l'origine de son élaboration.

Cette condition se retrouve explicitement dans la directive sur le commerce électronique (art. 16, § 1^{er}, point a), qui souligne la nécessité d'associer à l'élaboration des codes de conduite tant les organisations d'entreprises et de professionnels que celles de consommateurs. S'agissant des consommateurs, le législateur est conscient que ces derniers occupent une position de faiblesse sur le marché, d'autant plus fragilisée qu'intervient une rupture d'échelle spécifique à l'internet

⁶⁶⁶ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁶⁶⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 270-314. Notre raisonnement se fait par analogie à celui que les auteurs développent relativement à la validité d'un système juridique. La légitimité s'entend de la conformité de la norme à des règles, valeurs ou idéaux méta-positifs (validité axiologique). La validité formelle s'entend de l'appartenance de la norme à un système et de la conformité de cette norme à la norme supérieure. Enfin, l'effectivité s'entend de la correspondance entre la norme et le comportement de ses deux catégories de destinataires : les autorités chargées d'en assurer l'application et les assujettis qui doivent y conformer leur comportement (validité empirique). L'efficacité s'entend de l'adéquation de la norme par rapport à l'objectif qui lui était imparti.

puisque le réseau ouvre aux fournisseurs de produits et de services un marché planétaire. En outre, les moyens financiers et techniques d'une entreprise, aussi petite soit-elle, sont toujours supérieurs à ceux du simple consommateur-internaute. Mais, de manière générale, le législateur communautaire insiste sur la participation des associations défendant les intérêts des acteurs "faibles" du réseau, consommateurs ou personnes handicapées (art. 16, § 2).

Pour les parties concernées, le code de conduite tire en effet sa légitimité de sa fonction à représenter les intérêts de chacune d'elles. Les consommateurs et les professionnels doivent avoir la conviction que le code consacre un juste équilibre entre leurs préoccupations respectives. En effet, une autorégulation efficace exige une consultation active des parties intéressées à propos du partage des responsabilités, à toutes les étapes du développement et de l'implémentation de ces systèmes. Sans l'implication de tous les acteurs concernés, un mécanisme autorégulateur ne reflétera pas entièrement leurs besoins, ne sera pas efficace dans les comportements (standards) qu'il promeut, et échouera à instaurer la confiance.

570. Or, si l'on parle d'autorégulation comme d'un "ensemble de normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité", il apparaît que cette exigence d'un débat argumenté réunissant tous ceux qui prennent part à une activité ou sont concernés par elle n'est pas souvent rencontrée⁶⁶⁸. En effet, l'élaboration des codes et autres instruments est souvent laissée au soin de telle ou telle association ou profession. Ce manque de légitimité démocratique et politique est de nature à priver les normes dégagées par les acteurs, de toute crédibilité et à leur dénier toute dimension réellement normative.

Aussi, la directive sur le commerce électronique confie-t-elle aux États membres le soin d'encourager la participation de tous les acteurs concernés à l'élaboration de ces codes.

2. Conformité aux normes supérieures

571. Le contenu du code de conduite doit respecter le contenu d'une norme supérieure issue, par exemple, d'un texte national ou international, et ne peut en aucun cas y déroger. Selon le contenu, précis ou vague, de la

⁶⁶⁸ J. BERLEUR, "Approches des problèmes éthiques au sein de l'*International Federation For Information Processing*. Ethique, codes et lois : créer des espaces de discussion", XIXe conférence internationale des commissaires à la protection des données, Bruxelles, 17-19 septembre 1997, *s.n.*, 1997, p. 247.

norme supérieure, l'autorégulation pourra proposer des solutions plus ou moins originales. En matière de commerce électronique, le code de conduite tend à s'appliquer à une échelle non plus nationale, mais européenne, voire internationale. A cet égard, la directive sur le commerce électronique met l'accent, à plusieurs reprises, sur la nécessité d'élaborer des codes au niveau communautaire (art. 8, § 2, et art. 16, § 1^{er}, point a). Dans ce contexte, il est important de tenir compte des normes des États dans lesquels ce code trouvera à s'appliquer.

572. Pour s'assurer de la compatibilité des codes de conduite avec le droit communautaire, la directive prévoit, en son article 16, § 1, point b, "*la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire*".

3. Effectivité de la règle posée

573. L'effectivité du code de conduite est l'élément indispensable à la promotion et à l'application de ce dernier. Elle dépend, d'une part, du caractère public de son existence, d'autre part, du caractère contraignant et efficace des modes de contrôle et de sanction qui lui sont associés.

a) La publicité du code de conduite

574. Pour avoir un réel impact, le code de conduite doit donc non seulement être élaboré par les différentes parties concernées et idéalement recevoir l'aval d'une autorité publique, mais également faire l'objet d'une certaine médiatisation et d'une large transparence. Cet objectif trouvera son écho dans la publicité qui sera donnée à ce code auprès des personnes physiques et morales qui peuvent s'en prévaloir.

A cet égard, les sites qui adhèrent au code de conduite doivent prévoir une référence explicite à son existence et à son contenu. L'article 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique prévoit en effet que "*Les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire indique les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique*". Nous renvoyons sur ce point au commentaire de l'article 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique (*supra*, n^{os} 222 et s.).

b) Modes de contrôle et sanctions

575. L'adoption de mesures contraignantes et efficaces quant aux moyens de contrôle et de sanction associés au code de conduite est sans aucun doute la condition la plus essentielle à son effectivité⁶⁶⁹.

L'effectivité du code de conduite peut trouver un fondement autonome, véritablement autoréglementaire, dans la force contraignante que les auteurs du code lui donnent. A cette fin, outre la définition du contenu du code, les auteurs devront mettre sur pied des moyens tendant à assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation. Le code de conduite peut prévoir des modes de contrôle ou des sanctions qui lui sont propres ou renvoyer à d'autres mécanismes de contrôle ou de sanction externes.

Il est important de relever que ces sanctions ne peuvent être disproportionnées par rapport à l'infraction contestée, auquel cas l'application de la norme pourrait être rejetée par les tribunaux, dans la mesure où elle serait constitutive d'un abus de droit. Les sanctions doivent cependant représenter un moyen de dissuasion assurant le respect de la norme.

B. Réception du code de conduite dans l'ordre juridique étatique

576. L'effectivité du code de conduite peut également, de manière détournée, se déduire de sa réception dans l'ordre juridique étatique. La question de la réception des codes de conduite, des règles déontologiques ou autres codes d'éthique mérite dès lors quelque réflexion à propos des rapports de relevance juridique⁶⁷⁰ entretenus par ces formes normatives "infralégales" avec l'ordre juridique étatique.

1. Autonomie de la volonté et liberté contractuelle

577. On ne peut reconnaître au code de conduite une valeur juridique directe⁶⁷¹ sauf s'il est rendu conventionnellement obligatoire, par une référence expresse dans les conditions contractuelles, voire par une référence à la qualité de membre d'une organisation dont les règles contenues dans le code peuvent être invoquées par le cocontractant. Tel pourrait être le cas si un membre d'un groupement affichait le label de ce

⁶⁶⁹ Le reproche principal adressé à l'autorégulation est son manque d'effectivité. Le code de conduite néerlandais élaboré suite à une initiative du Ministère de l'économie (<http://www.ecp.nl>) et présenté comme un modèle de code ne prévoit curieusement aucune sanction en cas d'infraction aux règles qu'il contient.

⁶⁷⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106.

⁶⁷¹ Hormis le cas où le code de conduite a fait l'objet d'une consécration légale ou réglementaire.

dernier, faisant expressément référence à un code de conduite. Nous renvoyons sur ce point au commentaire de l'article 10, § 2 de la directive sur le commerce électronique.

Le principal point d'ancrage est donc l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle (art. 1134 C.civ.). Dans la mesure où le code ne figure jamais comme tel dans le contrat, il constitue un document contractuel annexe. Pour qu'il revête une valeur contractuelle, il importe que le cocontractant sache qu'il fait partie du contrat et puisse en prendre connaissance⁶⁷² (voy. *supra*, n° 574).

2. Usage et coutume

578. Un problème consiste à déterminer si l'on peut accorder la moindre valeur juridique à un code auquel il n'est pas fait mention de manière expresse dans le cadre contractuel⁶⁷³. Autrement dit, peut-on rendre un code tacitement applicable ?

Il semble que l'interprétation du contrat par référence aux normes déontologiques ou professionnelles puisse octroyer au code de conduite une valeur juridique lorsque ces règles ont acquis le statut d'usage ou de coutume⁶⁷⁴. En effet, les règles contenues dans le code pourraient être considérées comme l'expression d'un usage qui doit être respecté dans le cadre d'une convention, même s'il n'y est pas fait référence.

Sur le strict terrain de l'interprétation, qui est la recherche de la volonté réelle des parties, l'article 1160 du Code civil dispose que l'on "doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées".

L'article 1135 du Code civil précise en outre que "les conventions obligent à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

Enfin, le code peut également être interprété comme reflétant un usage honnête de la profession, de sorte que sa violation pourrait donner lieu à

⁶⁷² J. GHESTIN, "Normalisation et contrat", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 498-504.

⁶⁷³ H. COUSY, "Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 405-406.

⁶⁷⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 503.

une action en cessation par application des articles 93 et 94 de la loi sur les pratiques de commerce⁶⁷⁵.

579. Cette possibilité de réception par l'ordre juridique étatique sera, selon nous, relativement rare, du moins dans le contexte du commerce électronique. Même s'il est tentant de conférer aux codes de conduite une valeur coutumière, nous pensons qu'ils ne répondent pas, le plus souvent, à la définition de coutume⁶⁷⁶. En effet, les normes contenues dans les codes de conduite ne sont pas soumises au même processus d'élaboration que la coutume qui passe par la pratique et l'usage.

A ce titre, il est intéressant d'observer que le législateur communautaire semble avoir, dans la présente directive, tenu compte de cette distinction puisqu'il fait allusion à l'application des codes et à leur influence sur les pratiques et les coutumes relatives au commerce électronique.

On peut effectivement constater que les États membres doivent encourager la communication *“par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us et coutumes relatifs au commerce électronique”* (art.16, § 1^{er}, d).

3. Standard et schéma de référence

580. Le code pourrait également recevoir une valeur juridique dérivée au titre de standard, de schéma de référence permettant au juge d'apprécier le comportement des acteurs privés. En effet, beaucoup de ces normes définissent abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé. Il s'agit de standards au même titre que la “bonne foi” ou les “soins d'un bon père de famille” qui sont des concepts familiers au juriste⁶⁷⁷.

581. Ces normes “jouissent de la confiance générale qui à elle seule leur confère une autorité bien plus de fait que de droit. Quoique dépourvues de caractère réglementaire, leur usage de plus en plus généralisé permet d'y voir une ébauche de codification des ‘règles de l'art’ et le professionnel qui s'y réfère s'assure en principe la protection des tribunaux cependant

⁶⁷⁵ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M. B.*, 29 août 1991 (ci-après : LPC) ; voy., G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 956.

⁶⁷⁶ En ce sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 495.

⁶⁷⁷ M. VIVANT, “Internet, support publicitaire : régulation et déontologie”, *Gazette du Palais – La Publicité*, 1997, n° spécial, p. 1505.

qu'en cas de dommages à autrui, les normes peuvent contribuer à établir les éléments et les limites de la responsabilité civile...⁶⁷⁸.

A ce titre, le code de conduite emprunte à la règle de droit son effectivité. Le juge étatique est en effet susceptible de contribuer à l'effectivité d'un code de conduite édicté ou élaboré par un organisme corporatif, dans la mesure où il y voit un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute qui doit être juridiquement sanctionnée⁶⁷⁹. Il va alors élever une norme non-juridique, sans statut légal bien déterminé au rang d'une "règle de décision". Ce code constitue en effet un instrument précieux pour le juge à qui il est donné ainsi la possibilité d'objectiver sa réflexion en s'appuyant sur des règles de référence préalablement consenties par des acteurs raisonnables.

582. Ce processus de réception par l'ordre juridique ne s'applique donc pas seulement entre parties mais également aux tiers. Il se manifeste notamment dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle (art. 1382 C.civ.). On doit y rattacher le domaine de la responsabilité pré-contractuelle, notamment ce qui concerne les obligations d'information, d'avertissement et de conseil. "La réalité est qu'au fur et à mesure que le professionnel normal et diligent fait usage des procédures standardisées, que les codes de conduite sont suivis, la règle professionnelle ou standardisée est absorbée par le droit, non en tant que règle contractuelle, mais en tant que règle de bon comportement"⁶⁸⁰. A ce titre, la non-exécution d'une obligation "associative" d'autorégulation, telle qu'on en rencontre dans les codes de conduite, peut constituer un quasi-délit à l'égard d'un non-contractant.

4. Théorie de l'engagement unilatéral

583. Enfin, la force obligatoire du code de conduite pourrait éventuellement trouver sa source dans la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, défini comme "un acte juridique unilatéral par lequel le déclarant s'oblige vis-à-vis d'un tiers, qui devient ainsi créancier sans avoir été invité à donner son consentement à l'acte"⁶⁸¹.

La Cour de cassation a consacré cette théorie en vertu de laquelle l'engagement unilatéral pouvait être créateur de droits dans le chef des

⁶⁷⁸ M. A. FLAMME, "Normes techniques. Force obligatoire", *Entr. et dr.*, 1981, n° 4 cité par P. HENRY, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁷⁹ F. OSMAN, *op. cit.*, p. 525.

⁶⁸⁰ E. WYMEERSCH, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁸¹ *Encyclopédie Dalloz*, Droit civil, 1987, v° *Engagement par volonté unilatérale*, n° 9.

tiers⁶⁸². Elle a de la sorte écarté l'opinion de certains auteurs, qui estiment que l'acte unilatéral n'est source d'obligations que s'il se traduit par une adhésion à une institution préexistante organisée par la loi, la pratiques ou les usages⁶⁸³.

5. *Considérations générales*

584. De manière générale, il est intéressant de constater que le phénomène de réception des codes de conduite dans l'ordre juridique s'effectue au moyen de règles de droit positif qui présentent l'originalité de déterminer leur application au moyen de critères très larges, voire vagues⁶⁸⁴. L'article 1382 du Code civil constitue l'exemple même de normes dont le contenu n'est pas clairement établi. Sans s'arroger le statut de sources autonomes du droit, les normes professionnelles de bonne conduite peuvent alors conférer un contenu à une règle de droit.

585. Il importe aussi de souligner qu'une réception "formelle", directe ou dérivée, dans l'ordre juridique étatique n'est pas indispensable pour que l'on puisse reconnaître à une norme un véritable caractère contraignant. Constitutives d'une loi du milieu professionnel, ces règles disposent, par elles-mêmes, du moins à titre symbolique, d'une force obligatoire qui découle de la pression sociale qui s'y attache. Ne pas y souscrire équivaut souvent à se placer hors du jeu, ce qui, en soi, est déjà une sanction économique importante⁶⁸⁵.

IV. LA LABELLISATION DES SITES WEB

586. Labellisation et code de conduite sont étroitement liés, en ce que tous deux cherchent à accroître la confiance des consommateurs en leur offrant davantage de transparence et de garanties quant au respect par les sites web de normes et critères prédéfinis.

La promotion de l'autorégulation participe à celle de la labellisation, et réciproquement. Le développement de codes de conduite favorise les initiatives de labellisation dans la mesure où celles-ci peuvent faire référence aux règles contenues dans le code pour poser les critères que les sites doivent s'engager à respecter dans le cadre d'une labellisation.

⁶⁸² Cass., 18 décembre 1974, *J.T.T.*, 1975, p. 53. Pour une analyse de cette théorie, voy. P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 142.

⁶⁸³ T. VERBIEST et E. WERY, *op. cit.*, n° 1017.

⁶⁸⁴ E. WYMEERSCH, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁶⁸⁵ P. HENRY, "Les codes de bonnes pratiques", *Aménagement-Environnement*, 1997, n° spécial, p. 41.

Inversement, le code de conduite pourra bénéficier de la publicité et de la reconnaissance d'un label pour assurer son effectivité.

587. Dans cette optique, des associations de consommateurs ont pris l'initiative de mettre sur pied leur propre système de labellisation, le *Web Trader*, basé sur un code de conduite. Ce système de labellisation a pour objectif de développer davantage le commerce électronique en certifiant la fiabilité et le sérieux des sites web affichant le logo. Le consommateur visitant de tels sites a donc l'assurance que ceux-ci respectent le code *Web Trader*⁶⁸⁶. De même, les sociétés de Marketing direct réunies au sein de la FEDMA ont également élaboré un label.

588. La labellisation des sites web s'entend donc comme "l'initiative de marquer ses propres services d'un niveau de qualité par un engagement à respecter certains critères"⁶⁸⁷. Elle peut être spécifique, lorsqu'elle vise une réglementation particulière, ou globale. Elle est interne ou externe selon qu'elle implique ou non l'intervention d'un ou de plusieurs organismes tiers dans le contrôle du respect de critères prédéfinis.

Enfin, le contrôle des conditions de labellisation peut être minimal ou maximal⁶⁸⁸. Ainsi, l'octroi du label peut se faire sur simple déclaration par le site web, et un contrôle aléatoire *a posteriori* est effectué quant au respect des critères prédéfinis, ou, à l'inverse, la labellisation est accordée sur base d'un contrôle *a priori* du site web.

589. Il importe d'attirer l'attention sur le fait que la labellisation n'a de sens que si elle apporte un élément supplémentaire au simple respect de la législation. Le rôle de l'étiquette n'est pas d'affirmer le respect de la législation, mais d'apporter une valeur ajoutée aux exigences réglementaires qui s'imposent à tous. Dans cette optique, la labellisation basée sur un code de conduite qui apporte des solutions originales quant à la mise en œuvre des obligations légales et/ou qui prévoit des modes alternatifs de résolution des litiges, a un rôle actif et utile à jouer dans le développement du commerce électronique.

⁶⁸⁶ Voy. à ce sujet M. DEMOULIN, "The Web Trader Scheme : comparative study, Analysis of the codes of practice", mai 2000, <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/webtrader.pdf> ; D. GOBERT et A. SALAÜN, "La labellisation des sites web : classification, stratégies et recommandations", *D.A/O.R.*, n° 51, novembre 1999, pp. 83-94.

⁶⁸⁷ M. ANTOINE, D. GOBERT, et A. SALAÜN, "Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance", in *Droit des technologies de l'information, regards prospectifs*, Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, n° 16, 1999, pp. 3-32.

⁶⁸⁸ Voy., pour la labellisation des sites web : D. GOBERT et A. SALAÜN, *op. cit.*, pp. 83-94.

V. ENCOURAGEMENT PAR LES ÉTATS MEMBRES : PISTES DE RÉFLEXION

590. Le législateur communautaire s'est limité à énoncer que l'État doit encourager l'élaboration de codes de conduite. Force est de constater que la directive est restée très circonspecte quant aux moyens permettant leur développement et leur élaboration (art. 16, § 1^{er}, a)⁶⁸⁹.

Deux aspects relatifs aux codes de conduite doivent être pris en considération. Le premier concerne l'élaboration même du code (légitimité et conformité à la norme supérieure), tandis que le second a trait à son effectivité.

A. Elaboration du code de conduite

1. Auteurs du Code

591. Pour acquérir une certaine légitimité dans le cadre du commerce électronique *Business to Consumer*, un code de conduite doit être négocié entre les organisations sectorielles concernées et les organisations représentatives des consommateurs. La notion d'organisation doit être entendue ici au sens de la loi sur les pratiques du commerce, c'est-à-dire comme un ou des groupements professionnels ou interprofessionnels ayant la personnalité civile (art. 98, § 3, de la LPC).

Il doit également s'agir d'une ou plusieurs associations ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile, pour autant qu'elles soient représentées au Conseil de la Consommation ou qu'elles aient été agréées par le ministre des Affaires économiques, suivant des critères déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (art. 98, § 4, de la LPC).

Les associations de consommateurs ont donc, elles aussi, un rôle capital dans l'avènement de la confiance du consommateur, qui est un facteur indispensable au développement du commerce électronique. L'initiative qu'elles ont prise dans l'élaboration de leur propre système de labellisation, à travers le *Web Trader*, doit être félicitée.

Cependant, pour être complet et effectif, un tel système doit répondre à différentes conditions. D'une part, il doit recevoir l'aval de ceux à qui il est destiné. Or, les professionnels ne semblent pas avoir été associés à l'élaboration d'un tel mécanisme. D'autre part, les règles adoptées

⁶⁸⁹ Y. DIETRICH et A. MENAIS, *op. cit.*, p. 5.

doivent au moins être conformes aux exigences réglementaires et mieux, encore aller au-delà de ce que la loi impose en proposant des moyens et solutions originaux d'application de la loi (conformité à la norme supérieure). Or, il semble que les règles du *Web Trader* ne soient pas tout à fait conformes aux droits belge et européen, à certains égards⁶⁹⁰. Les mêmes remarques s'appliquent aux codes élaborés par les organisations sectorielles concernées.

592. Malgré leurs lacunes et leurs défauts, les codes déjà élaborés pourraient servir de référence pour la constitution d'un code de conduite élaboré par toutes les parties concernées.

Dès lors, afin d'assurer la légitimité du code par la représentativité des auteurs qui faisaient défaut, il y aurait lieu d'encourager un ou plusieurs organismes représentatifs des professionnels du secteur et des consommateurs à développer un code de conduite. Cet encouragement pourrait prendre, par exemple, la forme d'une subvention étatique destinée à l'élaboration d'un code de conduite standard relatif au commerce électronique.

En outre, il serait utile d'associer à l'élaboration du code des juristes ou des scientifiques dont la mission consisterait à examiner et vérifier la conformité des règles contenues dans le code aux exigences légales.

593. Dans cette optique, à l'instar du modèle néerlandais, un centre national de recherche et de coordination en matière de commerce électronique pourrait être créé. Aux Pays-Bas, l'Electronic Commerce Platform Nederland⁶⁹¹, un centre de recherche créé en 1998, a réussi à adopter, après un vaste processus de consultation, un ensemble de règles qui apparaît comme un "classique" en matière de code de conduite. Il s'agit du *Code of conduct voor Elektronisch Zakendoen*⁶⁹². Ce code porte sur des principes comme l'exactitude de l'information fournie, la fiabilité de l'organisation et des systèmes de preuve, la transparence dans la communication, la confidentialité ou encore le respect de la propriété intellectuelle. Malgré le large consensus autour de ce code, certains auteurs s'étonnent cependant que l'adhésion à celui-ci soit restée libre et

⁶⁹⁰ En ce sens, M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁹¹ <http://www.ecp.nl>

⁶⁹² K. STUURMAN, "E-commerce : What's new ? Enkele recente ontwikkelingen op het terrein van reguleringsinitiatieven voor elektronische handel", *Computerrecht*, 1999, pp. 99-104.

le retrait toujours possible. A cela s'ajoute le fait que ce code est dépourvu de toute espèce de sanctions, sinon celles du droit commun⁶⁹³.

S'inspirant du modèle évoqué ci-dessus, cette association pourrait prendre la forme d'une plate-forme subventionnée par l'État et regroupant à la fois des professionnels du secteur, des associations de consommateurs, ainsi que des scientifiques ou des juristes. Les négociations pourraient être entreprises, le cas échéant, sous l'égide du ministre des Affaires économiques qui en assurerait l'encadrement. A l'issue des négociations, on pourrait envisager une agrégation du code par le ministre.

Une autre piste consisterait à confier à une commission parlementaire la confection d'un modèle de code. Dans le cadre de sa mission, la commission ferait appel à différents experts représentatifs de toutes les parties concernées. Cette commission rédigerait un code de conduite standard, agréé par le Ministère des Affaires économiques, que les professionnels pourraient reprendre sur leur site.

2. Contenu du code

594. La transparence du code est essentielle, elle se traduit notamment par une rédaction dans une langue simple à comprendre et une accessibilité aisée au contenu du code.

595. Lors de la rédaction du code, les auteurs sont tenus de respecter les normes supérieures qui peuvent provenir de textes nationaux ou internationaux. Entre la précision ou le caractère flou du contenu de ces normes, les auteurs trouveront une marge de manoeuvre plus ou moins grande pour proposer des solutions originales. Par exemple, la liberté des auteurs sera nettement plus importante s'il s'agit de se référer au standard de la liberté d'expression que s'il s'agit de préciser la notion de "*reasonable notice*" développée par la jurisprudence en ce qui concerne la présentation du texte des conditions générales contractuelles⁶⁹⁴.

Si le code, en soi, permet de conscientiser davantage les fournisseurs quant à leurs obligations et d'offrir plus de transparence aux consommateurs quant à leurs droits, une simple référence aux textes légaux n'est pas suffisante. Au-delà des applications élargies des règles minimales, d'autres règles peuvent venir s'ajouter, telles que des règles

⁶⁹³ Pour une appréciation critique du code de conduite néerlandais, voir T. VERBIEST et E. WERY, *op. cit.*, n° 1034 ; voy. aussi A. M. Ch. KEMNA, "Een initiatief met tanden. De ECP.NL Code of Conduct voor elektronisch zakendoen", *Computerrecht*, 1999, pp. 112-118.

⁶⁹⁴ Y. POULLET, *op. cit.*, p. 62.

de droit supplétives, des règles informelles en vigueur sur le réseau, des initiatives propres à certains secteurs d'activités, etc. Le code pourrait ainsi offrir aux consommateurs des voies de recours extrajudiciaires en cas de litiges.

596. Lorsque c'est nécessaire, l'État pourrait soumettre l'octroi de subventions ou l'agrément du code à l'obligation d'examen et d'insertion dans le code de dispositions relatives à la protection des mineurs et à la dignité humaine ou, selon les mêmes mécanismes développés ci-dessus, encourager des codes individuels, spécifiques à ces questions. L'article 16, § 1^{er}, point e, de la directive sur le commerce électronique dispose en effet que "*Les États membres et la Commission encouragent l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine*".

597. Le code de conduite rédigé, les professionnels en relation avec des consommateurs devront faire référence sur leur site web de leur adhésion à ce code (art. 10, § 2, de la directive). En pratique, un hyperlien renvoyant au contenu du code, ainsi qu'à des informations concernant son élaboration et son fonctionnement, assureraient la confiance et la transparence (*supra*, n^{os} 222 et s.).

B. Effectivité du code de conduite

598. L'élaboration d'un code de conduite n'a de sens que si ce dernier est réellement effectif. Pour assurer son effectivité, des moyens de contrôle et de sanction adéquats doivent être prévus.

1. Reconnaissance du code par un texte législatif spécifique

599. Des doutes peuvent subsister quant à la détermination des conditions qui font du code de conduite un élément contractuel opposable à celui qui s'en prévaut, par sa seule référence, par exemple, sur une page web. Les autres modes de réception dérivée offrent des pistes intéressantes et non négligeables pour garantir la force obligatoire du code, mais ils n'en restent pas moins des constructions doctrinales ou jurisprudentielles (*supra*, n^{os} 576 et s.). Si la réception dans l'ordre étatique de ces codes semble présenter une option intéressante pour en assurer la valeur juridique, certaines incertitudes et ambiguïtés peuvent subsister notamment en raison de la particularité du commerce électronique et de l'absence de dispositions précises relatives à ces codes.

600. Pour certains, la réception la plus aboutie du code de conduite serait son intégration, ainsi que les règles qu'il contient, dans le système juridique, en tant que norme opposable à l'ensemble des citoyens, comme cela serait le cas si l'État déléguait à un ordre ou à une institution le pouvoir d'établir des normes qu'il sanctionne⁶⁹⁵.

Comme nous l'enseigne H. COUSY, on pourrait alors distinguer la "réception à référence rigide" de la "réception à référence glissante"⁶⁹⁶. Le système de référence rigide permet un contrôle de l'État plus étendu, mais pêche par un manque de souplesse. En effet, les révisions ultérieures des normes ne sont applicables que si elles ont été soumises à une intervention du législateur pour homologuer leur modification. Tandis que dans le système de référence glissante, les révisions ultérieures des normes sont applicables de droit, ce qui permet une plus grande marge d'adaptation à toute évolution nouvelle.

601. La directive sur le commerce électronique ne prône pas un tel interventionnisme de la part de l'État mais souhaite que celui-ci appuie les initiatives privées en la matière. Elle insiste en effet sur le caractère volontaire de ces codes et la possibilité pour les parties intéressées de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes.

On notera à ce propos l'intervention du considérant n° 49 qui précise : "Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduite. Cela ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité, pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes."

2. Reconnaissance du code par les acteurs concernés

602. L'effectivité d'un code de conduite doit, pour certains, être recherchée dans le champ même de l'autorégulation. Le défi majeur est ici de conférer au code une dimension d'effectivité qui ne soit pas celle d'une simple déclaration d'intention, à laquelle s'apparentent souvent les codes de conduite.

Dans une telle optique, un code de conduite pourrait d'abord tirer son effectivité de la notoriété du groupement dont il émane. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'effectivité d'un code de conduite est étroitement liée à la légitimité de ses auteurs. La plate-forme, créée au

⁶⁹⁵ P. HENRY, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹⁶ H. COUSY, *op. cit.*, p. 395.

départ dans l'unique but de l'élaboration d'un code de conduite, pourrait prendre la forme d'un tel groupement, ouvert à tous les acteurs intervenant dans le secteur du commerce électronique qui souhaiteraient en faire partie. L'adoption par ce groupement d'un code de conduite, éventuellement, avalisé par une institution étatique, lui procurerait une assise importante pour une reconnaissance publique.

Afin d'assurer l'effectivité du code qu'il aura adopté, le groupement devrait prévoir la mise sur pied d'un organe chargé de la surveillance du respect de ce code. Cet organe de contrôle pourrait être institué au sein même du groupement ou être confié à un organe externe, comme un tiers indépendant non membre du groupement. Cet organe de surveillance interviendra généralement suite à une plainte, voire, dans certains cas, d'office. Il devrait donc mettre en place un mécanisme de réception des plaintes facilement accessible. Cette intervention aurait lieu dès qu'il y a eu violation ou simple présomption de violation du code. Les infractions au code pourraient entraîner des sanctions pécuniaires mais aussi de type "professionnel", telles que l'exclusion du groupement et la publicité donnée au comportement non conforme à la norme.

Il convient cependant d'émettre certaines réserves face un tel système. En effet, ce n'est qu'à travers la mise en œuvre d'un certain nombre de garanties démocratiques que les mécanismes autorégulateurs de sanction ne s'apparenteront pas à une forme de justice privée.

603. Le système de labellisation⁶⁹⁷ ou de logo du groupement pourrait ensuite servir de "relais" et renforcer l'effectivité du code de conduite. Dans cette hypothèse, il n'est plus fait référence à la seule qualité de membre d'un groupement, mais également à un label qui garantit le sérieux et la fiabilité du site web qui l'affiche.

Si le groupement à l'origine du code jouit d'une réelle reconnaissance publique, tant par sa publicité que par sa légitimité, toute référence à ce groupement suscitera la confiance du consommateur. L'impact commercial n'est certes pas négligeable, alors que les craintes et inquiétudes des consommateurs à l'égard du commerce électronique constituent un réel frein à son développement.

⁶⁹⁷ Pour un examen approfondi de ce mécanisme, voy. D. GOBERT et A. SALAÜN, "La labellisation des sites Web : inventaire des initiatives existantes", *Communications & Stratégies*, 1999, n° 35, pp. 229-251 ; D. GOBERT et A. SALAÜN, "La labellisation des sites Web : classification, stratégies et recommandations", *op. cit.*, pp. 83-94.

Le label doit être délivré par un organe indépendant, expert, intègre et objectif. Les critères prédéfinis de la labellisation seraient, en l'espèce, le respect du code de conduite par ceux qui désirent profiter de la réputation du label.

Etant donné que le détenteur du site est tenu par le contenu du code lorsqu'il s'en prévaut, l'objectif du label tendrait à indiquer les "bons élèves", tout comme le sous-tend la qualité de membre au sein du groupement réputé pour son professionnalisme et son sérieux.

En termes de transparence et de responsabilité, il est essentiel d'une part que l'internaute soit informé du type et de la fréquence des contrôles effectués par l'autorité qui a délivré le label afin de pouvoir en mesurer la fiabilité. D'autre part, l'organe qui délivre le label a intérêt à préciser exactement la teneur de ces contrôles afin de déterminer les obligations auxquelles il s'engage ainsi que les exigences et conditions que couvre le label.

En cas de non respect des critères et conditions liés au label, des sanctions pécuniaires et professionnelles telles que le paiement d'une amende et le retrait du label, peuvent être envisagées.

C. Vers un système de corégulation ?

604. L'élaboration des codes de conduite dans le cadre du commerce électronique en est tout juste à ses premiers balbutiements. Pour les observateurs les plus pessimistes, les codes de conduite apparaissent davantage comme des documents d'auto-protection que d'auto-réglementation, de telle sorte que la liberté du marché semble rester la vertu maîtresse du cyberspace⁶⁹⁸. Les codes de conduite et l'auto-discipline qu'ils suggèrent ne seraient pas toujours conformes à l'intérêt général et tradiraient trop souvent l'intérêt du plus fort.

605. Toutefois, moyennant des garanties d'impartialité, de légitimité et d'effectivité, l'ouverture de l'espace juridique à une réglementation privée d'origine corporatiste est, selon nous, précieuse.

Il serait en effet absurde de fixer des règles en se privant de l'expérience et de la connaissance des acteurs du marché. Ceux-ci, en effet, sont souvent les mieux placés et s'avèrent les plus aptes à percevoir les

⁶⁹⁸ J. BERLEUR et T. EWBank DE WESPIN, "Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, corégulation ?", in *Actes du 12^{ème} colloque du CREIS informatique et société 'Téléservices publics. Usages et citoyenneté'*, Paris, CREIS, 2001, p. 41.

évolutions de la vie économique et technologique. Confiant à des “corps intermédiaires”⁶⁹⁹ – ensemble d’organes, d’ordres, de groupements, d’associations de nature et d’origine diversifiées – le soin d’élaborer des règles souples et évolutives, ces acteurs, par une œuvre codificatrice de nature privée, permettent tantôt d’anticiper, tantôt de compléter de manière adéquate une réglementation étatique.

Plusieurs enseignements peuvent déjà être tirés de l’observation de ces initiatives privées relatives au commerce électronique. De manière générale, un code de conduite pour le commerce électronique devrait remplir au moins les conditions suivantes⁷⁰⁰ :

1. être rédigé dans une langue claire et compréhensible pour l’utilisateur
2. être facilement accessible
3. prévoir des sanctions effectives en cas de non-respect
4. être contrôlé par un organe indépendant
5. être régulièrement vérifié
6. aller de pair avec une campagne d’information
7. adhérer au code doit cependant rester le libre choix de l’entreprise.

606. Si ces actes d’autorégulation nous renseignent sur les règles fondamentales qu’il conviendrait de respecter dans la rédaction et la mise en œuvre d’un code de conduite, il serait toutefois irréaliste d’abandonner à ces seuls acteurs la fixation des règles du jeu. Au delà des velléités libérales, voire libertariennes, des débuts de la “net-économie”, la tendance actuelle est de préférer une conception plus réaliste et plus saine du cyberspace. A mi-chemin entre la logique d’autorégulation pure et la logique de réglementation étatique, il est aujourd’hui fréquent de se référer au concept de corégulation.

La corégulation peut être envisagée sur une triple base :⁷⁰¹

⁶⁹⁹ P. GABRIEL, *op. cit.*, p. XXII.

⁷⁰⁰ Cf. avis du Conseil de la consommation sur le Web trader Code, voy. S. WATERBLEY, “Réflexion sur la mise en place de codes de conduite en Belgique et rapide aperçu des adaptations légales nécessaires à la transposition de la directive ‘commerce électronique’”, *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Actes du colloque organisé par la faculté de droit de l’Université de Liège et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 19 avril 2001, Liège, Ed. du Jeune barreau, 2001, p. 11.

⁷⁰¹ C. PAUL, “Mission de préfiguration pour la création d’un organisme de ‘corégulation’ de l’internet”, disponible en ligne à l’adresse http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/lisi/document_etape.htm.

- comme la forme que prend la régulation appliquée à l'internet, c'est-à-dire une articulation entre des normes publiques et une dynamique d'autorégulation ;
- comme un espace d'échange entre ces deux dynamiques de régulation ;
- comme une coopération entre trois parties : pouvoirs publics, usagers et entreprises, pour contribuer à la définition de règles.

Dans une telle perspective, il semble logique qu'on puisse conférer à l'autorégulation une place centrale dans le dispositif juridique qui encadrera et assurera les droits et libertés dans le cyberspace. Toutefois, l'autorégulation ne peut être admise qu'à la condition d'entrer dans une logique où l'intérêt général n'est pas défini par des accords privés, mais par des instances indépendantes, conciliant à la fois les intérêts du développement d'un secteur économique et la préservation nécessaire de principes reconnus, notamment du respect de la personne humaine et de ses droits. Cette dimension mixte de l'encadrement des nouveaux services serait de nature, d'une part, à prévenir les excès de l'autorégulation, d'autre part, à permettre au droit de "surfer" avec souplesse sur la vague technologique.

Nous pensons, en effet, que l'autorégulation peut contribuer à la mise en place de normes dans le domaine du commerce électronique, mais que sans lien avec un cadre juridique, elle ne constitue pas, à elle seule, un instrument approprié pour garantir la mise en place d'une stratégie globale de régulation du commerce électronique.

Le terme de corégulation paraît, dès lors adapté, pour déterminer le point d'équilibre entre efficacité économique et protection démocratique pour le monde de l'internet. Si le paysage "normatif" semble ainsi posé, la corégulation reste cependant à inventer⁷⁰² ...

607. Une telle entreprise n'est pas sans poser de nombreuses difficultés.

Parmi celles-ci, une première difficulté surgit lorsqu'on observe la multiplicité de codes de conduite existant déjà sur l'internet. Dans une perspective de corégulation, faut-il tenir compte de cette multiplicité inhérente à la diversité des secteurs ou bien faut-il privilégier une uniformisation par l'élaboration et la mise en œuvre d'un code de conduite "standard" en matière de commerce électronique ? Pour certains,

⁷⁰² B. SPITZ, "Internet, la corégulation à inventer", disponible en ligne à l'adresse <http://www.liberation.fr/quotidien/debats/decembre99/991217d.html>.

il faut se garder de toute approche “codificatrice”, celle-ci procédant d’une vision centralisatrice qui ne correspond pas aux environnements électroniques. Toutefois, il est possible qu’une certaine uniformisation prenne place au sein des communautés et des sous-groupes du réseau.

Une autre difficulté est liée à l’effectivité, à l’obligatorité du code de conduite. Certains ont proposé que le code de conduite soit rendu obligatoire par l’Autorité moyennant son intégration, ainsi que les règles qu’il contient, dans le système juridique, en tant que norme opposable à l’ensemble des citoyens⁷⁰³. Le code de conduite pourrait par exemple tirer son caractère obligatoire d’un système de délégation conférant certains pouvoirs à une institution ou encore d’un système basé sur celui des conventions collectives.

Une telle intégration dans l’ordre juridique, comme nous l’avons déjà souligné, ne nous semble pas conforme à l’esprit de la directive sur le commerce électronique. En effet, le législateur communautaire semble préférer que l’État se limite à soutenir les initiatives en la matière sans toutefois interférer par l’imposition de normes émanant de l’autorité publique⁷⁰⁴.

608. Au delà des pistes de réflexion déjà évoquées ci-dessus (*supra*, n°s 589 et s.), on pourrait envisager un modèle de co-régulation basé sur la création d’un lieu spécifique consacré à la problématique du commerce électronique. Ce modèle fonctionnerait sous l’égide d’un organisme privé composé paritairement et légitimé par les pouvoirs publics⁷⁰⁵.

L’objectif d’un tel organisme serait de favoriser l’adaptation de l’ensemble du droit et des pratiques en matière de commerce électronique et de contribuer à améliorer les modes de régulation à l’œuvre sur l’internet. A ce titre, il se présenterait comme un instrument de réduction de la complexité et de prospective.

Cet organisme devrait constituer avant tout un espace de rencontre entre les différentes instances de régulation et les différents acteurs concernés.

⁷⁰³ S. WATERBLEY, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁰⁴ Cf. considérant n° 49

⁷⁰⁵ On peut à cet égard souligner l’initiative française de création d’un *Forum des Droits sur l’internet*, bien que son champ d’intervention ne se limite pas au commerce électronique. Voy. C. PAUL, “Du droit et des libertés sur l’internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale”, Rapport remis au Premier ministre, le 29 juin 2000, disponible en ligne à l’adresse <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/lsi/rapportepaul/rapcpaul2a.htm> ; “La France s’oriente vers une corégulation ‘libérale’ d’Internet”, *Le Monde interactif*, disponible à l’adresse <http://www.interactif.lemonde.fr/article/0,5611,2849-3525-76683-0,FF.htm>

Il ne devrait pas agir dans une logique de réglementation avec des pouvoirs de sanction mais dans une logique de concertation, en participant à l'élaboration des règles et à la formalisation des pratiques. Il aurait dès lors vocation à constituer une enceinte de discussion en permettant l'organisation de débats.

Il serait chargé de rendre des avis, des recommandations concernant la rédaction et l'application des codes de conduite. Il pourrait également assurer des fonctions d'information et d'alerte des consommateurs à propos des différentes initiatives en matière de codes de conduite. En procédant ainsi à une information sélective, il pourrait favoriser les initiatives les plus intéressantes.

On pourrait enfin lui accorder une compétence d'agrément, ce qui implique l'exercice d'un contrôle tant sur le contenu du code que sur ces conditions de publicité, d'accessibilité. Il n'aurait donc pas en tant que tel un pouvoir de contrôle et de sanction du respect des codes de conduite et autres labels.

VI. CONCLUSION

609. Ces premières pistes d'une réflexion sur les concepts de code de conduite et de corégulation mettent en évidence la nécessité de repenser le droit de façon originale.

Cette nécessité s'impose d'autant plus que les caractéristiques des environnements numériques, principalement celles qui font en sorte que la réglementation étatique y semble moins aisément praticable, semblent finir de remettre en cause l'image, déjà largement brouillée, d'un ordre juridique essentiellement national, constitué d'un ensemble de sources formelles principalement étatiques. Il n'est donc plus possible de faire abstraction de l'existence et de l'impact de normes qui se développent en marge des normes proprement juridiques. "Là où il y a une société, il y a du droit", dit l'adage. Mais comme on a pu s'en apercevoir, tout le social n'est point juridique. Il faut admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine et qu'il existe dans les sociétés, aussi virtuelles soient-elles, une pluralité de sources normatives.

L'encouragement par les autorités communautaires des initiatives en matière de codes de conduite participe de cet état de fait. Il contribue également à mettre en évidence le développement d'un processus de mutation de sources du droit. En effet, cette forme d'autorégulation

manifeste l'émergence d'une sorte de "droit mou" (*soft law*) ou encore de "droit assourdi" dont les influences ont pénétré le droit étatique⁷⁰⁶. On peut dire de ces normes qu'elles viennent se placer dans les interstices du droit⁷⁰⁷, "occupant une place intermédiaire entre le noyau dur de la normativité et les formes non juridiques de régulation sociales"⁷⁰⁸.

Si l'on se prend au jeu de la métaphore organiciste, et que l'on fait de la société un organisme vivant, force est d'admettre que le droit en serait l'une de ses composantes essentielles, et participerait à ce titre de la vie de tout l'organisme. Etant réellement partie de l'être social, il semblerait naturel que lui aussi soit sujet à la loi de la vie, à la transformation⁷⁰⁹. Si la nature connaît des mutations brusques, auxquelles les naturalistes accordent un rôle considérable dans l'évolution, n'est-il pas dès lors concevable que l'évolution du droit voie également son rythme battu en brèche à coups de mutations profondes ?

C'est dans cette optique que les juristes, confrontés à ce phénomène tout à fait original qu'est l'internet, en dépit des représentations les plus communes qui amènent à conclure trop facilement à un immobilisme irrémédiable du droit, se prennent à envisager un "nouveau paradigme" du droit, un droit "postmoderne" en cours d'élaboration⁷¹⁰.

C'est dans cette voie que semblent s'être orienté les autorités communautaires.

⁷⁰⁶ F. RIGAUX, "Le droit au singulier et au pluriel", *Rev. int. ét. jurid.*, 1989, n° 9, p. 19.

⁷⁰⁷ C. DEL MARMOL, "Présentation", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. XVII.

⁷⁰⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 958.

⁷⁰⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 6-12.

⁷¹⁰ B. FRYDMAN, "Quel droit pour l'Internet ?", *Internet face au droit*, Cahier du CRID, n° 12, 1997, pp. 279-280.