

## Les systèmes normatifs et le cyberspace

La variété des contextes de communication susceptibles de prendre place dans les environnements électroniques comme Internet impose de fonder la qualification juridique des relations susceptibles d'exister dans le cyberspace en tenant compte du fait qu'il ne s'agit pas d'un espace homogène.

Le cyberspace présente des caractéristiques emportant des conséquences au plan de la régulation. Ces conséquences les plus importantes sont l'absence de contrôle centralisé, la souveraineté de l'utilisateur et la concurrence des régulations.

Internet se présente comme la résultante des multiples raccordements de réseaux fonctionnant selon les protocoles qui le rendent possible, les protocoles IP et TCP. Le développement de l'Internet n'est pas le résultat de d'une démarche planificatrice. Il n'est donc pas susceptible d'un contrôle centralisé. Tout au plus, un contrôle au niveau des réseaux constituants peut être envisagé<sup>1</sup>.

Le cyberspace se présente comme un espace indéfini. Il est la résultante continuellement provisoire des interconnexions qui existent entre les ordinateurs raccordés selon des protocoles compatibles. Sa morphologie est tributaire des outils logiciels utilisés et des liens existant entre les sites et les données. Ces conditions appellent une révision des paradigmes à partir desquels le droit est généralement envisagé.

On parle de la souveraineté de l'utilisateur car dans Internet, l'individu a la possibilité de fréquenter des sites fiables ou de prendre le risque de fréquenter des sites offrant peu ou pas de garanties de fiabilité. Il peut faire affaire avec une entreprise qui adhère à des normes élevées de rigueur ou prendre la chance de contracter avec un aventurier de l'information.

L'enjeu est donc, pour chacun des sites désireux de se maintenir en affaires, d'offrir l'optimum de probité qui sera requis par les consommateurs ou les utilisateurs. La concurrence pourra porter sur la qualité des garanties de probité offertes par chacun des sites qui se proposent aux utilisateurs.

En somme, la faculté de se soustraire aux régulations opère dans les deux sens. Dans certains cas, on s'éloignera d'un site parce qu'il apparaît trop régulé et que les règles qui y prévalent ne nous conviennent pas tandis que dans d'autres situations, notamment lorsqu'on cherche un lieu intègre et crédible, on sera enclin à fréquenter des sites pratiquant une régulation offrant un optimum de garanties de rigueur et d'intégrité, y compris la protection de la vie privée. C'est pourquoi Internet se caractérise par le phénomène de la concurrence des régulations.

La communication informatique suppose un geste volontaire de l'utilisateur et de la possibilité de se raccorder ailleurs. L'effectivité des sanctions assortissant la réglementation est fonction de la facilité pour les acteurs de se soustraire à l'application effective des règles. L'environnement

---

<sup>1</sup> Steven M. HANLEY, «International Internet Regulation—A Multinational Approach», [1998]16 *Journal of Computer & Information Law*, 997-1024.

ouvert que constitue Internet laisse toujours une possibilité de sortir d'un lieu régulé. Par exemple, un internaute insatisfait des conditions auxquelles lui est consenti son raccordement au réseau peut se brancher via un autre fournisseur d'accès, éventuellement, il peut obtenir son accès d'un réseau situé à l'étranger.

La capacité de contourner les règles ou tout simplement de s'exclure de leur application demeure toujours disponible. Il faut donc que les règles soient formulées dans l'intérêt de l'ensemble des protagonistes et comportent des avantages suffisamment réciproques pour que tous conservent la motivation à les respecter..

D'où le constat que la régulation dans Internet est une activité soumise à des pressions concurrentielles□ aucune autorité ne peut prétendre exercer un monopole sur la fonction d'énonciation des règles de même que sur celles reliées à leur application. Si les règles ne conviennent pas aux acteurs, il leur est souvent loisible de se localiser ailleurs afin d'échapper aux règles non-souhaitées.

La normativité émergeant dans les environnements fortement sensibles aux influences des technologies est de sources multiples et ne résulte plus seulement des décisions des seules instances étatiques mais plutôt de différents processus de concertation impliquant aussi bien des instances non étatiques. C'est dire à quel point il importe de se détacher des approches étroitement positivistes et étatistes lorsqu'on cherche à identifier les voies et moyens par lesquels il sera possible de formuler des cadres réglementaires pour ces espaces d'un genre nouveau.

### **Le contrat□**

Le consentement ou la faculté de le retirer qui réside dans le chef de l'utilisateur paraît constituer un principe régulateur central dans l'Internet. L'importance de la concurrence entre les sites au plan de la régulation explique le rôle central que le contrat est appelé à jouer dans les environnements électroniques. Les environnements électroniques étant d'abord et avant tout des lieux d'interactions, ils supposent une volonté des protagonistes de se trouver en présence l'un de l'autre. Hormis les situations de courrier électronique non-sollicité<sup>2</sup>, il est en effet plutôt rare que les interactions se nouent en dehors d'un geste consensuel de la part de chacun des protagonistes. C'est dire l'importance que prend le contrat dans la problématique de la régulation des environnements électroniques. Cela explique sans doute pourquoi tant d'auteurs parlent d'un paradigme contractuel<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Voir□ David K. McGRAW, «Sexual Harassment in Cyberspace□ The Problem of Unwelcome E-Mail», [1995] 21 *Rutgers Computer & Technology Law J.*, 491-518; Richard S. ROSENBERG, «Liberté d'expression, pornographie, harcèlement sexuel dans les réseaux électroniques» dans Daniel POULIN, Pierre TRUDEL et Ejan MACKAAY, *Les autoroutes électroniques - usages, droit et promesses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 161-278.

<sup>3</sup> David R. JOHNSON and Kevin A. MARKS, «Mapping Electronic Data Communications Onto Existing Legal Metaphors□ Should We Let Our Conscience (And Our Contracts) Be Our Guide? (The Congress, the Courts and Computer Based Communications Networks□ Answering Questions About Access and Content Control)» 38 *Villanova Law Review* 487-515; Robert L.DUNNE, «Deterring Unauthorized Access to Computers□ Controlling Behavior in Cyberspace Through a Contract Law Paradigm», (Fall 1994) 35 *Jurimetrics Journal* 1-15; Trotter HARDY, «The Proper Legal Regime for Cyberspace», (1994) 55 *University of Pittsburgh Law Review* 993; Henry H.PERRITT Jr., «Dispute Resolution in Electronic Networks Communities (The Congress, the Courts and Computer Based Communications

Entre personnes soumises au même cadre national, le contrat sera soumis aux règles découlant du droit des contrats, par exemple au Québec, les dispositions du *Code civil* et de la *Loi sur la protection du consommateur* s'il s'agit d'un contrat de consommation. Entre personnes de cadres nationaux différents, le contrat devra déterminer la loi applicable au contrat. Cependant, dans le cas des contrats régis par des lois d'ordre public, tel la *Loi sur la protection du consommateur* (pour le Québec) il sera impossible aux parties d'éviter l'application de dispositions qui sont impératives à tous les contrats réputés conclus sur le territoire visé. Dans certaines situations, il pourra se développer une pratique de contrats-types généralement suivis dans un champ d'activité. Cette pratique pourra parfois équivaloir aux standards de facto et finir par s'imposer d'elle-même.

Les pratiques contractuelles recèlent un potentiel encore plus grand. Elles peuvent donner lieu au développement de véritables règles d'application générale volontairement consenties par les protagonistes, c'est le phénomène de l'autoréglementation.

### **L'autoréglementation**

L'autoréglementation fait référence aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité<sup>4</sup>. 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. Le plus souvent, on consent à adhérer à des normes autoréglementaires parce que cela présente plus d'avantages que d'inconvénients. Par exemple, la normalisation se présente surtout comme un processus «de mise au point de règles dans l'intérêt et avec la collaboration de toutes les parties intéressées afin d'optimiser l'économie globale en tenant compte des conditions de fabrication et des exigences de la sécurité». En matière informatique, les démarches de normalisation se fondent généralement sur les résultats de la recherche scientifique, les connaissances techniques et l'expérience acquise dans le milieu industriel ou professionnel où elles se développent.

Les associations privées ont, dans plusieurs secteurs d'activité et selon une intensité variable, développé des principes déontologiques ou des normes techniques volontaires. Dans le domaine des services comme la vente<sup>5</sup>, la publicité<sup>6</sup>, les banques<sup>7</sup>, les valeurs mobilières<sup>8</sup>, la comptabilité<sup>9</sup>,

---

Networks» Answering Questions About Access and Content Control)» 38 *Villanova Law Review* 349-401; Steven A. BIBAS, «A Contractual Approach to Data Privacy», 17 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 591-611.

<sup>4</sup> Pierre TRUDEL, «Les effets juridiques de l'autoréglementation», [1989] 19 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 251.

<sup>5</sup> Kenneth COHEN et Ian ROHER, *Self-regulation by Industry» An In-Depth Study of the Better Business Bureau*, Toronto, Osgoode Hall Law School, April 23, 1974, 79 p.

<sup>6</sup> James P. NEELANKAVIL et Albert B. STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation» A Global Perspective*, New York, Hastings House, 1980; Dominique FORGET, *Le fonctionnement des organismes d'autoréglementation de la publicité au Canada*, Mémoire de maîtrise en sciences de la communication, Montréal, Université de Montréal, 1989; Maurice WATIER, *La publicité*, Montréal, Éditions Paulines & Médiapaul, 1983, pp. 95 et ss.; Bernard MOTULSKY, *La publicité et ses normes*, Québec, P.U.L., 1980, 165 p.; Daniel Jay BAUM, «Self Regulation and Antitrust» *Suppression of Deceptive Advertising by the Publishing Media*, [1961] 12 *Syracuse L.R.*, 289.

les médias<sup>10</sup>, c'est surtout par ce moyen que la réglementation volontaire s'est manifestée. Cette déontologie vise à mettre de l'avant les préceptes de reconnaissance des «Usages honnêtes» ou conformes à la bonne pratique dans l'un ou l'autre des domaines de l'activité professionnelle et commerciale<sup>11</sup>.

Les associations volontaires ont parfois tenté, avec un succès variable, de mettre au point des normes déontologiques. Ces normes de conduite sont parfois consignées dans des codes d'éthique adoptés par les instances dirigeantes des associations ou résultent de l'ensemble des décisions des organismes qui se sont donné une vocation de faire respecter la déontologie au sein d'une industrie ou d'un groupe professionnel. Plusieurs préceptes autoréglementaires prennent la forme de recommandations. Elles émanent d'organismes spécialisés et s'imposent le plus souvent en raison de l'expertise que possèdent ces organismes<sup>12</sup>.

La pratique de l'Internet révèle les principaux modèles d'autoréglementation qui y prévalent. Ainsi, ceux qui ont la maîtrise d'un lieu (un site) dans le réseau ont la possibilité d'adopter des politiques relativement à l'accès au site, aux comportements acceptés et aux actes prohibés. La plupart des institutions universitaires se sont dotées de politiques ou de règles délimitant les droits et prérogatives de ceux qui font usage des capacités informatiques des institutions.

Ces politiques, parfois explicitées dans des documents officiels ou dans les contrats d'adhésion que signent les membres ou les clients, énoncent des lignes de conduite sur des questions comme le caractère privé du courrier électronique, les conditions d'utilisation des logiciels disponibles sur le réseau, l'obligation d'utiliser son nom véritable, le droit de faire de la publicité commerciale, le droit d'utiliser les ressources du réseau pour des fins personnelles et la responsabilité pour les comportements des abonnés ou des clients.

---

<sup>7</sup> David G. OEDEL, « Private Interbank Discipline », 16 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 327-409; Jean PARDON, « Quelques normes propres au secteur bancaire » dans COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le droit des normes professionnelles et techniques*, séminaire organisé à Spa-Balmoral, 16 et 17 Novembre 1983, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 1 à 46.

<sup>8</sup> Voir David L. RATNER, « Self-Regulatory Organizations », [1981] 19 *Osgoode Hall L. J.* 368; Alan C. PAGE, « Self-Regulation - The Constitutional Dimension », [1986] 49 *Mod. L. Rev.* 141.

<sup>9</sup> INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, Toronto, l'Institut, 1968, pag mult.

<sup>10</sup> Francis COLEMAN, « All in the Best Possible Taste - The Broadcasting Standards Council 1989-1992 », (1994) *Public Law* 488-515; Daniel L. BRENNER, « The Limits of Broadcast Self-Regulation Under the First Amendment », [1975] 27 *Stanford L.R.* 1527; Harvey C. JASSEM, « An examination of Self-Regulation of Broadcasting », [1983] 5 *Communications and the Law* 31; L'opportunité de recourir à l'autoréglementation pour remplacer la réglementation étatique des médias a été chaudement discutée en Australie. Voir Michael BLAKENEY, « Leaving the Field - Government Regulatory Agencies and Media Self-Regulation », [1986] 9 *UNSW L. J.* 53-65; AUSTRALIAN BROADCASTING TRIBUNAL, *Self-Regulation for Broadcasters, A report on the Public Inquiry into the Concept of Self-Regulation for Australian Broadcasters*, July, 1977, 172 p. Pour le Canada, voir Pierre TRUDEL, *Le rôle des standards déontologiques dans le cadre normatif de l'information*, Rapport présenté au Congrès de la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Québec, 5 décembre 1986, 14 p.

<sup>11</sup> D.J. LECRAW, *Voluntary Standards as a Regulatory Device*, Ottawa, Conseil économique du Canada, Mandat sur la réglementation, Cahiers de recherche n° 23, 1981, pp. 30 et ss.

<sup>12</sup> Voir « Private Codes for Corporate Conduct - Should the Fox Guard the Henhouse? », [1993] 24 *Interamerican Law Review*, 399-433; Olivier HANCE, « L'évolution de l'autoréglementation dans les réseaux informatiques - éléments pour la construction d'un modèle théorique », *Journal de réflexion de l'informatique*, août 1994; S. F. STAGER, « Computer ethics violations - more questions than answers », *EDUCOM Review*, juillet-août 1992, 27-30.

Pour être crédible, l'autoréglementation suppose la mise en place de règles significatives, c'est-à-dire imposant de véritables obligations aux acteurs. L'autoréglementation ne saurait se borner à la simple proclamation à un attachement aux lois existantes. Elle n'est pas crédible si elle ne cherche pas à aller au-delà des exigences des lois strictement envisagées. Ainsi, il est insuffisant de proclamer son engagement à respecter les lois existantes□il faut généralement énoncer avec plus de précision les droits et obligations qui seront reconnus aux participants à une transaction.

Les limites intrinsèques de l'autoréglementation sont bien connues; celle-ci suppose un certain degré de consensus et ne saurait comporter d'obligations allant trop directement à l'encontre des intérêts des acteurs. La sanction de l'autoréglementation est essentiellement limitée. Comme elle est souscrite par le sujet, l'exclusion ou le boycott de ce dernier par les autres acteurs demeure l'ultime sanction. L'autoréglementation n'échappe pas au principe de la concurrence des régulations. Il y a tout de même une différence□dans le cyberspace, l'autoréglementation est presque aussi évitable que le droit des États! Le droit étatique n'y possède pas une supériorité aussi manifeste que dans les autres environnements.

Si les sanctions découlant du non-respect de l'autoréglementation sont souvent seulement psychologiques, il n'en demeure pas moins que dans certains cas, la réprobation peut être très difficile à supporter. L'Internet confère en effet une capacité de circulation considérable aux informations défavorables. Les usagers insatisfaits ont la faculté de faire payer cher un comportement incorrect.

### **La certification**

La certification est, pour l'essentiel, «une procédure par laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un produit, un service, un système de qualité, un organisme est conforme à des exigences spécifiées»<sup>13</sup>. Il n'existe pas de modèle uniforme relativement au mode de fonctionnement des divers organismes certificateurs<sup>14</sup>.

Si le côté technique de la certification saute aux yeux de l'observateur, il en va autrement en ce qui a trait à l'aspect normatif de ce processus. L'objectif premier de la certification réside dans la standardisation des caractéristiques techniques liées à la qualité. Elle ne constitue cependant pas un processus unidimensionnel. Elle recoupe en effet trois aspects des rapports commerciaux; les objectifs sont□mieux vendre, mieux acheter et mieux régler<sup>15</sup>.

#### **La certification□source de normativité**

De prime abord, la certification apparaît comme un mécanisme d'uniformisation de caractéristiques techniques. Il suffit à cet égard de songer aux travaux de l'Organisation

---

<sup>13</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.91.

<sup>14</sup> Jonathan T. HOWE et Leland J. BADGER, «The Antitrust Challenge To Non-Profit Certification Organizations□Conflicts Of Interest And A Practical Rule Of Reason Approach To Certification Programs As Industry-Wide Builders Of Competition And Efficiency», (1982) 60 *Washington University Law Quarterly* 357, 364.

<sup>15</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.100.

internationale de standardisation (ISO). Toutefois, dans certains cas, ce mécanisme permet également d'élaborer des règles de conduites qui semblent, à première vue, plutôt contraignantes.

Il existe trois types de certification□la certification de produits, la certification d'entreprise et la certification entreprise/service<sup>16</sup>. La certification de produits a pour but d'attester qu'un produit est conforme à certaines spécifications techniques déterminées<sup>17</sup>. La certification d'entreprise vise plutôt à assurer la capacité d'une entreprise de fabriquer des produits conformes à certaines normes techniques<sup>18</sup>, sans toutefois en fournir la garantie formelle sur la base de résultats obtenus par des essais<sup>19</sup>. Enfin, la certification entreprise/service constitue un processus hybride qui se situe entre la certification de produits et la certification d'entreprise<sup>20</sup>. Ce type de certification «*a pour objet de certifier l'organisation interne de l'entreprise et son application dans la relation avec le client*»<sup>21</sup>. Le choix d'un type de certification dépend en grande partie de l'objectif poursuivi par l'entreprise et du marché concerné<sup>22</sup>.

On devinera aisément que plus on s'éloigne du produit dans la chaîne de distribution, moins les normes présentent un caractère technique. En fait, dans le secteur des services on se trouve dans le domaine des normes de comportements.

Afin d'obtenir le sceau de l'organisme certificateur, l'entreprise se doit de répondre à un ensemble de critères préétablis. En matière de services et de distribution de produit, il s'agit en fait de codes de conduites. L'entreprise qui omet de se soumettre à ces prescriptions se verra, le cas échéant, retirer son accréditation. Par le biais de la certification, il devient donc possible d'imposer des règles.

Toutefois, reste à savoir si de telles normes sont contraignantes. En effet, le processus de certification présente deux visages. Sous un aspect, il apparaît contraignant (obligation de se plier à certaines normes) alors que sous un autre, il semble plutôt volontaire (adhésion d'une entreprise au processus de certification disponible).

Le caractère contraignant de ces règles repose sur la nature contractuelle du processus de certification. Le caractère contraignant des normes de certification reposerait donc sur le libre exercice de la volonté des parties. Il pourrait être avancé que la liberté des parties ne fait aucun doute, et ce, pour deux motifs. Dans bien des cas, aucune contrainte réglementaire ne s'impose

---

<sup>16</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.186.

<sup>17</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.186.

<sup>18</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.187.

<sup>19</sup> Comme c'est le cas en matière de certification de produits.

<sup>20</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.188.

<sup>21</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, p.189.

<sup>22</sup> En fait, le tout dépendra du type de relation entre le client et le fournisseur. Par exemple, plus le client se trouve éloigné du fournisseur d'un produit, plus la certification de la conformité du produit à certaines normes apparaît importante. Par contre, dans l'éventualité où le client est en contact direct avec son fournisseur, la certification d'entreprise peut sembler plus appropriée. Dans un tel cas le client sera probablement davantage intéressé par la capacité du fournisseur à remédier rapidement aux problèmes susceptible de surgir. Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La certification*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1995, pp.190 et suiv.

aux entreprises. De plus, celles-ci peuvent opter pour le référentiel normatif de leur choix. Par ailleurs, la procédure de certification, retenue par la plupart des organismes, serait également indicative d'un accord réciproque. L'entreprise doit généralement, dans un premier temps, faire une demande de certification par écrit. À la suite de cette demande, l'entreprise reçoit un questionnaire qu'elle doit compléter et retourner. Dans le cadre de la seconde phase, le comité de certification adresse notamment un contrat de certification à l'entreprise<sup>23</sup>.

Le libre choix des entreprises dans le processus de certification doit cependant être nuancé. À preuve, la pression, indirecte, de la part des donneurs d'ordres afin que leurs fournisseurs soient certifiés. Si les assureurs n'exigent pas obligatoirement la certification, leur structure tarifaire, du moins en France, en tient déjà compte. De plus, dans certains secteurs d'activités à risques, la certification est exigée (ex. ☐ transport de matières dangereuses, nucléaires)<sup>24</sup>. Au surplus, si l'entreprise qui fait la demande de certification peut discuter l'application du dispositif de certification, il reste que dans certains cas le contenu de la norme est fixé. Toutefois, il n'est pas rare que les acteurs du domaine d'activité concerné aient leur mot à dire dans l'élaboration des normes.

### Certification et cyberspace

Certains organismes tentent de mettre en place des procédures de certifications dans le cyberspace. Par exemple, le «Internet Consumer Protection Agency»<sup>25</sup> (ci-après ICPA) constitue à ce jour, sans aucun doute, l'initiative la plus intéressante de certification dans le cyberspace. Cet organisme privé s'est donné pour mandat de rassurer les internautes quant à l'utilisation que font les entreprises des renseignements personnels qui les concernent. La mission de l'ICPA consiste à identifier les entreprises présentant certaines garanties relativement à l'utilisation de ces renseignements. L'entreprise se doit donc de se soumettre à l'évaluation de l'ICPA<sup>26</sup>. Une fois le sceau de l'ICPA accordé, l'entreprise indique sur sa page web qu'elle est membre de l'ICPA<sup>27</sup>. L'ICPA en étant à ses premiers pas, reste à voir quelle sera la portée de cette démarche.

L'ICPA n'est pas la seule entité de certification présente sur Internet. L'«ombudsman office»<sup>28</sup> offre également ce service, en plus de son service de médiation. Le mandat de l'«ombudsman»

---

23 Geneviève IACONO, «La certification d'assurance qualité ☐ De nouvelles questions pour le droit?», (1994) *R.I.D.É.* 63, 72. Bien que les propos de Iacono porte sur la procédure de l'AFAQ (Agence Française d'Assurance Qualité), il nous semble à la lumière des propos de Howe et Badger que ces observations peuvent trouver application dans la plupart des cas.

24 Geneviève IACONO, «La certification d'assurance qualité ☐ De nouvelles questions pour le droit?», (1994) *R.I.D.É.* 63, 73.

25 <http://www.glen-net.ca/icpa/>.

26 «First, we contact former clients for referrals and verify their standing with the Better Business Bureau. Second, we assure ourselves that these companies practice what consumers feel is an appropriate approach to the handling of their personal information. If, and only if, I am satisfied that a company has passed our rigorous benchmarks, will we then accept it as a member and give it our seal of approval. The seal appears on their home page. It signifies that you may do business with confidence and not worry about whether or not you will receive the product you ordered or that they will sell your personal information for profit. If one of our members fails to live up to our standards as agreed upon in a written contract, then they would be removed from our membership».

27 Il est possible de vérifier si l'entreprise est bel et bien membre de l'ICPA en consultant la liste des membres sur le site de cette organisation.

28 <http://www.ombudsman.com/#1>.

paraît toutefois plus large que celui de l'ICPA. En effet, le sceau de cet organisme peut être retiré dans les cas de fraudes, de pratiques déloyales, etc. De plus, l'«ombudsman» offre un plan d'assurance aux entreprises certifiées. Ce plan d'assurance permet aux entreprises certifiées de bénéficier d'une couverture allant jusqu'à 25 000\$ US.

Évidemment, comme c'est le cas pour la plupart des règles d'origine privée, se pose la question de la sanction de ces prescriptions. Lorsqu'il est question de certification, on peut s'interroger quant à savoir si le simple fait de retirer le sceau de l'organisme certificateur représente une sanction suffisante en cas de non-respect de ces normes. Seul un examen de la pratique qui se développera permettra de répondre à cette question.

### La responsabilité des agences de certification

Du point de vue économique, l'obtention de la certification d'un organisme prestigieux ou ayant une bonne réputation peut jouer un rôle primordial dans le succès que connaîtra un produit ou un service<sup>29</sup>. Les organismes certificateurs se doivent cependant d'être vigilants. En raison de la confiance que les consommateurs portent au processus de certification, il se peut que dans certains cas l'utilisation de cette procédure constitue de la fausse publicité ou encore une pratique déloyale. Par exemple, une procédure de certification ou l'attribution d'un sceau qui résulterait d'une procédure ne permettant pas de prévoir de façon assez précise les risques reliés à l'utilisation pourrait constituer une fausse représentation. Constituerait une pratique déloyale le processus de certification fondé sur des standards restrictifs et non pertinents ayant pour effet d'exclure des produits équivalents par ailleurs fonctionnels<sup>30</sup>.

Le processus de certification présente un intérêt commercial certain<sup>31</sup>. La certification permet de mieux vendre un produit ou un service. En raison du caractère commercial de ce processus, certaines règles relatives à la concurrence et la publicité sont susceptibles de recevoir application.

Ainsi, si l'on considère l'effet de la certification<sup>32</sup>, il est possible que celle-ci constitue de la publicité<sup>33</sup>. De même, il n'est pas exagéré de croire qu'elle pourrait avoir un impact sur la concurrence. Dans la mesure où la certification contrevient aux règles sur la publicité trompeuse ou encore aux normes relatives à la concurrence déloyale, elle pourrait être illégale.

---

<sup>29</sup> Tedd BLECHER, «Products Standards and Certification Programs», (1980) 46 *Brooklyn Law Review* 223, 223-224.

<sup>30</sup> Tedd BLECHER, «Products Standards and Certification Programs», (1980) 46 *Brooklyn Law Review* 223, 224.

<sup>31</sup> Sur les avantages commerciaux de la certification, voir Jonathan T. HOWE et Leland J. BADGER, «The Antitrust Challenge To Non-Profit Certification Organizations: Conflicts Of Interest And A Practical Rule Of Reason Approach To Certification Programs As Industry-Wide Builders Of Competition And Efficiency», (1982) 60 *Washington University Law Quarterly* 361, 376 et suiv.

<sup>32</sup> Il s'agit là de l'approche retenue par les tribunaux américains. Voir Tedd BLECHER, «Products Standards and Certification Programs», (1980) 46 *Brooklyn Law Review* 223, 229.

<sup>33</sup> Ceci ressort notamment d'un examen des diverses dispositions législatives concernant la publicité. Ainsi, au Canada, tout genre d'indication est susceptible de constituer de la publicité, peu importe la forme ou le support utilisé. Les lignes directrices sur la publicité trompeuse précisent que «toutes les formes de publicité, notamment les annonces imprimées ou diffusées sur les ondes, les indications orales ou écrites, les publicités audio-visuelles ainsi que les illustrations, tombent sous le coup de la loi». Cette définition apparaît assez large pour inclure l'apposition d'un sceau d'assurance qualité.

Par ailleurs, l'absence de mécanismes visant à prévenir les situations de conflits d'intérêts pourrait mener à des situations dans lesquelles les représentants de l'industrie seraient tentés d'utiliser la procédure de certification à leur avantage à travers une interprétation trop large ou trop restrictive des standards élaborés par l'organisme. Une telle situation pourrait résulter en de fausses représentations, voire de la fraude<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Voir notamment Jonathan T. HOWE et Leland J. BADGER, «The Antitrust Challenge To Non-Profit Certification Organizations—Conflicts Of Interest And A Practical Rule Of Reason Approach To Certification Programs As Industry-Wide Builders Of Competition And Efficiency», (1982) 60 *Washington University Law Quarterly* 357, 373.