

(...)

Article 22

Après l'article 94 de la même loi, il est inséré un article 95 ainsi rédigé :

(...)

« Le détenteur des droits de propriété intellectuelle relatifs à tout ou partie d'un système technique permettant la réception d'une offre de services de télévision ou de radiodiffusion sonore par voie de signaux numériques ne peut en octroyer les licences d'exploitation à des fabricants à des

conditions ayant pour effet d'entraver le regroupement ou la connexion dans le même terminal de plusieurs de ces systèmes, dès lors que lesdits fabricants s'engagent à respecter, dans la mesure où ils sont concernés, les conditions garantissant la sécurité du fonctionnement de chacun de ces systèmes. La cession des droits doit être réalisée à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. »

(...)

## 19 Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet

Par Gilles BUIS

Administrateur de L'Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE) et Responsable de la Commission des Juristes de PME- PMI  
Responsable Juridique de SEGA France<sup>1</sup>

L'intérêt que portent nos dirigeants à la " Silicon Sentier ", les introductions en bourse ou la fusion en cours de Time Warner avec AOL confirment, s'il en était besoin, que l'Économie d'Internet a vraiment démarré.

### Introduction

Le développement du commerce électronique, facilité par l'évolution rapide des technologies a entraîné avec lui celui de la communication commerciale, sous des formes les plus variées.

Sur Internet, les possibilités qu'offre la technique en font un laboratoire de créativité publicitaire dont on est encore loin d'imaginer les limites. On trouve les bandeaux - simples ou animés -, les interstitiels - entre deux pages d'un site autre que celui de l'annonceur concerné par la publicité -, les liens hypertextes présentés sous forme d'icônes représentatifs d'une marque ou d'un produit - sur lesquels on clique pour accéder à une autre page publicitaire ou commerciale -, les messages audiovisuels, parfois un site - mais pas nécessairement -, comme le rappelle justement la Directive sur certains aspects du commerce électronique<sup>2</sup>. Il y a aussi les e-mails et les spam (envois massifs de courriers non sollicités). Mais l'imaginaire ouvre de plus vastes perspectives... Pour un coût très raisonnable, un annonceur peut, grâce aux techniques de tracking, cibler les messages à l'infini. Les nouveaux outils de convergence, comme le WAP permettront encore de nouveaux perfectionnements et seule l'imagination constitue aujourd'hui une limite à la communication commerciale sur Internet<sup>3</sup>.

Si la nouveauté d'Internet pour les entreprises françaises les pousse encore pour quelques temps à des communications commerciales essentiellement nationales, on peut prévoir qu'elles s'orienteront rapidement sur des marchés plus vastes, qu'ils soient européens ou mondiaux.

Nous n'aborderons ici que les enjeux internationaux de la communication et très peu la communication commerciale nationale, compte tenu de la dimension transnationale d'Internet.

Les juristes à la recherche de références législatives nationales pourront utilement consulter les sites Internet consacrés à la communication

commerciale, et particulièrement ceux de l'Association des Agences de Conseil en Communication (AACC)<sup>4</sup>, de l'IAB<sup>5</sup> ou les pages qui y sont consacrées sur celui du Ministère de la culture et de la communication.

### I. - LE CADRE JURIDIQUE ACTUEL : INCERTITUDES ET CONFUSION

La " nouvelle économie " est à la recherche de **sécurité** et de **stabilité** juridique pour se développer. Alors que le droit *semble* peu adapté à cette évolution, au point que certains ont parlé - à tort naturellement - d'un vide juridique qu'il faudrait rapidement combler.

Les initiatives législatives se multiplient donc, tellement nombreuses et contradictoires qu'elles ont pour effet de renforcer l'**insécurité**, encore accentuée à la suite de décisions récentes de tribunaux.

Car la réalité est que les acteurs de la communication, annonceurs ou prestataires, se trouvent confrontés à autant de réglementations qu'il y a d'États susceptibles de recevoir leur communication. Dans une " communication " dans le domaine du commerce électronique, la Commission européenne tentait dès 1997<sup>6</sup> d'établir un cadre juridique cohérent pour l'an 2000. Si les progrès réalisés sont effectivement sensibles, il faut malheureusement constater que les obstacles nationaux n'ont pas permis d'atteindre ce résultat.

Internet est nouveau pour la plupart des juristes, tant et si bien qu'un nombre très limité de précurseurs - professeurs, avocats ou praticiens - ont forgé seuls la doctrine des débuts français du Web ; si leur apport est remarquable, certaines analyses mériteraient pourtant un nouveau regard pour une meilleure compétitivité internationale, tout comme un ensemble de règles dont la justification purement nationale constitue un obstacle au développement du commerce communautaire<sup>7</sup>.

#### A. - La qualification juridique d'Internet

À la recherche de repères législatifs, la doctrine majoritaire a globalement qualifié Internet et les sites qui s'y trouvent de communication audiovisuelle, conformément à la définition très extensive qu'en donne l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. Il en résulterait l'application des règles françaises sur la presse audiovisuelle à l'ensemble de la " nouvelle économie " <sup>8</sup>. Cette analyse a été récemment entérinée par le législateur par la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000<sup>9</sup> relative à la liberté de communication qui oblige à tenir à la disposition du public les noms des " directeur et codirecteur de la publication ", le cas échéant du " responsable de la rédaction au sens de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle " <sup>10</sup>. Par application des principes français du droit de la presse désormais applicables à la nouvelle économie, les tribunaux français n'hésitent pas à faire publier des publications judiciaires en première page d'un site commercial condamné<sup>11</sup>.

1. gbuis@yahoo.com

2. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (" directive sur le commerce électronique ") : JOCE, 17 juill. 2000.

3. Un exemple d'interactivité des communications européennes de SEGA révèle l'absence de limites. La console Dreamcast offre un accès gratuit à Internet par la télévision. L'accès se fait par le site Sega " Dreamarena ". Lors d'une connexion sur Internet, les joueurs européens reçoivent un message sur le site qui leur est réservé et sur lequel ils sont seuls à pouvoir accéder. Publicité ou correspondance privée ? Ils sont informés de la possibilité qui leur est réservée, s'ils possèdent un jeu précis, de participer à un concours d'adresse. Il leur faudra pour cela télécharger le niveau spécifique d'un jeu sur leur console. Ce concours est une opération de promotion. En téléchargeant le niveau spécifique du jeu, le joueur télécharge également les publicités qu'il contient - par exemple Reebok - qui apparaîtront en jouant, tout au long du parcours. Mais leur visualisation se fera au domicile du joueur, qui ne sera plus à cet instant connecté à Internet. La publicité est donc offline. Après avoir joué et lorsqu'il estimera avoir réalisé un bon score, le participant se connectera à nouveau sur Internet pour faire enregistrer le score atteint. Il peut à nouveau recevoir des messages publicitaires, on line. Les gagnants reçoivent des lots et des tee-shirts sur lesquelles figurent les noms de chacun des organisateurs ou partenaires (ce qui est encore une autre forme de communication commerciale).

4. <http://www.aacc.fr>

5. <http://www.iabfrance.com>

6. COM 97-157, 16 avr. 1997.

7. V. le Livre vert sur les communications commerciales.

8. Par un jugement en date du 22 mai 2000, le TGI de Paris a ainsi ordonné à Yahoo Inc de rendre impossible la réception de toute offre de vente d'objets se référant à l'idéologie nazie sur le site portail Yahoo.com, pourtant situé aux États-Unis.

9. JO 2 août 2000.

10. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée par la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 (JO 2 août 2000) relative à la liberté de communication distingue la correspondance privée des services de communication audiovisuelle, qu'elle régit, parmi lesquels le législateur distingue les " services de radiodiffusion sonore et de télévision " et les services de communication en ligne.

11. La Cour d'appel de Rennes a le 31 mars 2000 confirmé une décision ordonnant l'insertion sur le site Internet du Crédit Mutuel de Bretagne, au lieu exact de la page publicitaire incriminée, en caractère corps 18 minimum, le texte suivant : " Le juge des référés du Tribunal d'instance de Rennes, par ordonnance du 12 mars 1999, a ordonné la suppression immédiate de la publicité relative à la carte de crédit " Préférence " compte tenu de l'absence de certaines mentions exigées par la loi pour l'information du consommateur ", cette insertion devant être réalisée à compter du septième jour suivant la notification de l'ordonnance, sous astreinte de 10 000 F par jour manquant, et

Cette analyse nous paraît inadaptée, inutile et vaine. La définition de la loi de 1986 sur l'audiovisuel, dont la nuance s'arrête à distinguer la communication audiovisuelle de la correspondance privée, n'était pas destinée à régir l'ensemble de la nouvelle économie dont on ne soupçonnait d'ailleurs pas alors l'émergence. La qualification de "communication audiovisuelle", parmi lesquelles le législateur français distingue désormais les services de radiodiffusion sonore et de télévision et les services mal définis de "communication en ligne autre que la correspondance privée", a été défendue avec pour objectif d'imposer à l'ensemble des services de "la Toile" les formalités déclaratives de l'article 43, de les soumettre au contrôle d'un organisme, le CSA<sup>12</sup>, et de permettre la mise en jeu de la responsabilité du déclarant en qualité de responsable de publication de presse, évitant ainsi aux plaignants d'avoir à démontrer l'élément intentionnel des infractions poursuivies. Mais cette responsabilité pénale sans faute, qui repose sur un droit de la presse connu seulement de quelques rares spécialistes, n'a naturellement pas vocation à s'étendre à l'ensemble de l'économie mondiale.

Les inconvénients ont été dénoncés, mais sans succès<sup>13</sup>. En réalité, une première distinction devrait être opérée entre le contenant et le contenu. Le contenant, c'est un réseau maillé de télécommunications capable de transporter toute information numérisée. Le contenu, ce sont les sites accessibles sur le Web et les informations transmises.

Sur le contenu, la qualification juridique devrait dépendre autant de la finalité des sites que des techniques utilisées. Le contenu d'un site peut selon les cas ou simultanément s'apparenter à une plaquette institutionnelle de présentation de société, un simple échange de données informatisées (EDI), une galerie marchande, un annuaire aux fonctionnalités avancées (moteurs de recherche), une publicité ou promotion d'un organe de presse générale ou spécialisée ou un site audiovisuel (radio, télévision...).

Le site proprement dit, à la fois identifiant, adresse IP et enveloppe du contenu mentionné plus haut, constitue l'interface graphique entre les données qu'il contient et l'utilisateur.

Internet est multiple et complexe et il serait vain de vouloir lui trouver une qualification globale.

Réaliste, la Directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique du 8 juin 2000<sup>14</sup> définit des "services de la société de l'information"<sup>15</sup>, et évite avec raison de retenir un rattachement unique et global à une situation multiforme. Sa transposition en droit français, du seul fait du rattachement à la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, risque de constituer un obstacle judiciaire non négligeable au développement de la nouvelle économie.

## B. - La qualification juridique des communications commerciales sur Internet

Il existe plusieurs formes de communications commerciales. Elles obéissent à des règles juridiques différentes. Cette diversité des règles est encore accentuée par la multiplicité des lois nationales simultanément applicables.

### 1. - Définitions de la Publicité

Compte tenu des textes qui régissent le droit de la publicité, il est nécessaire de dégager autant que possible une définition de la publicité adaptée à Internet.

Pour les professionnels, c'est la technique de communication utilisée qui permet de qualifier la publicité. Ils distinguent généralement la publicité proprement dite, dans laquelle l'annonceur communique sur l'imaginaire attaché à la marque, des autres formes de communication telles que le parrainage, la promotion des ventes, ou le marketing direct.

Ces communications font en effet appel à des métiers différents, même si la technologie les rapproche sur Internet.

Mais les lois qui régissent la publicité font appel à d'autres critères et trois catégories de définitions coexistent sans que l'on puisse y trouver une logique unique.

- **Définition par référence aux supports de communication.** - Cette définition est en France consacrée par l'article 3 de la loi du 29 décembre 1979<sup>16</sup> sur l'affichage. Sur Internet, la référence au support utilisé pourrait permettre de déjà distinguer clairement la publicité, par exemple sous forme de bannières ou le message audiovisuel, des sites institutionnels (qui s'apparentent souvent mieux aux plaquettes institutionnelles ou à des catalogues de produits), de la presse, ou des galeries marchandes. Naturellement, dans cette approche, tout ce qui constitue Internet ne doit pas indistinctement être qualifié de support de communication.

- **Définition selon l'objectif ou la nature de la communication.** - En télévision diffusée en clair, c'est l'objectif de promotion qui qualifie la publicité, tant au niveau communautaire que national. Ainsi, dans la Directive Télévision sans frontières<sup>17</sup>, on entend par publicité télévisée toute forme de message télévisé rémunéré dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services.

Cette définition par l'objectif, adaptée au cadre restreint du support télévision classique, serait en revanche trop large pour Internet, car, nous l'avons vu, Internet est aussi un vecteur de transmission de données - comme le sont les ondes hertziennes, le papier ou le câble - qui véhicule aussi bien la presse, les données informatiques, la télévision ou la correspondance privée.

- **Définition par référence aux produits.** - Les tribunaux français définissent curieusement parfois la publicité par référence aux produits, tout au moins pour les produits réglementés. Dans la loi Évin, le législateur définit la publicité indirecte par rapport à la publicité, mais ne définit pas la publicité<sup>18</sup>.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que doivent être considérés comme publicité, un jeu concours, un article d'information dans la presse, des reportages consacrés à un rallye automobile, et plus récemment la seule mention du nom du mécène d'un prix scientifique.

Concernant le mécénat elle précise que toute utilisation publique d'une marque de cigarette, quelle que soit sa finalité, constitue une publicité en faveur du tabac (Décision appliquée à la simple mention du nom du mécène lors de la remise d'un prix scientifique par une association portant le nom d'une marque de tabac<sup>19</sup>).

Cette position restrictive conduit évidemment à des aberrations et, dans la lignée de ces décisions, le **BVP**<sup>20</sup> est conduit à refuser son visa à toutes publicités qui montreraient un verre, dès lors que par sa forme ou sa couleur il pourrait contenir de l'alcool, et quand bien même la publicité serait destinée à promouvoir un produit sans relation avec l'alcool.

Mais cette définition très extensive n'est fort heureusement retenue par la Chambre Criminelle de la Cour de cassation que pour des produits spécifiques dont la publicité est réglementée ou interdite. Elle n'en accorde pas moins, plus que nécessaire, le champ de l'incertitude et de l'imprévisibilité juridique.

Si la confusion est de rigueur pour définir la publicité, c'est que le non professionnel la confond avec d'autres formes de communications, pour tant très différentes et faciles à distinguer et qui obéissent à des régimes juridiques distincts.

### 2. - Définition du Marketing direct

À la différence de la publicité, le marketing direct vise le consommateur identifié, et pas seulement un groupe. Ces techniques font générale-

condamnant la SA coopérative "Compagnie Financière du Crédit Mutuel de Bretagne" à payer à l'association "Fédération Logement Consommation et Environnement d'Ille-et-Vilaine" la somme de 5 000 F par application de l'article 700 du NCPC.

12. Paradoxalement, l'obligation de déclaration au CSA, rarement respectée, est maintenant supprimée, et le contrôle du contenu des sites Internet devrait prochainement être confié à une institution d'autorégulation, à créer.

13. Lire à ce sujet l'"Etat des lieux de la communication audiovisuelle 1998", rapport d'information présenté au Sénat par J.-P. Hugo ainsi que le rapport au premier Ministre "L'Internet un vrai défi pour la France" de Patrice Martin-Lalande : "Il est nécessaire de lever les incertitudes que provoquent certaines inadéquations des textes actuels avec ce nouveau média et d'assurer ainsi la sécurité juridique sur deux plans : national, en précisant et modifiant le droit français, international en organisant la convergence des règles nationales, leur articulation et la définition d'une capacité d'arbitrage commune."

14. Directive 2000/31/CE (JOCE, 17 juill. 2000) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le Commerce électronique").

15. Aux fins de la présente directive, on entend par "services de la société de l'information" tout service fourni normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris par compression numérique) et de stockage de données, à la demande individuelle d'un destinataire de service... La communication commerciale entre dans cette catégorie.

16. Article 3 : "Au sens de la présente loi, constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et préenseignes, toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir les dites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités".

17. Directive 97/36 modifiant la directive 89/552 : "On entend par publicité télévisée" toute forme de message télévisé, que ce soit contre rémunération ou paiement similaire, ou de diffusion à des fins d'auto-promotion par une entreprise publique ou privée dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, ou de droits et d'obligations.

18. C. déb. boiss., art. L. 17 (aujourd'hui intégré au Code de la santé publique) : "Est considérée comme propagande ou publicité indirecte toute propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou de tout autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique".

C. santé publ., art. L. 355-26 (aujourd'hui transposé au Code de la santé publique) : "Est considérée comme propagande ou publicité indirecte toute propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac ou un produit du tabac lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou de tout autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac".

19. Cass. crim., 29 juin 1999: n°3965 P+F.

20. Bureau de Vérification de la Publicité.

ment appel à des fichiers ou bases de données nominatives. Sur Internet, la technologie permet d'associer facilement publicité et marketing direct.

Les lois ne visent pas spécialement le marketing direct, mais plutôt les techniques qu'il utilise, comme par exemple la constitution ou l'utilisation de fichiers.

### 3. - Définition de la promotion des Ventes

Les techniques de promotion des ventes se divisent principalement en trois catégories : les promotions sur les prix, les cadeaux publicitaires, et les jeux et concours<sup>21</sup>. Chacune de ces techniques est soumise à des règles rigoureuses qui diffèrent d'un pays à l'autre, y compris au sein de l'Union européenne.

### 4. - Définition du parrainage

Le parrainage se distingue de la publicité par sa démarche exclusivement institutionnelle. Le parrainage, c'est la contribution au financement de programmes télévisés ou d'une activité, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses réalisations.

La directive 97/36 relative aux activités de radiodiffusion télévisuelle définit le parrainage comme étant " toute contribution d'une entreprise publique ou privée, n'exerçant pas d'activités de radiodiffusion télévisuelle ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement de programmes télévisés, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses réalisations ".

À l'inverse de la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui définit la publicité par référence au produit, la directive 97/36 l'exclut au contraire pour permettre aux sociétés interdites de publicité de communiquer, par exemple les fabricants de médicaments<sup>22</sup>.

Ces différentes définitions de la publicité complexifie la gestion, compte tenu du grand nombre de législations nationales ou internationales susceptibles d'être appliquées sur Internet.

En réalité, sur Internet comme ailleurs, tout n'est pas publicité, ni même communication commerciale. Un site Internet, même s'il reproduit des produits ou des marques d'alcool ou des médicaments, ne doit être qualifié de publicité que lorsque les conditions qui caractériseraient la publicité sur d'autres supports sont réunies.

Ce sera très souvent une simple plaquette institutionnelle, un catalogue commercial, une galerie marchande ou un outil de transmission exclusivement destiné aux professionnels.

De la même façon que la correspondance privée reste sur Internet de la correspondance privée et la publicité clandestine de la publicité clandestine<sup>23</sup>...

## II. - LES ENJEUX ET LES RISQUES DU DROIT DE L'INTERNET

Sur les media traditionnels, l'entreprise peut faire confiance aux professionnels du marketing qui pour l'essentiel connaissent bien les enjeux juridiques d'une communication, ou du moins sont suffisamment " avertis " pour se poser les questions nécessaires. Sur Internet, il n'en est rien car le savoir est souvent entre les mains de techniciens de l'informatique qui ont rarement entendu parler de concurrence déloyale, encore moins de parasitisme ou de dénigrement, et pas du tout de la loi Evin, de la CNIL ou du droit de la personnalité.

Les enjeux sont pourtant considérables, du casier judiciaire du dirigeant français au coût d'une communication interrompue, en passant par l'interdiction de vendre les produits pendant cinq ans.

### A. - Les enjeux d'une communication

Selon l'intérêt en jeu et la loi applicable, le risque sera économique, civil ou pénal. L'annonceur et ses partenaires des " dot.com " doivent s'interroger sur ce qui est permis et sur leur éventuelle responsabilité.

#### 1. - Le risque économique

Le risque économique est considérable en matière de communication. Il est de trois ordres, eu égard au nombre de lois nationales différentes

simultanément applicables aux communications sur Internet : le coût de la mise en place d'une communication, les sanctions supportées en cas de contravention à une loi nationale de n'importe quel pays du monde, le risque d'une communication tellement conformes aux lois et si aseptisée qu'elle perdrait toute efficacité.

Sur Internet, le coût juridique de la mise en place d'une communication peut être intolérable. Ainsi, pour valider la conformité de leurs communications avec les législations applicables, les entreprises doivent actuellement consacrer un budget juridique important, et très largement supérieur à celui qui leur aurait été nécessaire dans le cas d'une campagne de communication nationale<sup>24</sup>.

Naturellement, la plupart des annonceurs n'ont pas ces moyens et s'exposent au coût d'une sanction qui peut être judiciaire, ou seulement en termes d'image.

#### 2. - Le risque civil

Le risque civil est bien connu aux États-Unis, où les indemnités sont démesurées. En France, les tribunaux sont plus raisonnables et le montant des indemnités se limite généralement au préjudice direct et prouvé.

Mais les associations de consommateurs obtiennent maintenant d'importantes indemnités, parfois qualifiées par les tribunaux " d'amendes civiles ", dont les montants semblent perdre toute mesure<sup>25</sup>.

#### 3. - Le risque pénal

Dans la plupart des pays du monde, le droit pénal vise surtout les atteintes aux biens ou aux personnes, mais peu les réglementations économiques. En France, le risque pénal est beaucoup plus important qu'ailleurs, pour trois raisons principales : la plupart des règles de la vie économique sont pénalement sanctionnées, la loi française permet aux associations de consommateurs de poursuivre, même en l'absence de préjudice direct et personnel, et la procédure de citation directe permet même des condamnations sans enquête préalable. Elle est très souvent utilisée en matière de publicité. Ajoutons que le caractère de nouveauté d'Internet est une source supplémentaire d'insécurité.

En effet, bien que l'appréciation de l'opportunité des poursuites pénales soit normalement de la seule compétence du Ministère Public, elle est aujourd'hui partagée avec certaines associations de défense du consommateur. Le partage de cette prérogative de puissance publique ne fait pas l'unanimité et la " doctrine " majoritaire considère que l'enjeu d'une action pénale est du ressort du Ministère Public qui est seul apte à apprécier l'opportunité de poursuivre une infraction pénale en l'absence de préjudice direct et personnel. Autrement dit, celui-ci devrait conserver, en cas de poursuite pénale par une Association et en l'absence de préjudice direct et personnel, le pouvoir de décider s'il y a ou non lieu à poursuivre et à ouvrir une instruction<sup>26</sup>. La prochaine transposition de la directive 98/27/CE relative aux " actions en cessation en matière de protection des intérêts de consommateurs " pourrait encore accroître le risque pénal dans l'entreprise en ce qu'elle permettra à toute association reconnue dans l'un quelconque des pays de l'UE d'agir dans les autres pays.

Le risque est supporté par tous ceux qui directement ou indirectement auront contribué à la diffusion d'un message déclaré illicite. Une publicité mensongère, une traduction oubliée ou la reprise d'un visuel sans autorisation peuvent ainsi conduire les présidents de société en correctionnelle, ce qui arrive effectivement souvent. Sur Internet, puisque les messages sont reçus dans le monde entier, les atteintes aux bonnes mœurs, telles que la représentation de la nudité dans les pays islamiques, peut-être même dans certains états d'Amérique, constituent un risque potentiel qu'il faudra peut-être un jour également prendre en compte.

24. C'est ainsi que la DG 24 de la Commission européenne, dans une étude publiée en 1999, note " qu'il a fallu à une entreprise qui opère sur le marché du commerce électronique employer 8 juristes internes 45 heures par semaine et 18 conseillers juridiques externes qui lui fournissaient en moyenne 175 heures de conseil par semaine ". Cette enquête conclue naturellement à l'insécurité actuelle et propose que les entreprises soient soumises à la législation de leur pays d'origine.

25. Pour une publicité pour les montres Camel Trophy, le Tribunal correctionnel de Quimper, dans un jugement en date du 15 mai 1994, avait condamné les afficheurs dont la responsabilité était retenue (le Président de la Société J.-C. Decaux et le président de RPMU) à 400 000 F d'amende chacun et solidairement à 4 000 000 F de dommages intérêts à verser à la partie civile (CNCT).

Cette notion d'amende civile se retrouve pour la première fois en avril 2000 dans un projet de loi sur la régulation économique (modification des règles relatives à la distribution et à la réforme de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 présentés au Parlement).

26. Voir *Droit pénal, Le dévoiement Pénal : Journées d'études de l'Institut de Criminologie de Paris, avr. 1995. - Cour de cassation, Rapport 1996, p. 225*: " Cette solution (...) n'est pas sans risque. Le pouvoir important qu'elle confère aux associations peut être détourné de son but : le nombre de citations aboutissant à des transactions suffit à s'en convaincre (entre 1988 et 1995, le CNCT a perçu plus de 25,5 millions de francs... ". - Gilles Buis, *La protection des droits de la défense dans la décision rendue le 15 janvier 1997 : Légipresse, avr. 1997, n°140. - René Humetz, La privatisation de l'action publique risque-t-elle de discréditer l'action judiciaire : Convergences n°10, déc. 1996. - René Vassas, L'action civile des associations de consommateurs : Gaz. pal. 20/21 avr. 1983*.

21. Document de travail du " livre vert sur les communications commerciales ", com(96) 192 final.

22. " Pour permettre aux personnes physiques ou morales qui ont pour activité, entre autres, la fabrication ou la vente de médicaments et de traitements médicaux disponibles uniquement sur ordonnance de parrainer des programmes télévisés, à condition que ce parrainage ne tourne pas l'interdiction relative à la publicité télévisée pour les médicaments et les traitements médicaux disponibles uniquement sur ordonnance ".

23. La récente décision d'appel sur référé rendue le 31 mars 2000 par la Cour d'appel de Rennes peut à notre avis être approuvée sur un point : elle rappelle justement qu'un site Internet " peut " constituer une publicité. Les critères retenus pour qualifier la publicité sont en revanche sujets à discussion, de même que l'application du droit de la presse (CA Rennes, 31 mars 2000, Crédit Mutuel de Bretagne).

Les personnes les plus sanctionnées sont les supports (directeurs de publication, afficheurs, etc...) mais aussi les Agences et les Annonceurs. Sur Internet, les hébergeurs et les intermédiaires techniques sont particulièrement vulnérables et plusieurs d'entre eux ont été condamnés par référence aux lois sur la presse dont ils ne soupçonnaient probablement pas l'existence.

Le risque pénal français est donc particulièrement difficile à prévenir, notamment sur les sujets "sensibles" que constituent actuellement l'alcool et le tabac, ainsi que le respect des droits attachés à la personnalité et à la vie privée.

## B. - Les domaines du droit des communications commerciales

Les domaines du droit rencontrés en publicité et en marketing sont très comparables d'un pays à l'autre, même si les solutions juridiques divergent.

Concernant l'Union européenne, ces domaines ont été répertoriés dans le Livre Vert sur les communications commerciales paru en 1996.

Sommairement, trois types de contraintes doivent être prises en considération : les contraintes d'ordre public ou d'intérêt général, les contraintes commerciales ou de concurrence, la protection des intérêts privés.

### 1. - Les contraintes d'ordre public

Parmi les contraintes d'ordre public ou d'intérêt général, il y a les produits et secteurs réglementés comme l'alcool, le tabac, les médicaments, ou les drogues, ou bien le respect des bonnes mœurs et de la protection de l'enfance et les règles de protection du consommateur parmi lesquelles celles relatives à la vente à distance ou, pour ce qui concerne le marketing direct, sur le traitement de fichiers nominatifs qui nécessitent une vigilance particulière.

Chaque pays a aussi des protections nationales spécifiques. C'est par exemple le cas en France de la loi Sapin sur la transparence ou de la loi Toubon sur l'usage de la langue française. La protection d'intérêts spécifiques, comme celui de la presse, explique l'interdiction de la publicité du secteur culturel (presse, cinéma, édition littéraire) ou du secteur de la distribution en télévision<sup>27</sup>, ou l'interdiction de toute publicité relative aux jouets en Grèce, etc.

### 2. - La protection des intérêts privés

La protection des intérêts privés concerne notamment le droit général de la responsabilité, le droit de la propriété intellectuelle et le droit au respect de la personnalité.

### 3. - Contraintes commerciales de concurrence

Les contraintes commerciales de concurrence visent en particulier les règles sur la publicité mensongère, la publicité comparative, toujours difficile malgré quelques assouplissements, la protection des publicités d'autrui<sup>28</sup>, la protection contre le dénigrement et la plupart des textes relatifs aux promotions des ventes.

## C. - Les domaines du droit spécifiques au Marketing Direct

Le ciblage promotionnel mérite une attention particulière. La technologie utilisée sur Internet, telles que le *tracking* par lieu de connexion ou par utilisation de *cookies* permet de cibler les communications plus facilement et à moindre coût que sur n'importe quel autre support.

La légalité de ces ciblage s'appréciera au regard des lois sur les traitements de fichiers nominatifs, du droit de la concurrence déloyale et de la protection de la vie et de la correspondance privée. Il serait facile aujourd'hui de construire à peu de frais une communication ciblée sur les utilisateurs de marques concurrentes. Il ne serait même pas nécessaire pour cela de constituer des fichiers. Il suffit par exemple d'envoyer à tout internaute qui commande ou se renseigne sur une marque un coupon de réduction sur un prochain achat d'un produit concurrent.

Cette technique, appliquée au passage des caisses en supermarché, a été condamnée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'affaire Catalina<sup>29</sup>. Il est probable qu'une opération similaire menée sur Internet encourrait les mêmes sanctions.

Le *spamming* - ou envoi massif de courriers électroniques non sollicités - est une technique particulière de mailing électronique. Il consiste à

27. La récente intervention du CSA pour libéraliser l'accès de la publicité à la télévision des sites de secteurs n'y ayant pas accès, marque, au-delà de cette volonté, celle d'être confirmé en qualité d'organisme régulateur de l'Internet, avec le risque de soumettre le droit français de la communication on line à l'avis du BVP et au contrôle du CSA.

28. Une entreprise ne peut pas, par exemple, s'approprier la publicité d'un concurrent. Si l'idée publicitaire n'est pas protégeable par le droit de la propriété intellectuelle, elle l'est en revanche au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme.

29. *Cass. com.*, 18 nov. 1997.

envoyer aux adresses e-mail d'une large cible un courrier électronique à caractère publicitaire ou informatif. Il est beaucoup plus pertinent et moins coûteux qu'un mailing sur papier envoyé ou déposé dans les boîtes postales, car il évite les coûts du papier, du routage et est pour cette raison très prisé en marketing direct. On lui reproche en revanche d'encombrer les e-mails et la mémoire des ordinateurs des fournisseurs d'accès à Internet. Encore rares<sup>30</sup>, les décisions devraient se multiplier et plusieurs sont sur le point d'être plaidées.

Pour remédier à l'abus possible dans l'utilisation de spams, trois solutions ont été envisagées :

- Leur **interdiction totale**, mais cette solution constituerait un obstacle sérieux au développement de la publicité sur Internet à laquelle a droit tout commerçant.

- La restriction des envois aux seuls internautes qui auraient manifesté la volonté d'en recevoir : c'est le **système de l'opt in**, par lequel celui qui veut recevoir de la publicité se fait inscrire sur une liste à cet effet. Ce système a été adopté en Autriche.

- L'envoi subordonné à l'absence de manifestation de volonté de ne plus recevoir de publicité, c'est le **système de l'opt out**.

Après quelques hésitations tant nationales que communautaires, on s'oriente clairement **vers l'opt out** et la CNIL a publié une recommandation en ce sens<sup>31</sup>, suivant en cela la Commission européenne et les professionnels de la vente et de la communication.

La position adoptée en France par la CNIL, qui est conforme à l'article 7 de la directive 2000-31/CE précitée du 8 juin 2000, est la suivante : dans tous les cas, lors de la collecte des informations de recrutement marketing, l'internaute devra être préalablement informé de l'usage qui pourra être fait des informations qu'il communique et de son droit à s'opposer à leur collecte et à recevoir des publipostages électroniques.

Lorsque les courriers électroniques non sollicités sont adressés dans des listes de discussion, la finalité de ces listes devra être respectée.

À tout moment et dès le premier envoi de spam, l'internaute devra avoir la possibilité de faire savoir à l'émetteur qu'il ne souhaite plus recevoir d'e-mails.

À la suite de quoi, en distinguant très justement le publipostage électronique, par nature très ciblé et commercial, des autres formes de spam, par exemple de groupes d'intérêts ou d'opinions, la CNIL recommande le système de l'opt-out.

Cette position nous semble devoir être approuvée et rejoint le système de la liste E-Robinson mise en place par la FEVAD<sup>32</sup> qui permet à chacun en s'y inscrivant de ne plus être destinataire des spam. Ce système d'autodiscipline se révélera beaucoup plus souple et aussi efficace qu'une nouvelle loi sur Internet. L'existence des organismes européens d'autodiscipline, à l'exemple du BVP en France, se révèle souvent préférable aux réglementations.

## III. - MODES DE RÉOLUTIONS DES DIFFICULTÉS JURIDIQUES RELATIVES AUX COMMUNICATIONS SUR INTERNET

Dans l'attente de règles clarifiées, les entreprises souhaitant limiter les risques de leur communication sur Internet doivent gérer une réalité complexe. Les solutions tiennent alors autant de l'exercice d'équilibriste, du droit, que de l'application des règles classiques du commerce.

### A. - Compétence Judiciaire et règles de conflit

Dans la quasi-totalité des cas et dans le monde entier, la pratique judiciaire est constante : un tribunal saisi d'une affaire relative à Internet se déclare presque toujours compétent et refusera généralement d'appliquer une autre loi nationale que la sienne<sup>33</sup>. Les conventions internationales (comme celles de Bruxelles et de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ou la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles) sont mal adaptées à Internet et laissent un large pouvoir d'appréciation au juge.

30. La justice de l'Ontario a condamné le responsable d'envois massifs d'e-mails, dans un litige qui l'opposait à l'hébergeur, aux motifs que celui-ci n'avait respecté ni les conditions d'usage des sites que l'hébergeur s'était réservé la possibilité de modifier, ni la "netiquette" que l'on pourrait qualifier d'ensemble des usages des utilisateurs de l'Internet. Une deuxième affaire montre la détermination des lobbies "anti-spam" qui avaient obtenu l'interdiction de tout *spam* reçu dans l'État de Washington. Mais cette loi a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour Supérieure du Comté de King car trop coûteuse à mettre en œuvre. Un appel est en cours.

31. Rapport de Cécile Alvergnat du 14 octobre 1999 dans lequel sont analysées les différentes situations à l'origine desquelles peuvent être envoyés des publipostages électroniques.

32. Fédération des Entreprises de Vente à Distance.

33. Dans la décision précitée rendue le 22 mai 2000, le TGI de Paris a ainsi demandé aux responsables de la Société Yahoo Inc (site portail) de prendre toute mesure propre à rendre impossible aux ressortissants français l'accès à des offres de ventes de produits d'inspiration nazie.

Le principe selon lequel " nul n'est censé ignorer la loi " devient insoluble lorsque toutes les lois du monde sont susceptibles d'être simultanément appliquées. C'est une source d'insécurité juridique pour les entreprises dont les communications devraient se conformer à toutes les lois.

Des discussions sont depuis plusieurs mois en cours au sein des organisations internationales de régulation du commerce, et notamment en Europe. Il en ressort deux approches :

- soit la reconnaissance mutuelle, qui revient, par exemple en matière d'offre promotionnelle, à accepter d'appliquer la loi du pays du commerçant qui propose une offre promotionnelle. La reconnaissance mutuelle s'appuie sur le constat que dans la communauté, *chaque pays a pris des dispositions suffisantes* pour réguler le commerce et protéger le consommateur ;

- soit l'harmonisation des règles. Sur le territoire de l'Europe, plusieurs directives ont ainsi déjà été adoptées<sup>34</sup>.

Mais une récente consultation effectuée auprès de chacun des États membres de l'Union européenne montre que l'harmonisation risque d'être beaucoup plus longue à mettre en place en matière de communications commerciales.

Sur le territoire de l'Europe, il est aujourd'hui acquis que l'on s'oriente en matière de commerce électronique vers l'acceptation du principe de reconnaissance mutuelle, donc la possibilité de se référer à une loi unique<sup>35</sup> ; mais les réticences nationales seront plus difficiles à vaincre en matière de protection du consommateur<sup>36</sup>. En cette matière, le législateur national considère qu'aucune autre loi ne doit être appliquée si elle protège moins le consommateur que la loi nationale.

### B. - Contractualisation du droit applicable sur Internet

En l'absence de règles établies, une entreprise désirent opérer sur Internet devra lever autant que possible les incertitudes dans la phase préparatoire d'une campagne plutôt qu'à l'occasion d'un procès.

Dans l'attente, nécessairement longue, de l'acceptation par les États d'un désengagement partiel de souveraineté judiciaire, les seules solutions consistent à limiter le risque judiciaire.

La rédaction des contrats et des offres peut permettre facilement, sans pour autant l'éliminer, de réduire la fréquence et les conséquences d'une mise en cause.

Pour atteindre cet objectif, les responsables dans l'entreprise disposent de moyens simples et généralement efficaces. Le premier consiste à déterminer, par référence au lieu d'établissement du prestataire (généralement celui du siège social)<sup>37</sup>, quelle sera la loi applicable en cas de conflit ultérieur. Le simple fait de respecter ensuite cette loi nationale et de s'y référer explicitement sur une page de leur site leur permettra ensuite de l'invoquer en cas de litige. Il en sera de même de l'ensemble des règles que l'on souhaite voir appliquer (le territoire géographique de la communication, les pays dans lesquels on ne livrera pas lorsque qu'il y a offre de vente, la loi nationale ou contractuelle à laquelle on se réfère, la juridiction compétente...) et toutes précisions qui conforteront une volonté de respecter les lois en vigueur. Cette première précaution aura pour effet, en matière commerciale, de définir contractuellement la loi et les règles applicables, et en matière pénale, de justifier de sa bonne foi. L'Annonceur pourra aussi utilement se référer aux principes de la Chambre de commerce internationale qui reprennent et transposent les usages déontologiques généralement admis en matière de marketing et de publicité<sup>38</sup>. Ces principes se réfèrent explicitement à la loi du pays d'origine (application du principe de reconnaissance mutuelle).

Une seconde précaution, valable tant pour les offres promotionnelles que pour la communication commerciale, consiste à identifier et à respecter dans leur principe celles des règles qui sont considérées comme essentielles dans les pays ciblés, c'est-à-dire des pays vers lesquels on a spécia-

lement choisi de tourner sa communication. Une loterie destinée principalement au consommateur français devra par exemple, même si elle émane d'un annonceur exerçant son activité à l'étranger, présenter le caractère gratuit exigé en France.

Et en cas de procès, le *premier* tribunal saisi, s'il se déclare compétent, appliquera les règles internationales de conflit, respectera la volonté contractuelle si le litige est de nature commerciale, et si un problème de protection du consommateur est soulevé, *constatera la volonté de l'Annonceur* de se référer à des règles de droit.

Même pour les litiges de la consommation, l'annonceur pourra limiter très sensiblement le nombre des poursuites en précisant le tribunal dont il souhaite retenir la compétence et la loi à laquelle il se réfère. En cas de procès, ce choix pourra ne pas être retenu, mais la grande majorité des poursuites aura été évitée, par simple dissuasion.

### Conclusion

La nouveauté d'Internet est source d'incertitude et de confusion, parfois de décisions surprenantes qui pourraient souvent être évitées.

Les juges eux-mêmes sont mal préparés au droit de l'Internet. Liés à l'argumentation développée par les parties, ils se rallieront à celle qui leur semblera la plus pertinente.

Plus que dans tout autre domaine, le choix de l'avocat ou du juriste conseil et la qualification juridique des faits qui sont présentés risque donc d'être déterminants pour convaincre le juge. La jurisprudence naissante se réfère encore trop fréquemment à des notions mal connues des entreprises commerciales, comme le droit de la presse, de la responsabilité éditoriale ou le droit de la propriété intellectuelle appliquée au stockage technique de données pour mettre en jeu la responsabilité d'intermédiaires désemparés<sup>39</sup>.

Des décisions plus convaincantes pourraient souvent être obtenues en appliquant les règles juridiques de droit commun. Selon que l'entreprise aura choisi de s'en remettre aux conseils d'un spécialiste du droit des télécommunications, du droit de l'informatique, du droit de la propriété intellectuelle, du droit de la presse, du droit pénal, du droit de la production audiovisuelle, du droit de la consommation, ou du droit de la publicité, *la décision du juge* fera d'un site Internet " un service audiovisuel " soumis en France à la loi de 1986 sur la presse audiovisuelle, ou un logiciel protégé par le droit de la propriété intellectuelle, ou une marque et rien d'autre, ou bien sanctionnera l'hébergeur en qualité de directeur de publication en application d'une loi sur la presse qu'on lui demandera désormais de connaître, le commerçant pourra être poursuivi par la loi et les tribunaux d'un pays sur le territoire duquel il ignorait parfois avoir commercialisé ses produits, ou le juge imposera l'usage de la langue française à des sites internationaux, comme pour une simple publicité destinée au consommateur français.

Notre dernière recommandation consistera donc, pour les annonceurs confrontés à un problème de *communication* commerciale sur Internet, à choisir pour meilleur spécialiste celui qui maîtrise le droit de la *publicité*, il lui sera plus facile qu'à un autre d'appliquer son savoir à Internet. Dans le doute, un généraliste du droit commercial saura mieux s'adapter au contexte de l'Internet qu'un spécialiste à une difficulté qui échappe à sa compétence.

Nous terminerons en rappelant, à l'heure où certains demandent de nouvelles lois au nom de principes de liberté, que le droit de communiquer et de promouvoir une marque ou une activité est une composante fondamentale de la liberté du commerce et de l'industrie.

34. On citera notamment les *Directives 97/7/CE sur la protection du consommateur en matière de contrat à distance*, *98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts de consommateur*, *99/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, *95/46/CE relative au traitement des données à caractère personnel*.

35. La directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique précise que le principe de la reconnaissance mutuelle des législations nationales (l'un de ceux sur lesquels repose le marché intérieur) et le principe de l'État membre d'origine doivent être appliqués aux services de la société de l'information.

36. La directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique n'interfère pas avec la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs.

37. Au sens de la directive 2000/31/CE, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Ce lieu n'est pas celui où se situe l'installation technologique servant de support au site, ni celui où le site est accessible.

38. Les lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet de la Chambre de Commerce Internationale sont consultables en français et en anglais sur le site [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

39. La directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques du commerce électronique devrait permettre de considérablement réduire les cas où la responsabilité des intermédiaires et des hébergeurs est retenue, dans la mesure où ils ne seront pas soumis à une obligation générale de surveillance.