

LA CYBERPUBLICITÉ : SON VISAGE, SES COULEURS Qu'en est-il de la protection des consommateurs ?

Charlaine BOUCHARD, Marc LACOURSIÈRE et Julie Mc CANN

Volume 107, numéro 2, septembre 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045658ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045658ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUCHARD, C., LACOURSIÈRE, M. & Mc CANN, J. (2005). LA CYBERPUBLICITÉ : SON VISAGE, SES COULEURS : qu'en est-il de la protection des consommateurs ? *Revue du notariat*, 107(2), 303–349.
<https://doi.org/10.7202/1045658ar>

Tous droits réservés © Charlaine BOUCHARD, Marc LACOURSIÈRE et Julie Mc CANN, 2005

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

LA CYBERPUBLICITÉ : SON VISAGE, SES COULEURS

Qu'en est-il de la protection des consommateurs ?*

Charlaine BOUCHARD,
Marc LACOURSIÈRE***
et Julie Mc CANN******

INTRODUCTION	305
I. LE DROIT POSITIF ET LA CYBERPUBLICITÉ.	306
A. Les caractéristiques de la publicité en ligne.	307
1. La définition de la publicité.	307
2. Le polymorphisme de la publicité en ligne	310
B. Les sources de régulation de la cyberpublicité	312
1. Les interventions légales	313
a. L'interdiction de la publicité trompeuse	313
b. L'usage de la langue française	315

* Les auteurs remercient la Fondation du Barreau pour sa contribution financière nécessaire à la rédaction de ce texte. Sauf indication contraire, les sites Internet cités dans cet article sont à jour au 31 décembre 2004.

** Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval. Chercheure au Centre d'études en droit économique et à l'Institut sur les affaires électroniques de l'Université Laval.

*** Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Chercheur au Centre d'études en droit économique et à l'Institut sur les affaires électroniques de l'Université Laval.

**** Étudiante à la maîtrise à la Faculté de droit de l'Université Laval.

2.	Les usages et les pratiques	317
a.	L'interdiction du pollupostage abusif	318
b.	Les codes de conduite	321
II.	LES LIMITES DE LA LÉGISLATION NATIONALE ET LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR	325
A.	L'application des lois dans le cyberspace	326
1.	La compétence juridictionnelle	326
2.	Le droit applicable	330
3.	Les infractions pénales	333
a.	Le principe de territorialité des lois	333
b.	Les tentatives d'exclusion	335
B.	L'intensité de la responsabilité des intervenants	337
1.	L'annonceur et le publicitaire	337
2.	Les intermédiaires techniques	339
a.	L'hébergeur	341
b.	Le fournisseur de services Internet	345
	CONCLUSION	348

INTRODUCTION

Selon Solveig Godeluck, qui s'est intéressée au début du présent millénaire « au boom d'Internet », la publicité fait tenir le château de cartes de la netéconomie. Pour qu'une entreprise dure, elle doit séduire les annonceurs : « un site garni de bannières et de pop-ups, ces mini-fenêtres qui s'affichent au moment d'un téléchargement, est de bon augure aux yeux des financiers. Il signifie à la face du monde qu'il y a suffisamment de visiteurs pour convaincre les régies de placer ici leurs annonces. Sa part de marché, déjà considérable, est donc appelée à grandir puisque Internet donne une prime au premier arrivé, censé « tout raffler »¹ ». Cette situation n'est pas différente de celle de la plupart des entreprises, qu'elles soient matérielles ou encore virtuelles. La publicité constitue un chemin obligé pour rallier la clientèle.

Qu'en est-il cependant de la protection des consommateurs dans cette même netéconomie ? Est-il vrai, qu' « assailli de publicités non sollicitées, qu'il paiera lui-même le temps de la connexion, notre consommateur égrènera sa vie privée à chaque visite et sera surpris de constater qu'il a acheté un logiciel, alors même qu'il n'a fait que déchirer un emballage [?] Le consommateur pensera qu'il a été mal protégé, parce que la loi n'est pas applicable et de toute façon pas suffisante pour régir le commerce électronique »². Ce scénario catastrophe est-il dramatisé ou encore justifié par la spécificité d'Internet ?

Il est vrai qu'Internet constitue un support hautement compétitif. Le référencement, le ciblage des consommateurs, les techniques de fidélisation et encore... Le tout d'un simple « clic » et pour un prix minime. Sans oublier la messagerie qui constitue une arme avec une force de persuasion hors de l'ordinaire.

-
1. Solveig GODELUCK, *Le boom de la netéconomie*, Paris, Éditions la découverte, 2000, ch. 7, p. 3 et 4.
 2. Anne-Marie LEROYER, « L'épreuve d'Internet », dans Dominique FENOUILLET et Françoise LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2002, n° 15, p. 167.

En outre, que penser du caractère multiforme de la publicité dans Internet ? On ne compte plus aujourd'hui les techniques de publicité trompeuse qui pullulent dans le monde virtuel. Ainsi, en sus de la transposition dans le monde virtuel des situations frauduleuses de type traditionnel, le consommateur est victime d'une panoplie de nouvelles pratiques.

Face à cette explosion du commerce électronique, et aux potentialités de la technique, la question est de savoir si le cadre légal actuel est suffisant pour faire face aux nouveaux procédés publicitaires. Si quelques interrogations peuvent trouver des réponses satisfaisantes dans le droit positif, certaines caractéristiques inhérentes à Internet – entre autres son caractère transfrontière et l'anonymat qu'il sous-tend – permettent de penser qu'elles demeureront sans réponse ou encore trouveront des réponses insatisfaisantes. C'est à ces questions, commandées par le nouvel environnement virtuel, que cette étude s'intéresse.

Par conséquent, après avoir confronté, dans une première partie, le droit positif et la cyberpublicité (I), il conviendra, dans une seconde partie, de répondre aux questions controversées qu'appelle la publicité en ligne (II).

I. LE DROIT POSITIF ET LA CYBERPUBLICITÉ

L'arrivée d'Internet a donné naissance à un nouveau médium de communication et à de nouvelles méthodes de marketing. Les possibilités offertes par ce réseau sont multiples et les publicitaires ont rapidement su y voir un moyen rapide, économique et efficace d'atteindre les consommateurs. Dans ce contexte, le problème de la protection des consommateurs s'avère une dimension fondamentale.

Bien que la publicité en ligne se distingue des formes traditionnelles de publicité, la réglementation qui encadre la publicité en général est applicable à Internet ; le contraire serait néfaste pour les acteurs qui doivent recevoir respectivement la même protection et la même sanction peu importe le support utilisé. Il convient donc d'examiner si la législation existante suffit à assurer la répression de

3. Art. 1388 et s. C.c.Q.

4. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, [en ligne] à <<http://www.granddictionnaire.com>>.

la cyberpublicité de façon aussi efficace que la publicité dans son ensemble. Pour répondre à cette interrogation, il importe de présenter, dans une première partie, les caractéristiques de la publicité en ligne (A.) et de consacrer la seconde partie à son cadre légal (B.).

A. Les caractéristiques de la publicité en ligne

Le monde de la publicité s'est développé énormément au cours de la dernière décennie. En effet, le réseau Internet a favorisé l'essor de nouvelles techniques publicitaires – notamment les courriels directs, les sites Internet et les bandeaux interactifs – qui ont considérablement augmenté la quantité d'informations transmises aux consommateurs. Pour mieux comprendre les mutations engendrées par la publicité, il s'avère opportun d'identifier, dans un premier temps, ses principaux attributs (1.), avant de s'arrêter, dans un second temps, aux contours de son nouveau visage (2.).

1. La définition de la publicité

Située en amont du processus contractuel, la publicité fait partie de la phase précontractuelle. Sa mission est de présenter un produit ou un service à un consommateur, acheteur potentiel. La publicité consistera souvent en une invitation à contracter. Elle pourra même se transformer en une offre, si elle est assez exhaustive et contient les informations essentielles au contrat envisagé³. Mais à quelles conditions l'information transmise peut-elle être qualifiée de publicité ?

L'Office québécois de la langue française, dans le *Grand dictionnaire terminologique*, aborde la nature de la publicité sous un double aspect : d'abord, la publicité a pour vocation de « persuader des acheteurs éventuels » ensuite, elle a pour objet « d'informer » le public⁴. La publicité informative aurait ainsi pour seul but d'informer le public, de façon objective, quant à la nature et aux caractéristiques de ce qui en fait l'objet. Par exemple, l'affichage des prix dans un supermarché, ou encore une étiquette indiquant la provenance, le poids ou la composition d'un bien. La publicité promotionnelle, pour sa part, est entendue de toute représentation faite dans le but de « [pousser] le public à faire l'acquisition d'un bien ou d'un service donné ou qui cherche à promouvoir dans le public une image favorable de l'entreprise [...] »⁵. Une publicité peut donc, selon les cir-

5. *Ibid.*

constances et l'objectif recherché, revêtir l'un ou l'autre de ces deux aspects, ou les deux à la fois.

Le législateur fait référence à la publicité sans pour autant la définir. Plus encore, il lui préfère, dans certains cas, des expressions telles « représentation » dans la *Loi sur la protection du consommateur*⁶, ou encore « indications » dans la *Loi sur la concurrence*⁷. Ces vocables, plus englobants, font davantage référence, dans l'imaginaire collectif, à la publicité strictement promotionnelle⁸. Toutefois, peu importe le vocabulaire utilisé, ces législations ont pour but d'encadrer la publicité et ce indépendamment du support. D'ailleurs, dans une histoire d'exploitation d'un système de commercialisation à paliers multiples, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a déclaré que la portée de la *Loi sur la concurrence* s'étend aux infractions commises au moyen d'Internet⁹. De plus, dans un guide produit à l'intention de la publicité dans Internet, le Bureau de la concurrence mentionne que « [l]es dispositions de la Loi en matière d'indications fausses ou trompeuses s'appliquent à la publicité dans Internet, car elles sanctionnent la teneur de l'indication et non pas les moyens utilisés. Par conséquent, les mêmes règles de base qui régissent les pratiques commerciales et publicitaires traditionnelles s'appliquent aussi à la publicité en ligne et aux pratiques commerciales par voie électronique »¹⁰.

À l'opposé, il est intéressant de constater que la publicité effectuée dans Internet reçoit un traitement différent de celle réa-

-
6. Par exemple : *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 219 : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une *représentation* fausse ou trompeuse à un consommateur. » [nos italiques].
 7. Par exemple, l'article 52, premier paragraphe de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, prévoit que : « [n]ul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des *indications* fausses ou trompeuses sur un point important. » [nos italiques].
 8. Tel qu'en témoigne cette définition, *Grand dictionnaire terminologique*, *op. cit.*, note 4, « La publicité commerciale a pour but de faire connaître des biens ou services *dans le but de les vendre* » [nos italiques].
 9. *R. c. Integrity Group*, (1997) 73 C.P.R. (3d) 525 (Alta. Q.B.).
 10. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Respect de la loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité de la Loi sur la concurrence concernant les annonceurs dans Internet*, Hull, 2001, p. 2, [en ligne] à : <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/inter-net_draft_f.pdf>.

lisée par le biais d'autres médias. En effet, l'article 2(f) de la Directive qui définit la *communication commerciale* comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations »¹¹, ne comprend pas les exceptions suivantes :

- les coordonnées permettant l'accès direct de l'entreprise, l'organisation ou la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ;
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne, élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière¹².

Ainsi, cette définition de la communication commerciale a une portée beaucoup plus large que celle qui figure dans la Directive relative à la publicité trompeuse¹³ où, « à côté des « biens et services » compris dans les deux textes, elle vise également la promotion « de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel »¹⁴ ». La question a conduit certains à s'interroger sur l'intention du législateur quant à ce dédoublement ? Selon Thibault Verbiest, « son intention était davantage d'insister sur les conséquences liées à la qualification de communication commerciale – qui entraîne l'application de toute une série d'obligations prévues par la directive [...] – [plutôt que d'étendre] la notion de communication commerciale au-delà de la définition de la publicité donnée par d'autres instances communautaires »¹⁵.

11. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 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 »), [2000] J.O. L 178/1, art. 2, par. 1 [ci-après Directive sur le commerce électronique].

12. *Ibid.* Cette dernière exception devrait ainsi s'appliquer notamment aux liens hypertextes établis gratuitement.

13. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, J.O. L 250/17.

14. Thibault VERBIEST, *La protection juridique du cyber-consommateur*, coll. « Juris classeur Droit@Litec », Paris, Litec, 2002, n° 12, p. 7.

15. *Ibid.*

Bien que de telles distinctions n'existent pas actuellement en droit québécois, l'évolution des nouvelles techniques de publicité en ligne remettra peut-être en question le choix des législateurs.

2. Le polymorphisme de la publicité en ligne

La cyberpublicité jouit de nombreux avantages qui sont difficilement accessibles dans la publicité traditionnelle. D'abord, elle permet de réduire le temps investi par le consommateur pour visiter « l'entreprise » du commerçant, puisque le contexte électronique repousse les facteurs temporels¹⁶. Ensuite, « l'interactivité propose aux consommateurs la possibilité de personnaliser la réclame dont ils sont la cible »¹⁷. Enfin, la grande versatilité de ce mode de transmission d'informations permet au commerçant de diversifier la forme du message afin de rejoindre le plus grand nombre possible de clients potentiels. Plusieurs procédés sont ainsi exploités par les publicitaires sur le réseau Internet¹⁸, lesquels « [bénéficient, pour la plupart], de l'hypertextualité, la fonction de base du réseau, qui permet d'accéder à un contenu par un simple clic de souris »¹⁹. Pour les fins de cet exposé, les principales techniques ont été regroupées en trois grandes catégories : le cadre, le site Internet et les courriels publicitaires.

➤ *Le cadre*

Ce procédé publicitaire est celui qui se rapproche le plus de la publicité papier traditionnelle. Il consiste en un encadré situé dans le contexte d'un site Internet – ou d'une page Internet d'un autre annonceur – et qui contient le message publicitaire. Le cadre peut respecter en tous points les caractéristiques de son homologue traditionnel, c'est-à-dire qu'il peut revêtir divers contenus, formes et grandeurs afin de se distinguer de l'environnement dans lequel il est placé. Toutefois, la technologie développée par les publicitaires a permis d'incorporer des éléments interactifs et des animations dans

16. Éric LABBÉ, « La publicité en ligne », dans Daniel POULIN et autres (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 199.

17. *Ibid.* Par exemple, une publicité portant sur une automobile qui permettrait au destinataire d'en changer la couleur et les accessoires en ligne.

18. Par exemple : sites Internet, bandeaux, bannières, commandites, concours promotionnels, liens hypertextes, courriels directs, « surround sessions » et intégration. Voir : Douglas J. SIMSOVIC, « I-Advertising : The Ways and the Means », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 395.

19. Éric LABBÉ, *loc. cit.*, note 16, p. 202.

la cyberpublicité ; celle-ci peut maintenant apparaître spontanément et même se superposer au contenu consulté par le cyberconsommateur, ce qui lui confère un caractère de plus en plus intrusif²⁰. Les possibilités techniques reliées au cyberespace ajoutent à l'intérêt d'utiliser ce moyen : en effet, un lien entre l'encart publicitaire et le site de l'annonceur peut être créé, ce qui facilite le « transport » du cyberconsommateur vers le site du cybermarchand.

Dans cette catégorie de publicité, on retrouve aussi le bandeau publicitaire ou la bannière qui consiste en une « petite annonce publicitaire comportant une image ou un bref message, qui est affichée généralement dans le haut de la page d'accueil d'un site Internet, le plus souvent à caractère commercial, et sur laquelle l'internaute est invité à cliquer »²¹.

➤ *Le site Internet*

Les sites Internet constituent des vitrines permettant tout à la fois de faire la promotion de produits, de fournir des informations et, dans certains cas, de conclure des transactions commerciales. Accessibles en tout temps, ils ont l'avantage de permettre au marchand de mettre rapidement l'information à jour et au consommateur de la consulter à tout moment. Un site Internet peut être purement promotionnel, à l'instar de publicités télévisées, ou encore transactionnel. Un site est transactionnel lorsqu'il laisse le consommateur effectuer une transaction en ligne, c'est-à-dire passer la commande et/ou payer le prix. Ainsi, contrairement à la publicité dite « traditionnelle », la publicité diffusée dans Internet autorisera parfois le consommateur à effectuer sur-le-champ, grâce à des procédés de paiement électronique, l'achat de produits qui font l'objet de promotions en ligne. Un autre élément caractéristique du site Internet est le lien hypertexte²², lequel peut être « signalé [...] visuellement par son ancre qui peut être une partie de phrase ou un mot soulignés ou de couleur différente de celle du texte, ou encore une image, une icône, un graphique »²³. Le lien hypertexte conduit l'internaute vers une autre page du même annonceur, ou d'un

20. Il est aussi possible de faire apparaître une petite fenêtre au-dessus (*pop up*) ou en-dessous (*pop under*) de la page consultée par l'internaute. Voir : Rock PINARD, « La cyberpub va-t-elle trop loin ? », (2001) 2 *Espacecom* 10, 11.

21. Éric LABBÉ, *loc. cit.*, note 16, p. 126.

22. « Connexion activable à la demande dans le Web, reliant des données textuelles ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet. » Voir : *Grand dictionnaire terminologique, op. cit.*, note 4.

23. *Ibid.*

annonceur différent, par la magie d'un simple « clic » de souris sur l'hyperlien.

➤ *Les courriels publicitaires*

Inspirés du publipostage²⁴ traditionnel, les courriels publicitaires ont révolutionné ce mode de publicité. Ils permettent de « rejoindre les consommateurs à leur « domicile virtuel » grâce aux messages qu'ils reçoivent par courriers électroniques »²⁵. Contrairement au publipostage, le courriel a l'avantage d'être diffusé à coût fixe peu importe le nombre de consommateurs, et ce, de façon quasi instantanée. La technologie permet aussi l'insertion d'hyperliens dans le message publicitaire, ce qui amènera directement le destinataire du message à la page ou au site de l'annonceur. Le courriel publicitaire est une façon d'aller chercher le consommateur chez lui et de l'emmener, au moyen d'un simple « clic », au commerce virtuel de l'annonceur.

Certains abus ont été notés relativement à ce procédé publicitaire lorsque les commerçants envoient des courriels publicitaires en masse et à répétition, lesquels sont désormais qualifiés de « pollupostage », « pourriels », « polluriels » ou encore « *spams* »²⁶. Ces appellations peu flatteuses traduisent l'accueil peu chaleureux que leur dédient les internautes qui désapprouvent généralement ce procédé²⁷. Nous reviendrons sur cette question dans la prochaine section, qui porte sur le droit applicable à la publicité.

B. LES SOURCES DE RÉGULATION DE LA CYBERPUBLICITÉ

Puisque la publicité en ligne doit obéir aux mêmes règles que la publicité traditionnelle effectuée par le biais d'autres supports, le consommateur doit bénéficier de la même protection dans tous les cas. Toutefois, vu les caractéristiques inhérentes à Internet, la protection du cyberconsommateur passe, en premier lieu, par la prise de conscience du milieu et les efforts de concertation internationale ; d'où la dichotomie de la présente partie c'est-à-dire, dans un premier temps, le cadre légal général (1.) et, dans un second temps, les usages et les pratiques (2.).

24. *Ibid.* « Prospection publicitaire, démarchage ou vente effectués par voie postale ou par messagerie, directement auprès du consommateur, pour lui proposer des produits ou des services à des conditions avantageuses. »

25. Éric LABBÉ, *loc. cit.*, note 16, p. 130.

26. *Ibid.*, p. 211.

27. *Ibid.*, p. 131.

1. Les interventions légales

Dès qu'une publicité est reçue en territoire québécois, elle est soumise, indépendamment de son support, aux lois québécoises et canadiennes encadrant la publicité. Pour les fins de cette étude, seules les principales lois d'application générale seront scrutées, à l'exclusion de la réglementation spécifique à certains produits et services tels l'alcool, le tabac et les médicaments.

Ainsi, de façon générale, pour assurer la protection des consommateurs, la publicité doit être loyale et transparente (a.) et l'usage du français est obligatoire (b.).

a. L'interdiction de la publicité trompeuse

Au Canada, la *Loi sur la concurrence* prévoit que toute personne – commerçant, fabricant, publicitaire – peut engager sa responsabilité dans le cadre de certaines infractions relatives à la concurrence – telle la publicité fausse ou trompeuse²⁸ – ou lors de pratiques commerciales trompeuses²⁹. La responsabilité peut être de nature criminelle ou civile.

Dans le but de décriminaliser certains comportements ainsi que de faciliter les poursuites judiciaires³⁰, le gouvernement fédéral a modifié en 1999 la *Loi sur la concurrence* afin d'y inclure une nouvelle série d'infractions de nature civile³¹. Ces infractions concernent notamment les garanties ou promesses³², les politiques de prix – soit la publicité comparative³³, la représentation déloyale sur le prix³⁴ et les avantages trompeurs³⁵ –, ainsi que le produit – la des-

28. Art. 52.

29. Art. 74.01 et s.

30. La professeure Nicole L'Heureux indique d'ailleurs à ce sujet que « [l]a preuve sera donc très difficile à apporter, et uniquement les cas où le contrevenant agit de mauvaise foi seront poursuivis. [...] On peut croire que la majorité des contraventions seront poursuivies en vertu des articles 74.01 et s. » : Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 309.

31. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, L.C. 1999, c. 2, maintenant comprise dans la Partie VII.1 de la Loi.

32. Art. 74.01(b) et (c).

33. Art. 74.01(a).

34. Art. 74.01(2) et (3).

35. Art. 74.01(1)(a).

cription trompeuse³⁶ et les fausses analyses scientifiques³⁷. Ces nouvelles dispositions sont en partie similaires à plusieurs dispositions prévues dans la *Loi sur la protection du consommateur*³⁸.

Une première recension démontre qu'il est possible de classer les problèmes de représentations trompeuses dans Internet selon la reproduction des escroqueries ou des fraudes déjà connues ou typiques d'Internet³⁹. En outre, les cas d'escroqueries de type traditionnel ont trait à des fausses réductions ou à des réclamations auprès de consommateurs sous le faux prétexte qu'ils se seraient vus octroyer un prix à la suite d'un concours. La présence de situations frauduleuses de type traditionnel se retrouve lors des systèmes de vente pyramidale, d'émission d'actions, de redressement de dossiers de crédit, d'offres de placements ou opportunités d'affaires, de promotions liées à une loterie, d'encans fictifs, de sollicitation, de dons de charité ou de programmes de perte de poids⁴⁰.

Les pratiques commerciales trompeuses ou frauduleuses caractéristiques au réseau Internet ont trait principalement au piratage (« *hijacking* ») de modem – connecter un consommateur branché localement à un service de téléphone international –, au piratage de site Internet – rediriger un consommateur vers un faux site d'une entreprise – à la facturation de consommateurs pour des services Internet non utilisés ou simplement à la divulgation conforme et loyale d'information sur les sites Internet⁴¹.

À ce jour, la jurisprudence québécoise et canadienne sur la publicité trompeuse en ligne est presque inexistante⁴². Toutefois, la

36. Art. 74.01(1)(a).

37. Art. 74.01(2) et (3).

38. Par exemple : pour les garanties ou promesses : art. 226, 227 ; pour les politiques de prix : art. 222(b) (publicité comparative), art. 224(a)(b), 225(b) (représentation déloyale sur le prix) et art. 202(1)(a)(b) (avantages trompeurs) ; pour le produit : art. 221(a)-(e), (g) (description trompeuse), 238, 239, 240, 241 (fausses analyses scientifiques).

39. Rachel LARABIE-LESIEUR, *Misleading Advertising on the Internet : Competition Law Enforcement in the Electronic Marketplace*, Bureau de la concurrence, 1996, [en ligne] à <<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInternetE/ct01505e.html>> ; Lawrence M. HERTZ, « Advertising Regulation on the Internet », (2002) 19:6 *Computer & Internet L.* 18, 19.

40. Rachel LARABIE-LESIEUR, *loc. cit.*, note 39.

41. Lawrence M. HERTZ, *loc. cit.*, note 39.

42. En effet, au Québec, les décisions portent principalement sur des sentences pénales rendues par des ordres professionnels. À titre d'exemple, voir : *Ordre des pharmaciens du Québec c. Chayer*, J.E. 2003-915 (C.A.) ; *Ordre des acupuncturistes (à suivre...)*

consultation des documents du Bureau de la concurrence permet de constater que les pratiques illégales en ligne sont en croissance⁴³.

Dans le même sens, il est intéressant de souligner qu'aux États-Unis, la *Federal Trade Commission* [FTC] a déjà jugé que certains référencement payants auprès de moteurs de recherche s'avéraient constitutifs de publicité trompeuse, puisqu'ils entraînent de la confusion dans l'esprit du public. La FTC a ainsi recommandé à sept moteurs de recherche que les résultats faisant suite aux requêtes des utilisateurs soient clairement distingués de ceux présentés en vertu de contrats commerciaux⁴⁴.

b. L'usage de la langue française

Le premier alinéa de l'article 58 de la *Charte de la langue française* [Charte] exige que la publicité commerciale se fasse en français. Le second alinéa atténue la règle en autorisant la publicité à la fois en français et dans une autre langue dans la mesure où le français y figure de façon nettement prédominante. Le *Règlement précisant la portée de l'expression « de façon nettement prédominante » pour l'application de la Charte de la langue française* indique que cette norme est respectée lorsque l'inscription en français est au moins deux fois plus grande que l'inscription dans une autre langue⁴⁵. Une distinction s'impose toutefois entre la publicité commerciale affichée – affichage commercial – et celle non affichée. Dans ce dernier cas, la publicité sera assimilée à des documents publicitaires⁴⁶ et elle pourra alors

(...suite)

teurs du Québec c. Lessard, J.E. 2003-624 (C.Q.). Pour une décision canadienne rendue par le Tribunal de la concurrence, voir : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, [2002] D.T.C.C. n° 22.

43. Raymond PIERCE, *Faire des affaires en ligne : La situation aux États-Unis et au Canada*, Bureau de la concurrence, 2001, [en ligne] à <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02190f.html>>.

44. *Commercial Alert Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs*, FTC, 2002, [en ligne] à <<http://www.ftc.gov/os/closings/staff/commercialalertattach.htm>>.

45. Enfin, certaines exceptions existent à la règle de la nette prédominance du français en matière d'affichage public et de publicité commerciale : *Règlement précisant la portée de l'expression « de façon nettement prédominante » pour l'application de la Charte de la langue française*, R.Q., c. C-11, r. 10.2, art. 22, 23, 24, 25(1) 1, 15 et 16.

46. Les catalogues, les brochures, les dépliants, les annuaires commerciaux et toute autre publication de même nature doivent être rédigés en français, art. 52 de la Charte.

s'effectuer sur un pied d'égalité entre le français et une autre langue⁴⁷.

Cette distinction est particulièrement importante pour le cyberconsommateur québécois. En effet, le contenu publicitaire des sites Internet – c'est-à-dire, tout ce qui contribue à faire connaître une entreprise, ses biens et ses services – devra être accessible en français *de façon au moins équivalente* à l'usage d'une autre langue. Selon l'Office québécois de la langue française, « [c]ette équivalence peut se matérialiser de diverses façons, mais elle suppose nécessairement que soit offerte la même information en français et dans toute autre langue (art. 91). Cependant, la présence d'une page d'accueil bilingue, tout en étant préférable à une page d'accueil unilingue anglaise, ne peut constituer une exigence en vertu de la loi. Par exemple, on peut accepter le recours à un lien dans une page d'accueil en anglais, conduisant à un site distinct et aussi complet en français »⁴⁸. Il en va de même pour les contrats en ligne, les boîtes de dialogue, les formulaires, les bons de commande, les factures, les reçus et quittances, soit « tout ce qui rend possible le commerce électronique »⁴⁹.

L'application de la Charte à la publicité dans Internet a déjà retenu l'attention des tribunaux québécois. Dans une décision, *Québec (P.G.) c. Waldie-Reid*⁵⁰, la question fondamentale énoncée par la requête était de savoir si l'obligation qu'impose l'article 52 s'applique également à la publicité commerciale dans Internet. En l'espèce, il était reproché aux défendeurs d'opérer leur site uniquement en langue anglaise, en omettant ainsi la version française. Indépendamment des questions de droit international privé qui feront l'objet d'une analyse plus approfondie dans la deuxième partie de ce travail, la présente décision est intéressante pour l'application du critère de l'équivalence fonctionnelle des supports⁵¹.

Dans une autre décision, *Québec (Procureur général) c. Hyperinfo Canada inc.*⁵², la société plaidait que l'exception de l'article 11

47. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Vivre en français*, [en ligne] à <<http://www.olf.gouv.qc.ca>>.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

50. J.E. 2002-1266 (C.Q.).

51. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, art. 2 ; *Québec (P.G.) c. Waldie-Reid*, précité, note 50.

52. J.E. 2002-199 (C.Q.).

s'appliquait à Internet et, par conséquent, le site pouvait être rédigé uniquement en anglais. Telle ne fut pas l'opinion du juge, selon qui « le champ d'application de l'article 11 du règlement est limité à des activités culturelles ou éducatives. Ainsi, les catalogues, brochures, dépliants et autres publications commerciales du même genre diffusés dans Internet pourraient être rédigés dans une autre langue que le français si ces publications sont relatives à une activité culturelle ou éducative »⁵³.

Il est intéressant de constater que la France impose également l'usage du français pour ses publicités écrites, parlées ou audiovisuelles⁵⁴. Toutefois, à la différence du Québec, aucune autre langue ne peut être utilisée de façon concomitante. Comme le souligne un auteur, « [l]a question la plus délicate demeure sans conteste celle de l'application de la loi [...] aux sites Web conçus en langues étrangères, tous par nature accessibles à partir du territoire français. Toute publicité est en effet susceptible d'être reçue et lue par les français, quelle que soit son lieu d'origine, ce qui impliquerait l'usage systématique du français. »⁵⁵

2. Les usages et les pratiques

En matière de commerce électronique, les droits canadien et québécois sont beaucoup moins interventionnistes que, par exemple, leurs homologues européens. À ce jour, outre la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵⁶ et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁵⁷, l'autoréglementation a joué un rôle important dans la régulation du commerce électronique.

L'autoréglementation permet de renforcer la confiance des consommateurs en les sécurisant sur l'intérêt pour l'industrie des problématiques liées à l'Internet. Le secteur de la cyberpublicité en comporte quelques exemples intéressants (b.). Il est aussi remarquable de constater que certains principes acquièrent une telle autorité, par leur usage général et prononcé, et la croyance à leur nécessité, qu'ils deviennent une norme du réseau. En matière de

53. *Ibid.*

54. *Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française*, J.O. 5 août 1994, p. 11392, art. 2.

55. Thibault VERBIEST, *op. cit.*, note 14, n° 78, p. 32.

56. Précitée, note 51.

57. L.Q. 2000, c. 5.

publicité, la défense du pollupostage abusif constitue un exemple éloquent (a.).

a. *L'interdiction du pollupostage abusif*

Il a été mentionné précédemment que l'envoi de courriels avait radicalement transformé le monde de la publicité. Bien que la télémercatique puisse aspirer à devenir l'une des applications commerciales les plus importantes d'Internet, cette technologie ne comporte pas que des avantages. La simplicité de l'outil permet l'excès, voire la démesure : « [l]'utilisation d'Internet pour le multipostage afin de promouvoir des produits et des services, bien qu'elle ne soit pas illégale, a suscité la colère de bien des consommateurs, a entraîné des pertes de temps précieux chez les employés d'organisations qui doivent supprimer des polluriels, a mis à l'épreuve les équipements des fournisseurs de services et a nui aux affaires des télémercaticiens légitimes »⁵⁸.

Selon une étude américaine récente, le coût du multipostage pour les entreprises mondiales serait de 20 milliards \$US et il connaîtra une croissance d'au moins 100 % par année :

[a]vec un environnement dans lequel pratiquement tout le monde peut acheter une liste de 25 millions d'adresses e-mail pour 25 dollars, et envoyer des courriels à ces 25 millions de personnes quasi gratuitement, ça ne devrait pas être une surprise que le « spam » soit devenu un tel fléau [...]. Le courriel indésirable a un coût directement quantifiable lorsqu'il s'agit de s'équiper en logiciels de filtrage ou en serveurs capables de gérer l'arrivée d'un nombre toujours croissant de messages. Il a également un coût en nombre d'heures passées par les techniciens à contenir le flot de « spam » sur les ordinateurs de l'entreprise.⁵⁹

Comment, dans un tel contexte, arriver à contrer cette épidémie ?

Depuis son apparition, la régulation du multipostage abusif a relevé de la nature d'un usage. En effet, le multipostage électronique

58. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Télémercatique : Offrir un choix au consommateur et créer des possibilités d'affaires*, Industrie Canada, 2003, [en ligne] à <<http://e-com.ic.gc.ca/epic/internet/inecic-ceac.nsf/vwGeneratedInterF/gv00189f.html>>.

59. « Le « spam » coûterait 20 milliards \$US aux entreprises », *Le Devoir*, 30 décembre 2003, p. B3.

était, et demeure, considéré comme une utilisation incorrecte et non acceptable d'Internet par la plupart des utilisateurs et fournisseurs de services. Cette pratique s'avère contraire à la netiquette, l'éthique du réseau.

La question est donc de savoir si l'existence d'un usage est suffisante pour assurer la protection des consommateurs québécois. Il importe en effet de reconnaître la difficulté d'application de ces normes volontaires et même du cadre juridique étatique, non seulement en raison du caractère transfrontière des transactions, mais également parce que les annonceurs et les publicitaires se cachent souvent derrière l'anonymat⁶⁰.

Le survol des droits étrangers permet en effet de constater que, tant en Europe que chez nos voisins américains, les législateurs ont senti le besoin d'intervenir pour contrer ce fléau. Ainsi, en Europe, après moult tergiversations, le pollupostage n'est aujourd'hui permis que si le consommateur a donné son consentement préalable (*opt-in*)⁶¹. Il est, de plus, intéressant de souligner que les États doivent aussi prendre des mesures afin que la personne qui envoie des courriels non sollicités consultent les registres comportant les noms des personnes non intéressées par cette forme de publicité et s'assurent du respect de leur volonté. En fait, la Directive européenne sur les contrats à distance dispose en son paragraphe 10(2) que « [l]es États membres veillent à ce que les techniques de communication à distance, autres que celles visées au paragraphe 1, lorsqu'elles permettent une communication individuelle, ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur »⁶². Le Conseil économique et social a également émis un avis en ce sens⁶³.

Aux États-Unis, l'article 5 de la *Federal Trade Commission Act* prohibe tous les « unfair or deceptive or practices in or affecting com-

60. La deuxième partie de ce texte traite des questions juridictionnelles en matière de cyberpublicité.

61. *Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*, [1994] J.O. L 24/1.

62. *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, [1997] J.O. L 144/19 [Directive européenne sur les contrats à distance].

63. *Avis du Comité économique et social sur la « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions – Sécurité des réseaux et de l'information : Proposition pour une approche politique européenne »*, [2002] J.O. C 48/33, n° 3.1.9.

merce »⁶⁴. Cette disposition ne réfère à aucun médium de communication, ce qui permet à certains auteurs d'avancer que la publicité dans Internet y est soumise⁶⁵. Toujours, chez nos voisins du Sud, une société a été condamnée récemment à une amende de deux millions de dollars pour avoir transmis des millions de messages publicitaires non sollicités par courrier électronique. Selon l'Associated Press, il s'agirait d'une première en Californie en vertu de la Loi anti-spam votée en 1998⁶⁶. En fait, les États-Unis ne sont pas en reste, puisque certains États ont adopté une législation spécifique interdisant les pourriels⁶⁷.

Le droit canadien protège d'abord les usagers par l'entremise de la législation traitant de la protection des renseignements personnels⁶⁸. Plus précisément, ces lois prohibent l'utilisation de renseignements personnels sans le consentement de l'intéressé, sous réserve de quelques exceptions⁶⁹. En ce qui concerne la transmission de courriels non sollicités, il est possible de croire que cette pratique viole ces dispositions⁷⁰. Notamment, la Loi fédérale, qui protège mieux les usagers du courrier électronique depuis janvier 2004 – puisqu'elle considère l'adresse électronique comme une information personnelle – s'applique maintenant à tous les organismes canadiens.

À cet égard, le sénat canadien a élaboré un projet de loi⁷¹ pour contrer le phénomène des pourriels. Selon le sénateur Oliver, ce projet vise à « protéger les citoyens et leur restituer le contrôle des messages qu'ils reçoivent sur Internet »⁷². D'une manière plus concrète,

64. 15 U.S.C. § 55(a).

65. Lawrence M. HERTZ, *loc. cit.*, note 39.

66. « Première condamnation en Californie dans le cadre de la loi anti-spam », *La Presse*, 27 octobre 2003.

67. À titre d'exemple, voir notamment : *Commercial Electronic Mail*, Wash. Rev. Code, §§ 19.190.010 à 19.190.050.

68. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, précitée, note 57.

69. *Ibid.*, art. 6 à 9.

70. Douglas J. SIMSOVIC, *loc. cit.*, note 18.

71. *Loi visant à empêcher la diffusion sur l'Internet de messages non sollicités*, Projet de loi S-15 (1^{re} lecture), 1^{re} session, 38^e législature (Can.) [Loi anti-pourriel]. Ce projet de loi avait été déposé lors de deux sessions précédentes, soit lors des deuxième (Projet de loi S-23) et troisième sessions de la 37^e législature (Projet de loi S-2). Voir également, RADIO-CANADA, « Ottawa veut combattre les pourriels », 3 février 2004, [en ligne] à <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Index/nouvelles/200402/03/018-pourriel-loi-robillard.shtml>>.

72. *Débats du Sénat*, vol. 140, n^o 77 (24 septembre 2003) p. 1901 (Donald H. Olivier).

la future *Loi anti-pourriel* suggère d'abord l'implantation d'un Conseil de la protection des consommateurs sur Internet⁷³, administré par l'Association canadienne des fournisseurs Internet et supervisé par le ministère fédéral de l'Industrie. Ce conseil aura pour mission de favoriser la collaboration des membres (fournisseurs Internet) et de les inciter à la création de filtres anti-pourriels. Également, le gouvernement devra faire rapport annuellement de ses consultations auprès de gouvernements d'autres pays. Il est également possible pour le destinataire d'un message de demander à ne plus recevoir de pourriels en insérant son nom sur une liste anti-pourriel⁷⁴ ; cette liste ne peut toutefois protéger que les messages en provenance d'un expéditeur canadien, excluant ainsi la plupart des messages !

Outre ces dispositions ainsi qu'un environnement juridique de droit commun, plusieurs directives ou normes développées de manière volontaire ont tenté de répondre à ce problème. Notamment, plusieurs fournisseurs d'accès Internet incluent à leur code de conduite de telles normes qui visent à interdire l'envoi de courriels non sollicités⁷⁵.

Pour compléter ces développements consacrés à la responsabilisation du milieu, la prochaine section présentera certains exemples de codes de conduite s'intéressant à la publicité en ligne.

b. Les codes de conduite

Dès 1998, la Chambre de commerce international [CCI] a mis sur pied un *Code de pratiques loyales en matière de publicité*⁷⁶. Cet instrument a été adapté à Internet ainsi qu'à tous les services en

73. *Loi visant à empêcher la diffusion sur l'Internet de messages non sollicités*, précité, note 51, art. 4.

74. *Ibid.*, art. 8.

75. À titre d'exemples, mentionnons le fournisseur d'accès Internet canadien Sympatico qui édicte, dans son code, une interdiction du « spamming » en prohibant à ses usagers la transmission de messages électroniques non sollicités à caractère commercial ou l'entreprise de publipostages de masse. (par. 262). Les fournisseurs américains AT&T, MCI et CompuServe font de même. Voir : ÉRIC LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », (2000) 6 *Lex Electronica*, [en ligne] à <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/labbe.htm>>.

76. CCI, *Code international de pratiques loyales en matière de publicité*, 1997, [en ligne] à <http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/translations/pratiques_en_matiere_de_publicite.asp>.

ligne. Dans le même sens, la CCI a également établi les *Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet*⁷⁷. Ces outils visent à « renforcer la confiance de l'ensemble du public dans la publicité et le marketing utilisant les nouveaux systèmes interactifs »⁷⁸, et insistent sur la nécessité pour les professionnels de dévoiler leur identité⁷⁹.

Toujours sur le plan international, l'Organisation de Coopération et de Développement Économique [OCDE] a émis en 2003 un nouveau code de conduite destiné à « favoriser la coopération internationale dans la lutte contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses »⁸⁰. Ces règles, qui sont applicables au commerce électronique, complètent aisément les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*⁸¹ adoptée par l'OCDE en 1999. L'article II-A de ce nouveau code de conduite est particulièrement éloquent. Il mentionne que les États membres doivent prévoir :

1. Des mesures efficaces, d'une nature et d'un niveau propre à dissuader les entreprises et les particuliers de se livrer à des pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses.
2. Des mécanismes efficaces pour rechercher, préserver, recueillir et échanger les informations et preuves pertinentes se rapportant à des cas de pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses.
3. Des mécanismes efficaces pour mettre un terme aux agissements des entreprises et des particuliers qui se livrent à des pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses.

77. CCI, *Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1998, [en ligne] à <http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp>.

78. *Ibid.*, « Introduction ».

79. *Ibid.*, art. 2.

80. OCDE, *Les lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*, 2003, art. I-A, [en ligne] à <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/33/2956464.pdf>>.

81. OCDE, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, C(99)184/FINAL, 1999, [en ligne] à <<http://www.oecd.org>>.

4. Des mécanismes efficaces pour assurer une réparation aux consommateurs victimes de pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses.

Malgré ces modèles, le Canada fait moins bonne figure que les États-Unis en la matière⁸². La publicité en ligne est à peine effleurée par les codes de conduite existants.⁸³ Toutefois, dès 1997, le Code de déontologie des normes de pratique de l'Association canadienne du marketing était modifié pour inclure les normes qui visaient l'arrêt de courriel non sollicité ; ces normes ont été modifiées plus récemment en décembre 2003 et sont en vigueur en 2004⁸⁴. Les modifications de 1997 incluaient également des dispositions sur la cueillette et l'usage des renseignements à caractère privé ainsi que l'usage de témoins (« cookies »). Les modifications de 2003 au sujet des pourriels exigent l'identification de l'annonceur, le consentement de l'utilisateur, et surtout l'interdiction de publicité mensongère⁸⁵. Enfin, le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique⁸⁶ a élaboré les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*⁸⁷. Le premier prin-

82. Pour plus de détails, consulter les lignes directrices de la FTC [en ligne] <<http://www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm>>.

83. NORMES CANADIENNES DE LA PUBLICITÉ, *Code canadien des normes de la publicité*, 2003, [en ligne] à <<http://www.adstandards.com/fr/Standards/adstandards.asp>>.

84. ASSOCIATION CANADIENNE DU MARKETING, *Code de déontologie de Normes de pratique de l'Association canadienne du marketing*, 2004, en ligne à <http://www.the-cma.org/french/ethics_1.cfm>. Pour une explication détaillée de ces modifications, voir [en ligne] : <<http://www.the-cma.org/consumer/emarketing.cfm>>.

85. *Ibid.*, Section E4.1.

86. Les membres de ce groupe sont les suivants : Action réseau consommateur; Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada; Association canadienne de la technologie de l'information; Association canadienne des fournisseurs Internet [ACFI]; Association canadienne du marketing; Association des banquiers canadiens; Association des consommateurs du Canada; Bureau de la concurrence (Industrie Canada); Bureau de la consommation (Industrie Canada); Centre pour la défense de l'intérêt public; Conseil canadien du commerce de détail; CSA International; Fondation des normes de télévision par câble; Ministère de la Consommation et du Commerce, gouvernement de l'Ontario, Ministry of Government Services; Consumer Affairs Division, gouvernement de l'Alberta, Office de la protection du consommateur, gouvernement du Québec; Option consommateurs.

87. GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*, Association du Barreau canadien, août 1999, [en ligne] à <<http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principesf.pdf>>.

cipe énonce que « les consommateurs devraient être informés de manière claire et suffisante afin d'exercer un choix éclairé quant à l'opportunité et la façon de faire un achat ».

Dans certaines provinces canadiennes, ces principes sont transposés dans les corpus législatifs. La *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*⁸⁸ de l'Ontario prévoit qu'un fournisseur qui désire faire affaire en ligne avec un consommateur doit lui divulguer « les renseignements prescrits avant de conclure une convention électronique avec lui » et doit lui donner la possibilité expresse « d'accepter ou de refuser la convention et de corriger les erreurs immédiatement avant de la conclure »⁸⁹. Notamment, le Manitoba⁹⁰, la Saskatchewan⁹¹, l'Alberta⁹², la Colombie-Britannique⁹³, et la Nouvelle-Écosse⁹⁴ ont également adopté une législation similaire. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec est silencieuse à cet égard.

Aux États-Unis, la FTC a développé une panoplie de lignes directrices et autres normes semblables afin de protéger les consommateurs qui accèdent à des sites Internet. Notamment, ces lignes concernent les ventes pyramidales, les courriels non sollicités et les ventes aux enchères, par exemple⁹⁵.

D'autres organismes ont également mis sur pied des codes de conduite visant à régir certaines pratiques en matière de publicité. C'est le cas de la Fédération Européenne de Marketing Direct [FEDMA] qui a conçu un code devant être utilisé comme un document de référence dans le cadre des diverses législations applicables. Les membres de la FEDMA s'engagent à respecter les normes établies par ce code, sous réserve cependant de toujours se conformer aux législations nationales ou aux dispositions d'autorégulation applicables⁹⁶.

88. L.R.O. 2002, c. 30, Ann. A. Cette loi n'est pas encore entrée en vigueur.

89. *Ibid.*, art. 38(1)(2).

90. *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M., c. C200, art. 129(1).

91. *An Act to amend the Consumer Protection Act*, P.L. 20, 2002, art. 75.52(1).

92. *Fair Trading Act*, c. F-2 donnant le pouvoir au Ministre d'adopter des règlements (art. 42) tels que le *Internet Sales Contract Regulation*, AR 81/2001, art. 4.

93. *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, art. 46 et 47.

94. *Internet Sales Contract Regulations*, O.I.C. 2002-327, N.S., Reg. 91/2002, art. 3 et 4.

95. Pour plus de détails, consulter les lignes directrices de la FTC [en ligne] à <<http://www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm>>.

96. Donatien CASSIERS, « Publicité et marketing direct : un nouveau code de conduite européen », *Droit & nouvelles technologies*, 22 juillet 2003, [en ligne] à <<http://www.droit-technologie.org>>.

Enfin, la labellisation des sites représente un autre exemple de responsabilisation des entreprises⁹⁷. Cette labellisation constitue une forme de sceau de certification d'un site émise par une autorité quelconque, de préférence indépendante comme la Chambre des notaires, une chambre de commerce, ou une autorité gouvernementale⁹⁸. Elle trouve son utilité dans la possibilité de rassurer l'utilisateur d'un site de la qualité de celui-ci, notamment lorsqu'il utilise une communication sécurisée par une signature électronique – achat et paiement en ligne. Un des problèmes posés par la labellisation repose sur la qualité de l'agent émetteur du sceau⁹⁹. Si l'émission de tels sceaux par la Chambre des notaires ne pose pas de problème *per se*, il peut en aller autrement à l'égard d'autres émetteurs. Afin de protéger l'utilisateur d'un site, l'idée d'utiliser une structure hiérarchique a été avancée, mais son implantation demeure problématique¹⁰⁰. Un autre problème consiste en l'utilisation d'un sceau fictif par une entreprise. Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* ne contenant aucune mesure en réponse à cette situation, il faut se tourner vers le droit commun afin de tenter de trouver une solution.

Après avoir effectué une revue du cadre légal applicable à la publicité en ligne, la prochaine partie traitera des nouvelles questions juridiques posées par l'environnement électronique.

II. LES LIMITES DE LA LÉGISLATION NATIONALE ET LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR

En principe, la cyberpublicité devrait permettre à la concurrence de s'épanouir davantage car le réseau Internet centralise la rencontre d'offres provenant de tous les coins du globe, facilitant ainsi l'accès au marché international et à quelques centaines de mil-

97. Voir par exemple : TRUSTe, [en ligne] à <<http://www.truste.com>> et Web Trust, en ligne à <<http://cica.ca>>.

98. Vincent GAUTRAIS, « La certification de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur », (1999) 3 *Ubiquité* 91 ; « La labellisation et le filtrage des sites web », (2000) 125 *C.S.A.* 14.

99. Vincent GAUTRAIS, « L'encadrement juridique du « cyberconsommateur » québécois », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 298.

100. Marc LACOURSIÈRE, « La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impact des autorités de certification », (2001) 42 *C. de D.* 961, 979-982 ; Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 365, 2002, n° 447, p. 278.

lions de clients potentiels. Puisque le cyberespace permet de présenter aux consommateurs un plus grand éventail de choix, on pourrait penser que cela les amène aussi à donner leur consentement de façon plus éclairée : les informations qui sont véhiculées sur Internet peuvent être plus complètes, les produits offerts plus facilement comparés et les informations inexactes, plus rapidement corrigées. Toutefois, la virtualité de ce nouveau moyen de communication comporte aussi son lot d'inconvénients. Elle permet aux fraudeurs de cacher leur identité, de changer rapidement de juridiction et même d'effacer toute preuve de leurs méfaits. Ce qui amène à s'interroger sur les confins du droit positif.

L'encadrement actuel peut-il faire face aux potentialités de la cyberpublicité ? La législation existante peut-elle assurer une protection adéquate au cyberconsommateur ? Plus spécifiquement, il s'agira de savoir comment les règles de droit international privé peuvent être mises en œuvre dans ce contexte d'immatérialité et de relations interétatiques (A.), et de s'assurer, dans un second temps, de la responsabilité des différents intervenants (B.).

A. L'application des lois dans le cyberespace

Puisque le cyberespace n'est pas une terre sans lois, il importe de savoir généralement si le droit international privé québécois est adapté au cybercommerce et s'il peut répondre adéquatement aux questions qui se posent en matière de cyberpublicité trompeuse et aux litiges susceptibles de survenir. Plus spécifiquement appliqué à la cyberpublicité, il s'agira de connaître la juridiction compétente (1.), le droit applicable (2.) et les conséquences associées aux infractions pénales commises dans le cyberespace (3.).

1. La compétence juridictionnelle

Lorsqu'il s'agit de déterminer quel tribunal est compétent pour trancher une question relative à la cyberpublicité, le rattachement subsidiaire relatif au domicile du défendeur peut s'avérer d'application artificielle compte tenu de la mobilité des personnes dans un contexte de mondialisation.

En matière de consommation, une règle de rattachement particulière est prévue au C.c.Q.¹⁰¹, mais elle est conditionnelle à l'existence d'un contrat. Ainsi, un consommateur impliqué dans une transaction conclue par le biais d'Internet et impliquant un commerçant étranger¹⁰² pourra toujours saisir les autorités québécoises, et ce, malgré toute convention contraire : « Comme on le constate, la compétence internationale québécoise résultant de ces règles est très large. Elle couvrira notamment le cas du touriste québécois ayant contracté à l'étranger »¹⁰³.

Il est intéressant de se demander si, par le jeu des rattachements juridictionnels prévus au C.c.Q. et analysés parallèlement aux règles concernant la reconnaissance des jugements étrangers¹⁰⁴, un cyberconsommateur québécois pourrait se voir opposer un jugement rendu contre lui à l'étranger. Le principe est à l'effet qu'en présence d'un contrat de consommation, tant le *domicile* que la *résidence* québécoise du consommateur fonderont la compétence des autorités québécoises¹⁰⁵. L'inverse n'est toutefois pas vrai. En effet, bien qu'un jugement rendu en matière de contrat de consommation dans une juridiction autre que celle du *domicile* du consommateur ne soit pas reconnu par les autorités québécoises¹⁰⁶, la simple résidence québécoise n'y fera pas obstacle. Que le Québec constitue la résidence ou le domicile du consommateur est une

101. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation [...] si le consommateur [...] a son domicile ou sa résidence au Québec ; la renonciation du consommateur [...] à cette compétence ne peut lui être opposée, art. 3149 C.c.Q.

102. « La possibilité pour l'entreprise d'être [poursuivie] devant le tribunal de l'État du domicile du consommateur n'est rien d'autre que la contrepartie logique de l'avantage qu'offre l'outil Internet. Une entreprise peut en effet, à moindre coût, réaliser une publicité et donc une opération promotionnelle de vaste envergure. [...] Le consommateur reste une partie en situation de faiblesse potentielle et ne doit pas se voir imputé le coût et les difficultés d'un procès orchestré dans un État autre que celui de son domicile » Anne MARMISSE, « Conflit de juridictions, commerce électronique et consommateur en Europe », dans *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique*, Paris, Litec, 2000, p. 87.

103. Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la consommation (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 210.

104. Art. 3168(5°) *in fine* C.c.Q. : « [...] cependant, la renonciation du consommateur [...] à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée ».

105. Art. 3149 C.c.Q.

106. À moins que le consommateur n'ait reconnu la compétence de ce tribunal étranger en cours d'instance, art. 3168(6°) C.c.Q.

question de faits¹⁰⁷ à débattre au moment de la procédure d'*exequatur*. Par exemple, un étudiant français, établi au Québec pour la durée de ses études universitaires, ayant contracté avec un cybercommerçant belge durant son séjour au Québec et ayant renoncé à la compétence des autorités québécoises pourrait possiblement se voir opposer un jugement rendu en France¹⁰⁸.

Cet exemple illustre la fragilité du facteur de rattachement en ce qui a trait à la reconnaissance des jugements étrangers en matière de cybercommerce. Ce facteur de rattachement est critiquable puisque « [l]a résidence, définie comme lieu où séjourne habituellement une personne est un critère plus pragmatique que la notion de domicile. Le domicile est en effet le siège des intérêts juridiques de la personne qui ne coïncide pas forcément avec son lieu d'établissement effectif »¹⁰⁹. Cette affirmation prend d'autant plus de sens si elle est considérée en relation avec le phénomène de la mondialisation et de la mobilité des personnes, et fragilise les fondements du facteur de rattachement relatif au domicile, omniprésent en droit international privé québécois.

L'inadéquation des règles actuelles relatives au rattachement juridictionnel en matière de consommation repose sur le fait qu'elles ignorent la question de la localisation des acteurs, laquelle s'est posée devant les tribunaux qui ont refusé de considérer l'emplacement du serveur comme facteur de rattachement juridictionnel :

The Internet can be considered by analogy to the other means of communication, such as newspapers. As a result, [...] the present action can be instituted in the place of the Plaintiffs residence, as the material of Hudson's website is available not only here but worldwide, as in the case of any Internet site.

The location of the server which electronically maintains Hudson's website is irrelevant. Hudson is resident here in Quebec – he cannot hide behind the place of origin of his server in order to avoid the legal consequences of his statements [...].¹¹⁰

107. Notons que l'intention d'y faire son principal établissement est le facteur qui distingue le domicile de la résidence, art. 75 à 77 C.c.Q.

108. Dans ce cas, la loi appliquée serait fonction des règles de rattachement normatif prévues au droit international privé français.

109. Anne MARMISSE, *loc. cit.*, note 102.

110. *Investors Group Inc. c. Hudson*, [1999] R.J.Q. 599 (C.S.).

Bien qu'un tel constat vise à assurer la localisation réelle d'une partie et non la localisation virtuelle, il semble que parfois, la localisation du serveur puisse être pertinente, notamment en matière d'infractions pénales ou encore lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité des intermédiaires.

En définitive, il apparaît que les règles de rattachement juridictionnel ne sont pas adaptées à la réalité du cyberspace puisque « [l]es règles de compétence judiciaire sont toujours fondées sur la notion de territoire, or en pratique, certains sites Web ne comportent pas d'information relative à leur localisation physique »¹¹¹. Il importe de considérer le droit international du cybercommerce en fonction de facteurs de rattachement qui tiennent compte, d'une part, de l'émetteur de l'information ainsi que des divers intermédiaires et, d'autre part, du récepteur de cette information, soit la personne ciblée¹¹². Ainsi, en matière de cyberpublicité trompeuse, il s'agirait de déterminer la juridiction du publicitaire, puis de se demander dans quelle(s) juridiction(s) se trouvent les cyberconsommateurs potentiels, susceptibles d'accepter l'offre de contracter.

Bien que le facteur de rattachement relatif au domicile ou à la résidence assure à tous les consommateurs le droit de saisir les autorités québécoises en matière de contrat de consommation, la loi applicable au litige sera déterminante quant à la sanction de leurs droits.

111. Éric A. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris, Éditions du Jurisclasseur, 2002, p. 19.

112. « Une autre idée a également été proposée : celle consistant à intégrer dans la règle de conflit de juridiction la notion de « cible » (*target*). Si l'entreprise a ciblé particulièrement les consommateurs d'un pays ou d'un autre, il serait alors cohérent d'admettre la compétence des tribunaux de ce pays pour les consommateurs résidents sur son territoire. En revanche, si le professionnel utilise un site non-sophistiqué, c'est-à-dire ne permettant pas de cibler certains consommateurs, aucune conclusion particulière ne pourrait en être tirée du point de vue de la compétence juridictionnelle. Toutefois, cette évolution a été critiquée par un certain nombre d'experts et, pour le moment, ne fait pas encore l'unanimité » : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale ; Rapport des travaux rédigé par Catherine Kes-sedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada*, Ottawa, 2000, [en ligne] à <<http://www.hcch.net/doc/jdgmndp12.doc>>. Voir de plus : Michael GEIST, « Is There a There There ? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction », (2001) 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345.

2. *Le droit applicable*

En matière de contrat de consommation, le droit international privé québécois prévoit un rattachement normatif particulier qui, appliqué au cyberspace, laisse présager divers problèmes d'ordre sémantique et pratique.

L'article 3117 C.c.Q. dispose à cet effet que :

Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation.

Soulignons, tout d'abord, que la situation visée par cette disposition implique une relation avec un consommateur « passif ». Il s'agit des « situations où le commerçant s'est déplacé vers la résidence du consommateur, notamment pour le solliciter »¹¹³. À ce sujet, Éric Caprioli était justifié de se demander « [...] comment le consommateur pourra [...] prouver que le contrat a été précédé d'une sollicitation du professionnel chez lui ? Et d'ailleurs, qu'est-ce qu'une publicité ou une proposition spécialement faite sur l'Internet ? »¹¹⁴.

Il convient également de noter que le législateur reconnaît le droit, pour tous les consommateurs, à une protection au moins équivalente à celle que leur confère la loi de leur résidence lorsqu'une clause d'élection de droit a été aménagée au contrat. Cela se traduit, pour les cyberconsommateurs qui résident au Québec,

113. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2003, Chapitre I, Section 2 (2.)(2.1), [en ligne] à <<http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>>.

114. Éric A. CAPRIOLI, *op. cit.*, note 111, p. 49.

par l'assurance de jouir de la protection que leur confère la *Loi sur la protection du consommateur* si ces deux conditions sont remplies :

1. la conclusion du contrat a été précédée, au Québec, d'une offre spéciale ou d'une publicité¹¹⁵; et
2. les actes nécessaires à la conclusion du contrat ont été accomplis au Québec par le consommateur ou la commande du consommateur a été reçue au Québec.

Dans ce cas, le juge devra ensuite procéder à un examen comparatif entre la loi désignée au contrat et la *Loi sur la protection du consommateur* afin de s'assurer que la loi désignée confère au cyberconsommateur une protection au moins équivalente à la *Loi sur la protection du consommateur*. En l'absence de clause d'élection de droit, et en présence d'un cyberconsommateur résidant au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* s'appliquera *de facto* si les deux mêmes conditions sont remplies. À défaut, le juge devra faire l'exercice afin de déterminer la loi ayant les liens les plus étroits, selon les circonstances. En ce qui a trait à la loi applicable à la cyberpublicité, « [c]e lien important et réel [...] pourrait être la destination de l'information »¹¹⁶.

La question qui se pose est celle de savoir si, au terme des diverses controverses entourant le statut à accorder à la *Loi sur la protection du consommateur*, elle se qualifie comme règle d'application nécessaire¹¹⁷. En accordant à la *Loi sur la protection du consommateur* le statut de règle d'application immédiate (ou nécessaire), on suppose que « [l]es lois visant à restaurer l'égalité entre les parties contractantes et en particulier à protéger les contractants faibles.

115. *Ibid.* « [L]a publicité ou la proposition spécialement faite à l'intention d'un consommateur étranger peut se déduire notamment de l'emploi de la langue du pays visé sur le site du commerçant en ligne. Dès lors, le cocontractant professionnel devrait assumer les conséquences d'une telle proposition et accepter le risque de voir appliquer au contrat une loi qui n'est pas la sienne. »

116. *Québec (P.G.) c. Hyperinfo Canada inc.*, précité, note 52.

117. Il s'agit d'une « [...] règle de droit interne qui s'applique à une situation comprenant un élément d'extranéité sans référence aux règles de conflit, cela parce que le législateur estime le but social de la loi en cause suffisamment important pour écarter tout recours au droit étranger. » Ethel GROFFIER, « Le droit international privé et la protection du consommateur », (1982) 42 *R. du B.* 837 ; art. 3076 C.c.Q. : « Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier ».

[...] sont impératives, de sorte qu'elles s'appliquent à *tous les contrats*, même s'il y a incompatibilité »¹¹⁸. En outre, on accepte de donner une portée extraterritoriale aux lois nationales, ce qui, en droit international privé, constitue un accroc au principe de la territorialité des lois. Toutefois, si l'on refuse de reconnaître à la *Loi sur la protection du consommateur* un caractère impératif¹¹⁹ et d'application immédiate, on se retrouve devant des situations qui paraissent encore plus problématiques en termes de protection du consommateur. En effet, lorsque le cyberconsommateur sollicite lui-même le cybercommerçant (par exemple en visitant son site Internet, domicile virtuel), il ne pourra jouir de la protection immédiate de la *Loi sur la protection du consommateur*, qu'il y ait ou non une clause d'élection de droit.

Une fois que les règles de rattachement normatif ont permis d'identifier la loi qui s'applique au contrat, il est alors possible de déterminer à quels impératifs devait se plier le cybercommerçant publicitaire au moment de la phase précontractuelle. Puisque c'est « [l]a loi contractuelle [qui] régit normalement les règles relatives à la formation et à la validité du contrat [...], [c]elle-ci [devrait aussi] gouverner en principe les règles de publicité précontractuelle et tout le formalisme contractuel [...]. Il en est ainsi pour les obligations de publicité découlant d'une obligation d'informer de bonne foi le consommateur »¹²⁰.

Cette mise en lumière des principes de rattachement juridictionnel et normatif ne peut cependant être transposée en matière pénale, puisque :

[...] au sein des dispositions de nature administrative qui imposent un comportement aux particuliers, il faut distinguer celles qui entraînent des effets de droit privé (annulation d'un contrat, interdiction de recevoir une commission, etc.) de celles qui ne touchent que les rapports entre un État et un particulier. Les premières sont en effet suscepti-

118. *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 522 [nos italiques].

119. Ainsi s'exprimait, avec lucidité, le professeur Goldstein à ce sujet : « pourquoi écarter la loi – étrangère – de la résidence du consommateur lorsqu'elle est plus protectrice pour lui que la loi québécoise ? La qualification de « règle d'application nécessaire » de certaines dispositions de la L.p.c. aurait comme conséquence d'écarter pour toujours, en principe, l'utilisation de l'article 3117 [...] lorsque ces dispositions seraient concernées » : Gérald GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 103, p. 179.

120. *Ibid.*, p. 192 et 193.

bles d'entrer en conflit avec une autre loi étatique (par exemple celle choisie par les parties), donc appartiennent au conflit de lois, et en conséquence, sont susceptibles d'être qualifiées de règles d'application nécessaire. Par contre, les secondes ne jouent pas dans un domaine où les conflits de lois sont possibles. [...] Elles appartiennent à la sphère des compétences exclusives de chaque État.¹²¹

Il conviendra ainsi d'aborder le cas des infractions pénales et notamment de déterminer où se situe la sphère de compétence des tribunaux québécois en matière de cyberpublicité.

3. *Les infractions pénales*

En matière de cyberpublicité, l'interdiction générale de fausses représentations et de représentations trompeuses constitue un délit, tant en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* que de la *Loi sur la concurrence*. En cette matière, le fondement de l'attribution de juridiction repose sur la localisation du cybercommerçant ou du cyberpublicitaire fautif¹²². Toutefois, il semble que le lieu de la commission de l'infraction puisse aussi donner juridiction aux tribunaux québécois¹²³. Cela confère donc la possibilité au poursuivant de « [...] dissocier le lieu de la réalisation matérielle de l'infraction de celui où elle produit ses effets, ce qui donne aux tribunaux [...] une très large compétence »¹²⁴. Il s'agit donc de s'interroger à partir de quel moment un cybercommerçant étranger doit respecter les dispositions québécoises en circonscrivant le *territoire* québécois dans le monde virtuel (a.), puis, s'il est possible de s'exonérer par l'utilisation de moyens technologiques (b.).

a. *Le principe de territorialité des lois*

Le principal rapport susceptible de donner lieu à des recours judiciaires concerne le respect des dispositions pénales. La *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur la concurrence* ainsi que la Charte prévoient toutes des sanctions pénales en cas de contraven-

121. Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé : Théorie générale*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 99 et 100.

122. À ce sujet, le *Code de procédure pénale* prévoit à son article 142 : « Une poursuite pénale est intentée, au choix du poursuivant, dans le district judiciaire où le défendeur : [...] 2^o a sa résidence ou son siège ou l'un de ses établissements [...] ».

123. Art. 142 du *Code de procédure pénale* : « [...] dans le district judiciaire où le défendeur (1^o) a commis l'infraction [...] ».

124. Éric A. CAPRIOLI, *op. cit.*, note 111.

tion. Quant à savoir si les tribunaux québécois ont compétence pour assurer leur application, poser la question c'est y répondre. Dans ces cas, l'exercice doit se faire en se demandant d'abord si celui que l'on soupçonne d'avoir enfreint ces lois y est soumis, puis, dans l'affirmative, ce constat confère implicitement compétence aux tribunaux québécois, seuls détenteurs du pouvoir de faire respecter les lois sur le territoire. Ainsi, on se demandera quelles conditions un commerçant présent dans le cyberspace peut contrevenir à ces lois ? Comment déterminer le territoire¹²⁵ dans le cyberspace ? Le juge Benoît de la Cour du Québec s'est penché sur cette question dans la décision *Hyperinfo* :

Il m'apparaît que le lien de rattachement en matière d'infraction commise par la diffusion d'information sur le Web pourrait être l'établissement d'un lien réel et important avec le territoire du Québec. [...] Ainsi, si l'information vise en tout ou en partie le marché du Québec, il pourrait y avoir un lien de rattachement pour permettre l'application du principe de la territorialité et ainsi pourrait théoriquement soumettre un diffuseur étranger aux lois du Québec même si ce dernier n'a pas de place d'affaire au Québec.¹²⁶

De même, dans la décision *Convectair*¹²⁷, qui portait sur un recours en matière de contrefaçon de nom de domaine, le tribunal s'exprimait ainsi :

[S]erait-il logique que chaque consommateur induit en erreur par la confusion créée par [la compagnie] puisse poursuivre cette dernière devant le tribunal de son propre domicile ; ce serait faire fi des règles de procédure, soumettre [la compagnie] à un fardeau énorme et encourager une multiplicité de recours qui en bout de ligne ne sont pas dans l'intérêt de la justice. Les principes de base qui guident le fondement de la responsabilité enseignent qu'il faut rechercher les faits générateurs de droit plutôt que la source de l'obligation.

Ces positions semblent diverger quant à la possibilité de soumettre un diffuseur étranger aux lois québécoises (ou canadiennes). Toutefois, l'argument voulant que le diffuseur étranger puisse être exonéré du seul fait que plusieurs recours judiciaires lui seraient potentiellement opposables ne peut être retenu et n'est pas reconnu comme moyen d'exonération en droit pénal. Dans leur évaluation de

125. L'article 143 du *Code de procédure pénale* dispose que : « l'infraction qui est [...] commencée dans un district et terminée dans un autre, est réputée commise dans l'un ou l'autre de ces districts ».

126. *Québec (P.G.) c. Hyperinfo Canada inc.*, précité, note 52, p. 4.

127. *Convectair N.M.T. inc. c. Ouellet Canada*, [1999] R.J.Q. 1430 (C.S.).

l'assujettissement d'un annonceur aux lois pénales québécoises, les juges doivent se limiter aux effets probables de la cyberpublicité sur les consommateurs québécois, en tenant compte par exemple de la langue utilisée, du pays d'origine de l'annonceur et d'autres indices explicites ou implicites de la clientèle visée, ou qu'elle peut raisonnablement atteindre¹²⁸.

À ce jour, les tribunaux québécois¹²⁹ – sans pouvoir parler de jurisprudence – ont élaboré certains paramètres qui permettent d'appliquer les lois canadiennes et québécoises dans le cyberspace. D'abord, il est question des annonceurs étrangers dont les « [...] agissements [...] ont lieu à l'étranger mais [dont] les répercussions se font sentir au pays. [...] »¹³⁰. D'autre part, les tribunaux ont souvent eu recours aux principes d'interprétation des lois voulant que les lois du parlement s'appliquent à tout fait qui a cours à l'intérieur des frontières du territoire sur lequel il a juridiction (principe de la territorialité des lois). À ce sujet, la question de la territorialité des lois pose un problème plus complexe que celui de la recherche de l'intention du législateur : « [I]l suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada [...], [c'est-à-dire] qu'il y ait un « lien réel et important » entre l'infraction et notre pays »¹³¹. Ainsi, peut-on affirmer que le *cyberterritoire* canadien, non défini en législation, puisse faire l'objet d'autant d'interprétations subjectives qu'il y aura de litiges à propos de l'application des lois pénales dans le cyberspace. Dans l'incertitude, plusieurs cybermarchands tentent d'écarter l'application des lois pénales canadiennes et québécoises à leurs activités en aménageant des mécanismes d'exclusion.

b. Les tentatives d'exclusion

Dans le cas d'une publicité destinée à un public étranger, un publicitaire québécois pourrait être tenté de bloquer l'accès à son

128. Ce critère s'inspire du libellé de l'article 74.05(3) de la L.c. qui dispose que : « pour l'application du présent article, la publicité (sur le prix de vente) ne vise que le *marché qu'elle peut raisonnablement atteindre* [...] » [nos italiques].

129. *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 195 ; *Québec (P.G.) c. Hyperinfo Canada inc.*, précité, note 52 ; *Québec (P.G.) c. Waldie-Reid*, précité, note 50.

130. Dominique BURLONE, « Les défis de la mondialisation du commerce et la politique de concurrence au Canada », Bureau de la concurrence, 2001, [en ligne] à <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/burlone-10-05f.pdf>>.

131. *R. c. Libman*, précité, note 129. Voir de plus : *Prescriptions 4us Inc. c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [2004] R.J.Q. 2194 (C.S.) (appel rejeté).

site Internet ou à ses cyberpublicités au moyen d'outils technologiques de reconnaissance des utilisateurs québécois. Il pourrait aussi aménager une clause avisant les consommateurs québécois que la publicité ne leur est pas destinée. Toutefois, il est peu probable qu'une telle clause lui permette de s'exclure de l'application de la loi. En effet, puisque la L.p.c. est une loi d'ordre public, tout commerçant québécois y est soumis, même si la promotion de ses produits et services ne s'adresse qu'à un public étranger. L'intention du législateur étant certainement de soumettre tout commerçant québécois à ses dispositions de manière à protéger tout consommateur québécois. À ce sujet, ainsi s'exprimait le juge Benoît dans la décision *Hyperinfo* :

Il n'est pas permis à un individu de déroger soit par voie contractuelle ou par son action ou omission aux dispositions d'une loi ayant un caractère d'ordre public. [...] Dans l'espèce, le législateur avait l'intention [...] de sanctionner les manquements aux diverses obligations faites tant aux citoyens qu'aux corporations. [I]l n'est pas possible de se soustraire à l'application d'une loi d'intérêt public. La mise en garde apposée par la défenderesse n'a pas d'effet juridique et ne constitue pas une dérogation valide à l'application de la Loi.¹³²

Il est donc peu probable qu'un annonceur québécois, bien que visant effectivement une clientèle étrangère, puisse se soustraire aux dispositions de la loi par un avertissement ou une mise en garde.

En somme, l'orchestration de cette activité virtuelle dépend nécessairement de l'intervention humaine. L'information véhiculée est transmise par une personne à travers le cyberspace et l'information reçue, pour qu'elle ait un sens et une portée, le sera aussi par une personne physique. Ainsi, « [l]a « personne virtuelle » n'est que l'avatar d'une personne physique localisée dans un État : l'Internet n'élimine donc pas tous les facteurs de rattachement »¹³³. Cette constatation simple, voire simpliste, est en quelque sorte le passage obligé pour quiconque entend démontrer que les objectifs protecteurs des lois statutaires doivent aussi viser les activités du cyberspace. La dématérialisation des échanges n'anéantit pas pour autant le concept de personne vulnérable. Puisque tout ce qui circule dans le cyberspace peut potentiellement être consulté par le public québécois, la question de juridiction des tribunaux québécois

132. *Québec (P.G.) c. Hyperinfo Canada inc.*, précité, note 52.

133. Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 15.

devra sans doute faire l'objet d'un éclaircissement législatif dans les années à venir, surtout en matière pénale. Il faudra donc réfléchir le droit international du cybercommerce en fonction de facteurs de rattachement qui considéreront, d'une part, le récepteur de cette information, la personne ciblée et, d'autre part, l'émetteur de l'information ainsi que les divers intermédiaires. À cet effet, la mise en œuvre de recours pénaux par les autorités québécoises, relativement à des comportements interdits perpétrés dans Internet permettra sans doute d'adapter les notions de *cyberpublic* et de *cyberterritoire*.

Ainsi, après avoir discuté d'un premier obstacle à la protection des cyberconsommateurs contre la publicité en ligne, il conviendra maintenant d'identifier les nouveaux acteurs de la scène virtuelle et de départager leur responsabilité.

B. L'intensité de la responsabilité des intervenants

Nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises : le cyberespace n'est pas une terre sans loi. Par conséquent, la personne ayant commis une « faute » sera généralement celle qui en assumera les conséquences. Un élément vient toutefois transformer la donne dans l'environnement électronique : dans bien des cas, le recours contre la personne présumée coupable s'avèrera illusoire, cette dernière étant hors d'atteinte ou encore non identifiable. Pour toutes ces raisons, les personnes lésées ont, par le passé, cherché à poursuivre en responsabilité les différents intermédiaires techniques. Ces derniers, en raison de leur activité – la transmission d'informations – ont fait circuler la publicité et, peut-être, causé des dommages.

Afin de faire la lumière sur les rôles respectifs des différents acteurs impliqués dans la publicité en ligne et de circonscrire leur responsabilité, il conviendra de traiter, dans un premier temps, du rôle de l'annonceur (1.) et, dans un second temps, de ceux des différents supports publicitaires (2.).

1. L'annonceur et le publicitaire

En matière de publicité, l'annonceur constitue, en principe, l'auteur du délit. D'autres personnes – par exemple l'agence publicitaire – pourront aussi être tenues conjointement responsables, en première ligne, dans la mesure où elles auront collaboré à la publi-

cité illégale. Dans tous ces cas, l'infraction est punissable selon les principes de droit commun et la responsabilité peut être engagée aussi bien en vertu du droit civil que pénal¹³⁴.

Pour les fins de la responsabilité civile, la nouvelle *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹³⁵ ne change rien aux principes généraux. Par conséquent, comme l'exprime avec justesse le professeur Trudel :

Mettre des informations en ligne, c'est assumer une fonction éditoriale. L'éditeur publie les informations. Publier signifie communiquer de l'information à des tiers en sachant que cette information sera lue, vue ou entendue. *La publication s'effectuant de manière volontaire suppose une connaissance de l'information transmise [...].* Dans le contexte d'Internet, la publication peut résulter de la transmission de fichiers, de discussions dans le cadre de conférences électroniques, de l'envoi d'un courriel ou encore par la mise à disposition d'information dans des fichiers, de documents pouvant être transférés via le réseau.

La fonction éditoriale implique le pouvoir de choisir ce qui sera diffusé, de décider de la diffuser et de décider à qui ou auprès de qui l'information sera diffusée. Ainsi, un fournisseur d'accès Internet qui examinerait tous les messages avant de les retransmettre et se réserverait le droit de n'acheminer que les messages qu'il juge conformes à ses politiques, se comporterait comme un éditeur. Dans de pareilles situations, il est une constante : la décision de publier appartient à l'éditeur. Il s'agit pour lui d'une faculté : il n'a pas d'obligation de publier. Dans le monde de la presse et de l'édition, il est usuel de tenir que le directeur de la publication est en mesure de contrôler les informations qui circulent du fait de son entreprise.¹³⁶

Ainsi, l'annonceur étant à la source de la publicité, il en contrôle le contenu et, par conséquent, assume la responsabilité y associée.

Dans le cas particulier de la *Loi sur la concurrence*, il importe de tenir compte de l'article 74.01 de la Loi, qui couvre les comportements susceptibles d'examen lors d'indications trompeuses au public :

134. Pierre TRUDEL, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, n° 7, p. 611.

135. Précitée, note 51.

136. Pierre TRUDEL, *loc. cit.*, note 134, p. 612.

(1) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un *point important* [...] [nos italiques]

L'élément cardinal de cette disposition a trait au concept de « point important ». M^e Simsovic souligne à cet effet que « [i]f the representation could lead the e-consumer to purchase the service or the good then the representation will likely be deemed to have been material »¹³⁷. À ce sujet, le Bureau de la concurrence est d'avis que le critère de l'importance s'étend à des propos qui peuvent inciter d'autres comportements de la part des consommateurs ; il indique, notamment, l'hypothèse où une indication fausse ou trompeuse pourrait « incite[r] les consommateurs à visiter un site Web plutôt qu'un autre... même si les consommateurs peuvent accéder gratuitement à l'un et l'autre de ces sites Web »¹³⁸. La détermination d'un point important doit prendre en compte l'impression générale, de même que le sens général des termes utilisés¹³⁹. À cet égard, puisque le médium Internet diffère sensiblement des autres moyens traditionnels, le Bureau de la concurrence met en garde les annonceurs de s'assurer que les informations transmises aux usagers soient claires et compréhensibles¹⁴⁰. Enfin, le Bureau de la concurrence souligne que la responsabilité de celui qui présente des informations fausses ou trompeuses est sujette à quelques exceptions, en particulier en ce qui concerne certains acteurs du commerce électronique¹⁴¹.

S'il n'y a pas de doute à l'effet que la personne qui assume la fonction éditoriale est imputable au premier chef, dans les autres cas, il faudra démontrer leur connaissance pour établir leur responsabilité.

2. Les intermédiaires techniques

Si dans le monde « matériel », la diffusion d'une publicité implique la présence des acteurs suivants : « l'annonceur, l'acheteur

137. Douglas J. SIMSOVIC, *loc. cit.*, note 18, p. 406.

138. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *loc. cit.*, note 10, p. 3.

139. Nicole L'HEUREUX, *op. cit.*, note 30, n° 304, p. 316.

140. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *loc. cit.*, note 10, p. 3.

141. *Ibid.*, p. 7 et 8.

d'espace publicitaire, le régisseur de publicité, chargé de commercialiser auprès des annonceurs l'espace disponible pour faire de la publicité, le support, c'est-à-dire le site sur lequel va être diffusé le message publicitaire »¹⁴² ; dans le monde immatériel, la publicité commande l'entrée en scène de nouveaux personnages (notamment, le fournisseur d'accès, l'hébergeur, le fournisseur de services), dont la responsabilité peut être recherchée par le consommateur :

Le statut des intermédiaires varie à l'infini. Dans Internet, une entité peut accomplir une ou plusieurs des fonctions nécessaires à la communication ou à la transmission d'informations. Les désignations que se donnent les acteurs tel que « fournisseur d'accès à Internet », fournisseur de connectivité, simple transporteur ne recouvrent pas toujours les mêmes activités. Il faut donc, pour chaque situation, examiner soigneusement ce que fait l'intermédiaire visé afin de le qualifier adéquatement au plan de la responsabilité qu'il assume.¹⁴³

Et pourtant, ces intervenants n'ont qu'un rôle accessoire à jouer dans le processus publicitaire. Ils n'ont, dans la plupart des cas, aucun contrôle sur l'information transmise. Toutefois, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, ces personnes ont déjà été mises en cause, sous le prétexte « qu'en raison de leur activité les messages délictueux ont pu circuler et causer des dommages »¹⁴⁴. Il faut comprendre que ces intermédiaires constituent des proies faciles face aux victimes désabusées. C'est pourquoi le législateur est intervenu afin d'exonérer ces entrepreneurs qui, obligés de se protéger, auraient pu être tentés de « censurer » les messages présentant des risques¹⁴⁵.

Avant de traiter des dispositions introduites dans le cadre de la nouvelle *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁴⁶, il importe de souligner que, dans la plupart des cas, les intermédiaires vont aménager contractuellement leurs relations avec leur clientèle et s'éviter bien des désagréments. Ainsi, dans le cadre par exemple des contrats de fourniture de services, la conven-

142. Christiane FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit : Le droit à l'épreuve d'Internet*, Paris, Dalloz Dunod, 1999, p. 217.

143. Pierre TRUDEL, *loc. cit.*, note 134, n° 19, p. 616.

144. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information - Texte annoté*, Autoroute de l'information, p. 26, [en ligne] à <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/loi/texteann.pdf>.

145. *Ibid.*

146. *Précitée*, note 51.

tion comportera l'obligation de ne pas se livrer au pollupostage¹⁴⁷. De même, dans certains contrats d'hébergement, on retrouvera un engagement de la part du client à l'effet qu'il s'oblige à indemniser le fournisseur en cas de pertes subies par le fait du contenu hébergé¹⁴⁸. Toutefois, comme l'expliquent certains, ces situations sont limitées ; en effet, « [h]ormis [ces quelques exemples], on voit mal comment il pourrait être licite pour un intermédiaire de s'exonérer de responsabilité à l'égard de tiers qui ne sont pas parties à un tel contrat »¹⁴⁹.

Ainsi, à l'instar de la Directive sur le commerce électronique¹⁵⁰, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* introduit le principe de non-responsabilité des intermédiaires¹⁵¹, sous réserve du respect de certaines conditions. Comme corollaire à ce principe, elle dispose expressément que les intermédiaires n'ont pas l'obligation de surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances qui pourraient indiquer que les documents permettent la réalisation d'activités à caractère illicite¹⁵².

Nous exposerons brièvement l'état du droit à l'égard de la responsabilité de l'hébergeur (a.) et du fournisseur de services Internet (b.).

a. L'hébergeur

Thibault Verbiest rappelle que « [l]a fonction d'hébergement consiste à stocker sur un serveur des informations fournies par des tiers aux fins de les mettre à disposition du public sur l'Internet »¹⁵³. Dans les commentaires qui accompagnent la *Loi concernant le cadre*

147. 1267623 *Ontario Inc. c. Nexx Online Inc.*, (1999) 45 O.R. (3d) 40 (C.S.).

148. Antoine LEDUC, « Le contrat de création et d'hébergement d'un site Web : éléments de négociation, de rédaction et d'interprétation », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 143, aux p. 143-200.

149. Pierre TRUDEL, *loc. cit.*, note 134, n° 20, p. 617.

150. Nous traitons de la *Directive sur le commerce électronique* aux p. 342 et s. du présent texte.

151. Art. 22, 26, 27, 36 et 37.

152. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 51, art. 27.

153. Thibault VERBIEST et Étienne WERY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information : droits européens, belge et français*, Bruxelles, F. Lacier, 2001, n° 406, p. 222.

juridique des technologies de l'information annotée¹⁵⁴, l'hébergeur est comparé au bibliothécaire du monde réel : « [il] conserve des documents technologiques sur un réseau de communication. À l'instar du bibliothécaire, il ne contrôle pas le contenu des informations qu'il transmet ou met à la disposition du public ou de ses clients. Il serait en effet impensable que chaque distributeur (vendeur de journaux, libraire, bibliothécaire) ait l'obligation de vérifier le contenu de chaque publication qu'il distribue dans le but de s'assurer qu'elles ne contiennent aucune information fautive, illicite ou dommageable »¹⁵⁵.

Au Québec, en vertu de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, l'hébergeur n'est pas, en principe, responsable « des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de ce dernier » – en l'espèce l'annonceur – à moins qu'il n'ait eu « de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente ». Dans ce dernier cas, la loi lui impose l'obligation d'agir promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou encore empêcher la poursuite de l'activité.

La situation diffère légèrement aux États-Unis. La *Digital Millennium Copyright Act*¹⁵⁶ prévoit un régime d'exemption pour les fournisseurs d'hébergement en ce qui concerne les actes de contrefaçon. Dans la décision *Ellison c. Robertson*¹⁵⁷, la question en litige consistait à déterminer si un hébergeur – AOL – avait eu connaissance de la contrefaçon au droit d'auteur de matériel posté durant deux semaines dans un site « USENET ». La Cour rappelle que la responsabilité des hébergeurs constitue en partie une codification de la jurisprudence actuelle, notamment de la décision *Religious Technology Center c. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*¹⁵⁸. Dans cette cause, il fut jugé que « [b]y referring to temporary storage of copies [maximum 11 jours], Netcom recognizes implicitly that intermediate copies may be retained without liability for only a limited

154. Autoroute de l'information, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, texte annoté, [en ligne] à <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/loi/annindex.html>.

155. *Ibid.*, p. 27.

156. *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

157. *Ellison c. Robertson*, 189 F. Supp. 2d 1051 (C.D.Cal., 2002).

158. 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995).

period of time »¹⁵⁹. Ainsi, dans *Ellison c. Robertson*, l'hébergeur AOL ne fut pas tenu responsable, considérant la durée de l'infraction. Cette exception à la loi états-unienne diverge du droit québécois, où le concept de notion temporaire n'a pas été retenu dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

En France, la jurisprudence a d'abord tenté de cerner la responsabilité des hébergeurs par l'entremise des règles générales de la responsabilité civile. Quelques causes d'importance ont tenu les hébergeurs responsables pour le non-respect de la vie privée¹⁶⁰. Ces décisions, dont notamment l'affaire *Hallyday*, ont créé une dissension parmi les auteurs quant à la responsabilité de l'hébergeur¹⁶¹. Toutefois, la Directive sur le commerce électronique concerne directement la responsabilité des hébergeurs. D'abord, l'article 14 prévoit que l'hébergeur n'est pas responsable à la condition que :

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

À cette disposition s'ajoute le troisième paragraphe, lequel mentionne que :

Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques

159. H.R. Rep. 105-551(I), p. 24, également citée dans : *Ellison c. Robertson*, précitée, note 157, p. 1185.

160. Voir notamment les affaires Trib. gr. inst. Paris, 8 juin 1998, J.C.P. E. 1998, 953, n° 21, note Michel Vivant et Christian Le Stanc, inf. par Paris 14^e ch., 10 février 1999, J.C.P. G. 1999.II.10101, note Frédérique Olivier et Éric Barbry ; Trib. gr. inst. Nanterre 1^{re} ch., 8 décembre 1999, J.C.P. G. 2000.II.10279, note Frédérique Olivier et Éric Barbry.

161. Christiane FÉRAL-SCHUHL, *op. cit.*, note 142. Voir également Trib. Gr. Inst. Paris, réf., 20 novembre 2000, [en ligne] à <http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilite/ord_tgi-paris_20100.htm> et Valérie SEDALLIAN, « Commentaire de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 20 novembre 2000, rendue dans l'affaire 'Yahoo' », (2000) 131 *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 1-6 (Supplément au bulletin d'actualité).

des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

Enfin, l'article 15 de la Directive mentionne que l'hébergeur n'a aucune obligation générale de surveillance des sites, bien qu'il ait « l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites » lorsqu'elles sont alléguées par les usagers¹⁶².

D'abord, la sagesse s'impose en ce qui concerne l'utilisation de la jurisprudence « pré-directive », puisque l'article 15 de la Directive prévoit en principe que les États membres ne peuvent imposer aux hébergeurs une obligation générale de surveillance des informations transmises ou stockées, de même qu'une « obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Par contre, il convient de tenir compte des considérants nos 47 et 48 de cette Directive. Dans le premier cas, un État peut imposer des « obligations de surveillance applicables à un cas spécifique », notamment dans le but de contrer une récidive¹⁶³. Dans le second cas, un État peut exiger que les hébergeurs agissent avec précaution dans le stockage d'information. Cette obligation concerne notamment le débat qui entoure la responsabilité de l'hébergeur à l'égard des sites anonymes¹⁶⁴. Ensuite, la question de

162. Art. 15 :

Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

163. Thibault VERBIEST et Étienne WERY, *op. cit.*, note 153, n° 420, p. 231.

164. *Ibid.*, n° 421, p. 232 et 233.

la « connaissance effective » demeure en suspend, vu son caractère très subjectif¹⁶⁵.

Ces dispositions de la Directive sur le commerce électronique furent transposées dans la législation française dans le *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*¹⁶⁶, surnommée « Loi Fontaine ». Une inquiétude a été soulevée par la latitude accordée à l'hébergeur dans l'appréciation de ce qui constitue un « caractère illicite », bien que le projet de loi protège ce dernier des dénonciations abusives par l'entremise d'une disposition pénale¹⁶⁷.

La situation du fournisseur de services est quelque peu différente.

b. *Le fournisseur de services Internet*

D'entrée de jeu, il importe de souligner que chez nos voisins du Sud, l'article 230(1)(c) de la *Telecommunications Act 1996*¹⁶⁸ prévoit que les fournisseurs de services Internet ne sont pas traités comme des éditeurs (« *publishers* »), impliquant ainsi qu'ils n'encourent en principe aucune responsabilité, à moins d'avoir été avisés qu'une publicité était non conforme et de ne pas avoir agi pour faire cesser la situation. Les tribunaux états-uniens ont jugé dans ce sens. Dans la célèbre décision *Zeran c. America Online*, une mauvaise plaisanterie diffusée dans Internet – et reprise dans les autres médias – a porté le public à croire que M. Zeran avait assuré la vente de *T-shirts* indiquant des slogans agressifs et vulgaires en rapport avec l'attentat d'Oklahoma City en 1996. Devant la difficulté – sinon l'impossibilité – de poursuivre les auteurs de ces gestes, Zeran avait intenté un recours contre le fournisseur de services Internet AOL. La Cour

165. Michel VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », (1999) 45-46 *J.C.P. Sem.Jur. Édition Générale* 2025 ; Agathe LEPAGE, « Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement », D. 2001.Chron.322 ; Pierre NOGUIER et Alain BENSOUSSAN, « Hébergeur de contenu : irresponsabilité actuelle / responsabilité virtuelle ? », (2002) *Gaz. Pal.* 26 (27 et 28 octobre).

166. *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, texte adopté n° 235, 12^e légis., session ordinaire de 2003-2004, le 8 janvier 2004. Ce projet de loi a été adopté par le sénat le 8 janvier 2004, mais n'est pas encore en vigueur. Pour un historique de ce projet, [en ligne] voir : <http://www.assemblee-nat.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp>.

167. Florent LATRIVE, « Les hébergeurs, nouveaux juges de l'Internet » *Libération* (8 janvier 2004), [en ligne] à <<http://www.liberation.com/page.php?Article=169873>>.

168. 47 U.S.C. § 230(c)(1).

suprême des États-Unis a rejeté la cause sur le fondement qu'un tel fournisseur de services ne pouvait être assimilé à un éditeur de journaux ou de magazine, étant donné la vitesse de circulation de l'information dans Internet ; en l'espèce, la Cour a également considéré que le fournisseur AOL avait enlevé volontairement les messages illégaux¹⁶⁹. La jurisprudence plus récente s'inscrit dans le même sillon que *Zeran*¹⁷⁰.

Au Canada, le Bureau de la concurrence se dit pleinement conscient qu'un fournisseur de services Internet peut difficilement contrôler le contenu du message, mais ajoute qu'il est nécessaire de considérer plusieurs facteurs pour déterminer sa responsabilité, dont notamment « le degré de contrôle [qu'il] exerce sur le contenu qu'il diffuse et toute mesure raisonnable prise par [ce dernier] pour empêcher ou limiter la diffusion d'indications fausses ou trompeuses »¹⁷¹.

Le Code de conduite de l'Association canadienne des fournisseurs Internet [ACFI] de 1997 prévoyait, en son article 6, que « [b]ien que les fournisseurs Internet ne soient pas en mesure de surveiller tous les contenus, les membres de l'ACFI feront un effort raisonnable pour étudier les plaintes légitimes visant les contenus présumés illégaux ou l'usage abusif du réseau, et prendront des mesures appropriées »¹⁷². Quelques années plus tard, l'ACFI publiait un

169. *Zeran c. America Online Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). Au sujet de cette cause, voir : Anne KEATY, Roger J. JOHNS, Lucy L. HENKE, « Can Internet Service Providers And Other Secondary Parties Be Held Liable For Deceptive Online Advertising ? », (2002) 58 *Bus. Law.* 479, 514 ; Annemarie PANTAZIS, « *Zeran V. America Online, Inc. : Insulating Internet Service Providers From Defamation Liability* », (1999) 34 *Wake Forest L. Rev.* 531 ; Nathalie BOULVARD, *Dérives sur Internet : immunité des fournisseurs d'accès*, Centre d'Expertises Celog, 1998, [en ligne] à <<http://www.celog.fr/expertises/1998/som0898/immunit0898.htm>>.

170. *Grace c. eBAY, Inc.*, 2004 WL 214449 (Cal. App. 2 Dist., 2004) ; *Batzel c. Smith* 351 F.3d 904 (9th Cir., 2003) ; *Kathleen R. c. City of Livermore*, 104 Cal.Rptr.2d 772 (Cal. App. 1 Dist., 2001).

171. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *loc. cit.*, note 10, p. 10. D'ailleurs, tel que le rappelle M. Pierre Trudel, « [c]ontrairement aux éditeurs et aux distributeurs, les transporteurs ont l'obligation de transporter tout message sans discrimination que ce soit tant vis-à-vis du contenu du message que de la personne qui l'expédie » : Pierre TRUDEL, *loc. cit.*, note 134, n° 80, p. 639. M. Trudel appuie son point de vue sur l'article 36 de la *Loi sur télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, ainsi que sur la décision *Chastain et al. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, (1972) 32 D.L.R. (3d) 443 (B.C.S.C.).

172. ACFI, *Code de déontologie*, art. 5.0, 2000, [en ligne] à <<http://www.caip.ca/aboutset-fr.htm>>.

Code de déontologie qui renforce les obligations du fournisseur de services Internet. Ainsi, « [a]ucun fournisseur membre de l'ACFI ne permet sciemment que ses services servent à la transmission massive de courriel-rebut, en particulier de pourriel ou courriel-rebut de nature commerciale, entre des parties qui jusque-là n'avaient aucune relation commerciale »¹⁷³. L'ACFI ajoute toutefois, dans un commentaire, qu'il s'avérera difficile de résoudre le problème, car « tant et aussi longtemps [que les polluposteurs] estimeront pouvoir tirer un avantage financier de la pratique, [ils] continueront d'envoyer des polluriels à qui mieux mieux »¹⁷⁴. Quoiqu'il en soit, le fournisseur doit permettre à sa clientèle de réduire le volume de ces courriels non désirés.

Au Québec, les articles 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* permettent de cerner l'intensité de l'obligation du fournisseur de service qui est liée à la transmission de l'information. Bien que l'article 36 exonère ce dernier quant à sa responsabilité pour le contenu de l'information transmise, il prévoit qu'elle peut être engagée lorsqu'il est « à l'origine de la transmission du document ; [lorsqu'il sélectionne ou modifie] l'information du document ; [lorsqu'il sélectionne] la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès ; [lorsqu'il conserve] le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission ». En ce qui concerne la conservation d'un document, l'article 37 pose une règle similaire, soit la non-responsabilité du fournisseur de services lorsqu'il « ne les conserve [qu']à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information ». Les mêmes exceptions sont applicables dans ce cas.

En d'autres termes, l'intermédiaire ne sera tenu responsable que lorsqu'il assumera un rôle dit « actif » dans sa fonction de transmetteur – c'est-à-dire qu'il prendra part à la décision de diffuser un document –, car « l'exonération de responsabilité a lieu uniquement dans la mesure où il joue un rôle passif dans la transmission des documents »¹⁷⁵.

À titre de comparaison, en France, la responsabilité des fournisseurs de service Internet relève principalement du droit com-

173. *Ibid.*

174. *Ibid.*

175. Pierre TRUDEL, *loc. cit.*, note 134, n° 96, p. 645.

mun¹⁷⁶. Par contre, certains croient que la responsabilité de type éditoriale, similaire à celle prévue à la *Loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*¹⁷⁷, devrait s'appliquer en l'espèce. Cette responsabilité est imposée aux différents intervenants d'un réseau, ce qui revient à imposer une sorte de présomption de surveillance ; tel que nous l'avons mentionné auparavant, il est très difficile pour un fournisseur de vérifier le contenu des sites, à moins qu'une situation problématique ne soit portée à sa connaissance.

CONCLUSION

Cet exercice a permis de constater que, bien qu'elle soit prometteuse, la publicité en ligne favorise les abus. Elle peut se présenter sous une forme connue et traditionnelle ou sous un nouveau jour. La typologie exposée est éloquentes à cet égard. En outre, lorsque les internautes sont confrontés à un cybermarchand peu scrupuleux, ils peuvent éprouver quelques difficultés à faire valoir leurs droits.

Devant l'incertitude de la situation, provoquée par la nature intrinsèque d'Internet – qui omet littéralement les frontières géographiques et favorise l'anonymat –, l'autorégulation s'est imposée tant au niveau international qu'au niveau national. Toutefois, alors qu'aux États-Unis foisonne une panoplie de lignes directrices dont chacune vise un aspect spécifique de la publicité en ligne, les tentatives en ce sens ont été plutôt timides au Canada. Cette situation a favorisé entre autres le développement de la publicité fautive ou trompeuse dans Internet et l'envoi massif de courriels non sollicités.

Ce texte a aussi mis en relief les limites de la régulation étatique, particulièrement face à l'impossibilité d'identifier ou encore de retrouver le contrevenant. L'utilisation d'Internet permet, en effet, à un criminel d'agir plus rapidement et dans l'anonymat, ce qui facilitera la commission de ses crimes d'un pays à l'autre. De plus, la technologie rend les éléments de preuve difficiles à obtenir et permet de les détruire plus facilement. Enfin, les obstacles à l'identification des responsables sont amplifiés puisque, si l'on considère la portée des lois sur la concurrence comme étant en général limitée au niveau national, les autorités d'un pays qui agissent seules se

176. Thibault VERBIEST, *op. cit.*, note 14, n° 98, p. 41.

177. *Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*, J.O. 16 juin 2000.

retrouvent souvent dans l'impossibilité de contrer les agissements anticoncurrentiels internationaux destinés à leurs marchés.

Face à cette situation, plusieurs solutions sont envisageables.

Ainsi, généralement, une protection adéquate des internautes canadiens pourra être atteinte plus facilement par l'entremise d'une collaboration entre les États et, d'une manière plus réaliste, par l'imposition de lignes directrices plus efficaces et coercitives. Plus spécifiquement, il pourrait être opportun d'utiliser les nouvelles technologies pour tenter de réprimer les activités illégales. De plus, un processus d'accréditation ou de certification pourrait être instauré en vertu duquel la publicité devrait être préautorisée. Un tel procédé aurait l'avantage de régler, à tout le moins en partie, les problèmes de tromperies en plus de sensibiliser le consommateur au risque de fraude de la part des entreprises.

Enfin, en terminant, il est bon de rappeler qu'au cours des dernières années, une attention toute spéciale a été portée aux agissements qui ont lieu à l'étranger mais qui ont des répercussions directes au pays. Ainsi, des accords de coopération ont été conclus à l'échelle internationale – par exemple, le lancement du site www.econsumer.gov. N'est-il pas temps aujourd'hui d'aller au-delà de la promotion de la collaboration entre les organismes internationaux et d'envisager l'harmonisation des lois pour la protection des consommateurs ? Doit-on se contenter d'accords souples – fondés sur la bonne foi réciproque des parties – ou encore procéder par le biais de modifications législatives ? Est-il réaliste de soutenir que des normes internationales sur la question, appliquées à l'échelle de l'ALÉNA ou au sein de l'OMC, pourraient favoriser concrètement une meilleure protection des consommateurs ?