

2m11.2710.9

Université de Montréal

**APPLICATION DES LOIS NATIONALES À L'INTERNET:
ÉTUDE DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ**

par

Marie-Hélène Côté

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

Janvier 1999

© Marie-Hélène Côté, 1999



P. 151
AZBD
U54T
1999
V. 008

Université de Montréal

ÉTUDE DE L'ENCADEMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITE
APPLICATION DES LOIS NATIONALES À L'INTERNET



Université de Montréal

Bibliothèque



Mémoire présenté
en vue de

Janvier 1999

© Mémoire présenté en vue de



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé:

«Application des lois nationales à l'Internet:
Étude de l'encadrement juridique de la publicité»

présenté par:
Marie-Hélène Côté

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Daniel POULIN, Président-rapporteur

Pierre TRUDEL, Directeur de recherche

Pauline ROY, Membre du jury

Mémoire accepté le: 7 juillet 1999

SOMMAIRE

La publicité est, à l'heure actuelle, l'activité commerciale la plus importante sur l'Internet. Elle prend place dans un environnement aux caractéristiques singulièrement différentes des médias traditionnels: numérique, ouvert, hypermédia et interactif.

L'environnement numérique et ouvert suggère l'existence d'un espace virtuel, le «cyberespace». Ce dernier pose la question de l'assujettissement de l'Internet aux normes étatiques et, plus spécifiquement, au régime juridique de la publicité. Cet assujettissement s'infère, dans la mesure où l'Internet est conçu, non pas comme un objet de droit, mais comme un support technologique à un faisceau d'occupations, dont les activités publicitaires. Le cyberespace n'est donc pas une terre sans loi.

Certes, la publicité par Internet transcende les frontières géographiques. Cette caractéristique met en exergue un des problèmes les plus épineux de l'heure, soit la question du contrôle étatique d'un espace éminemment transnational. Cette question comporte elle-même deux volets: d'une part, celui de l'application des lois nationales et des sanctions pénales dont elles sont assorties à toute promotion électronique; d'autre part, celui de la compétence des tribunaux dans le cadre de recours civils portés contre un défendeur étranger.

Pour sa part, l'environnement hypermédia et interactif favorise le décloisonnement des activités promotionnelles et, par conséquent, une mutation du concept de «message» publicitaire vers celui de «site» promotionnel. Cette mutation a une incidence, d'une part, sur la détermination de la légalité des réclames publicitaires, laquelle recourt à des conceptions analytiques fondées sur la notion plus étroite de message. D'autre part, l'incorporation d'autres activités de mise en marché, telle que la cueillette de renseignements personnels, entraîne une extension du cadre juridique applicable.

Enfin, l'expansion de contenu et le dialogue interactif qu'entretiennent les annonceurs avec les utilisateurs sont susceptibles d'engager la responsabilité civile statutaire et de droit commun des premiers. Pour s'en prémunir, les annonceurs stipulent les conditions d'utilisation de leur site. Alors que la publicité était traditionnellement régie par des normes étatiques, la promotion électronique est désormais assujettie à un régime hybride qui doit être appréhendé tant en vertu du paradigme réglementaire que contractuel.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	i
TABLE DES MATIÈRES	iii
REMERCIEMENTS	v
INTRODUCTION	1
I. ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ DANS UN ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE ET OUVERT	12
<u>A. Assujettissement de l'Internet au droit de la publicité</u>	13
1. Présentation du débat.....	14
2. Portée des normes encadrant la publicité.....	23
3. Position des organismes de surveillance.....	26
<u>B. Contrôle étatique de l'espace transnational</u>	30
1. Problématique de l'application des lois nationales.....	31
2. Compétence des tribunaux.....	43
a) Perspective de droit américain.....	45
b) Compétence internationale des tribunaux québécois.....	57
II. ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ DANS UN ENVIRONNEMENT HYPERMÉDIA ET INTERACTIF	65
<u>A. Incidence sur le régime juridique de la publicité</u>	67
1. Hypermédia et détermination de la légalité d'une publicité.....	70
2. Interactivité et extension de l'encadrement juridique.....	78
<u>B. Incidence sur la responsabilité des annonceurs</u>	92
1. Environnement hypermédia et responsabilité statutaire.....	92
a) Droit d'auteur.....	102
b) Marques de commerce et concurrence déloyale.....	107

2. Promotion électronique et responsabilité de droit commun	113
a) Expansion de contenu, interactivité et responsabilité	113
b) Naissance du contrat de promotion	119
CONCLUSION	124
SOURCES DOCUMENTAIRES	130

REMERCIEMENTS

Par son envergure, notre recherche ne peut et n'est pas le fruit d'un travail solitaire. Je souhaite remercier, en premier lieu, mon directeur de recherche, monsieur le Professeur Pierre Trudel, chercheur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, pour son appui, ses encouragements et ses précieux commentaires. Je désire également remercier le personnel de la Faculté de droit et, plus particulièrement, celui de la bibliothèque de droit, pour leur disponibilité et leur aide.

Je suis en outre reconnaissante à M^e Sylvette Guillemard, qui a, en toute amitié, relu et commenté une version antérieure de ce mémoire. Je souhaite également remercier mon conjoint Daniel Torsher et mon fils William, pour leur patience, leur soutien et leurs encouragements.

Je suis enfin reconnaissante aux organismes qui m'ont accordé un soutien financier et qui ont, par le fait même, reconnu l'intérêt de la recherche dans le domaine des technologies de l'information: l'Université McGill (bourse Edwin Botsford Busteed), l'Université de Montréal (Prix Hélène-Sauvagnac, bourse de la Faculté et bourse André-Savoie), l'ACFAS (Prix Desjardins d'excellence pour étudiants-chercheurs) et les Cahiers de propriété intellectuelle (Prix des cahiers de propriété intellectuelle).

INTRODUCTION¹

L'utilisation de l'Internet à des fins commerciales est un phénomène relativement récent². Cette utilisation est, à l'heure actuelle, surtout marquée par des activités à caractère publicitaire. Encore modestes, celles-ci sont toutefois appelées à croître dans des proportions quasi-exponentielles au cours des prochaines années, de concert avec la croissance anticipée du commerce électronique³.

La publicité par Internet se distingue de la publicité sur support traditionnel (journaux, radio, télévision, pour ne nommer que ceux-là). Les messages publicitaires véhiculés par ces médias sont simples, brefs (sur les ondes notamment), standardisés et unidirectionnels. Ils s'adressent à un marché de

¹ Les sources documentaires de la présente recherche sont à jour à l'automne 1998.

² Lors de sa création, le réseau ARPANET répondait à des impératifs stratégiques. La technologie qui a présidé à sa mise en oeuvre a rapidement suscité un intérêt dans les milieux d'enseignement et de recherche. En 1983, la partie militaire du réseau s'est scindée de sa composante civile. En 1990, l'épine dorsale de l'Internet a été placée sous l'égide de la *National Science Foundation* (NSF), qui a pris en charge son financement en contrepartie du respect d'une politique d'utilisation qui prohibait l'usage du réseau à des fins commerciales. En 1995, la NSF s'est retirée du financement de l'Internet, lequel est assumé depuis par des réseaux privés. Ce retrait a marqué le début de l'utilisation de l'Internet à des fins commerciales, laquelle a également été favorisée par le développement de protocoles et logiciels conviviaux, de même que par l'arrivée, dans le marché, de fournisseurs d'accès commerciaux.

³ S'élevant à 597.1 millions de dollars américains en 1997, on estime que les revenus publicitaires sur l'Internet atteindront plus de deux milliards de dollars américains en l'an 2000; données tirées du *Electronic Advertising & Marketing Report*, publié par la société Cowles/Simba Information.

masse constitué de consommateurs à la fois passifs et captifs⁴. Leur portée est essentiellement territoriale.

Par contraste, la publicité par Internet et, plus particulièrement, la publicité sur le Web, est véhiculée par une technologie aux attributs singulièrement différents des médias traditionnels: support numérique, réseau ouvert, environnement hypermédia et interactif. Sur l'Internet, les contenus sont dématérialisés et circulent dans un réseau qui transcende les frontières géographiques. L'environnement hypermédia favorise l'expansion de contenu, une présentation non linéaire et l'incorporation d'éléments externes. Enfin, la technologie interactive permet l'exploitation de divers outils de communication.

Ces attributs transforment le visage de la publicité traditionnelle. La publicité électronique est éminemment transnationale, interactive et à valeur ajoutée⁵. Un annonceur doit en effet offrir davantage qu'une simple description de ses produits ou services pour attirer des visiteurs sur son site et compenser les coûts que ces derniers encourent lors de la consultation des messages publicitaires (temps d'utilisation du réseau, etc.). La valeur ajoutée donne naissance à des concepts publicitaires tels que les «infopubs» (combinaison d'information et de publicité), les «*advertainments*» (combinaison de

⁴ Voir, généralement, C. BARKER et P. GRONNE, *Advertising on the World Wide Web*, mémoire de maîtrise, Copenhagen, Copenhagen Business School, 1996, <http://www.sankurser.dk/advertising>, p. 13 et suiv.

⁵ *Id.*, p. 91 et suiv.

divertissement et de publicité) ou encore l'intégration des étapes de commercialisation (commande, transaction, service à la clientèle et, le cas échéant, distribution en ligne)⁶. Selon D.L. Hoffman et T.P. Novak, les attributs technologiques de l'Internet président au développement d'un nouveau paradigme publicitaire⁷:

«...the many-to-many communication model turns traditional principles of mass media advertising (based on the one-to-many communication model) inside out, rendering application of advertising approaches which assume a passive, captive consumer difficult, if not impossible [...]. Thus, marketers must reconstruct advertising models for the interactive, many-to-many medium underlying the Web in which consumers actively choose whether or not to approach firms through their Web sites, and exercise unprecedented control over the management of the content they interact with. Informational and image "Internet presence sites" [...] provide examples of such new forms of Web-based advertising.»

En transformant ainsi la nature des activités publicitaires, la technologie qui caractérise l'Internet modifie d'autant le concept de publicité. Si, d'un point de vue juridique, ce concept est particulièrement englobant (il vise toute activité promotionnelle à caractère commercial⁸), il a été appréhendé à travers le prisme de la notion plus étroite de «message publicitaire»⁹. La publicité est d'ailleurs

⁶ *Id.*, p. 94 et suiv.

⁷ D.L. HOFFMAN et T.P. NOVAK, *A New Paradigm for Electronic Commerce*, 19 février 1996, <http://www2000.ogsm.vanderbilt.edu/novak/new.marketing.paradigm.html>.

⁸ Voir, notamment, l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, qui vise l'action de «promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques».

⁹ Voir, par exemple, l'article 1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après la «L.P.C.»), qui définit ainsi un message publicitaire: «un message destiné à promouvoir un bien, un service ou un organisme au Québec».

définie comme un «processus de communication comprenant des étapes de formalisation des informations en messages (production de messages publicitaires) et de transmission de ces messages (transport par des moyens de diffusion)»¹⁰. Sur l'Internet, le «message publicitaire» cède toutefois sa place au «site promotionnel», qui inclut une pluralité de contenus, de services et d'activités. Cette mutation du concept de publicité n'est pas sans incidence sur l'encadrement juridique des activités publicitaires sur l'Internet.

Le régime juridique de la publicité est fondé sur la recherche d'un équilibre dans la relation qui unit les commerçants aux consommateurs. Relevant du domaine de l'information pré-contractuelle, la publicité échappe en principe à la loi des parties¹¹. Elle est en revanche assujettie à un certain nombre de normes étatiques, qui visent tant la qualité des messages que leurs effets directs et indirects¹². Ces normes ont été adoptées en marge des principes plus généraux énoncés dans le *Code civil du Québec*¹³ et le *Code criminel*¹⁴ (par exemple le dol

¹⁰ B. MOTULSKY, *La publicité et ses normes*, Québec, P.U.L., 1980, pp. 2-3.

¹¹ F. LEBEAU, *La publicité*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980, p. i. Notons cependant qu'en vertu de l'article 41 L.P.C., précitée, note 9, une déclaration ou un message publicitaire lie le commerçant ou le manufacturier.

¹² Cette classification est suggérée par B. MOTULSKY, *op. cit.*, note 10, p. 71 et suiv. L'encadrement juridique de la publicité répond également à des normes émanant de l'industrie.

¹³ L.Q. 1991, c. 64.

¹⁴ L.R.C. (1985), c. C-46.

ou la fraude)¹⁵. Au Canada, le contrôle de la publicité est partagé entre les paliers fédéral et provinciaux, selon leurs champs de compétence respectifs.

La qualité des messages est assurée par une obligation de loyauté que doivent respecter les annonceurs dans leurs communications commerciales et qui interdit, au premier plan, la publicité fausse ou trompeuse¹⁶. Au fédéral, la *Loi sur la concurrence*¹⁷ édicte une interdiction générale de toute publicité fausse ou trompeuse sur un point important¹⁸. Au provincial, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁹ prévoit, dans son encadrement des rapports de consommation, des dispositions spécifiques concernant la publicité commerciale, notamment l'interdiction aux commerçants de faire des représentations fausses ou trompeuses²⁰.

¹⁵ L'expression commerciale, qui inclut la publicité, est également protégée par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], et par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, qui consacrent tous deux la liberté d'expression.

¹⁶ F. LEBEAU, *op. cit.*, note 11, p. i.

¹⁷ Précitée, note 8.

¹⁸ Art. 52(1). N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1993, p. 278, précise: «L'intervention du législateur devrait assurer que l'honnêteté gouverne les rapports commerciaux et éliminer les pièges tendus au consommateur inexpérimenté».

¹⁹ Précitée, note 9.

²⁰ Art. 219 L.P.C. La mise en oeuvre de cette interdiction n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat de consommation: art. 217 L.P.C. Selon N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 18, p. 305, le «second objectif de la *Loi sur la protection du consommateur* est d'éliminer du marché les pratiques déloyales trompeuses qui déforment l'information et empêchent le consommateur de prendre une décision éclairée».

Les normes qui réglementent les effets directs de la publicité visent plus particulièrement à contenir son caractère incitatif, par exemple à l'égard de groupes vulnérables (ex. les enfants), ou de produits comportant certains risques (par exemple le tabac²¹, l'alcool²² ou les produits pharmaceutiques²³). Il s'agit également du fondement de la réglementation des concours publicitaires²⁴.

D'autres normes d'application générale ont une incidence sur les activités publicitaires, qui y sont assujetties en raison de leur caractère public. Comme le souligne B. Motulsky, «la publicité devra subir certaines contraintes que son caractère "public" lui impose et qui se ramènent aux règles régissant la vie en commun dans notre société»²⁵. C'est le cas, par exemple, des normes linguistiques. Ainsi, la *Charte de la langue française*²⁶ impose certaines prescriptions linguistiques, notamment en matière d'étiquetage, de publication de

²¹ La loi prohibant la publicité sur le tabac a été déclarée inconstitutionnelle: voir *RJR Macdonald c. P.G. (Canada)*, [1995] 3 R.C.S. 199. À l'heure actuelle, les fabricants respectent des normes volontaires; voir D.M.W. YOUNG et B.R. FRASER, *Canadian Advertising & Marketing Law*, Toronto, Carswell (édition à feuilles mobiles), p. 7-107.

²² Au fédéral, la publicité de l'alcool est réglementée en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), c. B-9. Au provincial, elle est assujettie aux prescriptions du *Règlement sur la promotion, la publicité et les programmes éducatifs en matière de boissons alcooliques*, R.R.Q., c. P-9.1, r.7.1, adopté en vertu de la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.Q., c. P-9.1.

²³ Voir, par exemple, la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), c. F-27. Comme son nom l'indique, cette loi réglemente, entre autres matières, la publicité des aliments, drogues, cosmétiques et instruments médicaux. À l'égard des drogues, par exemple, la loi interdit toute publicité fausse ou trompeuse: art. 9(1).

²⁴ Voir, notamment, la *Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L.R.Q., c. L-6, qui réglemente, entre autres matières, les concours publicitaires.

²⁵ B. MOTULSKY, *op. cit.*, note 10, p. 76.

²⁶ L.R.Q., c. C-11.

documents commerciaux, d'affichage public et de publicité commerciale²⁷. C'est également le cas des normes qui prohibent l'obscénité ou le libelle diffamatoire, ou encore de celles qui visent la protection des marques de commerce ou des droits d'auteur²⁸. C'est enfin le cas des normes qui encadrent l'utilisation de certains médias, notamment la radiodiffusion²⁹.

Toute transgression aux normes étatiques est susceptible de donner lieu à l'imposition de sanctions pénales. À cet égard, divers organismes se sont vu confier un rôle de surveillance dans la mise en oeuvre des normes étatiques: Bureau de la concurrence, Direction générale de la protection de la santé, Office de la protection du consommateur, Office de la langue française, Régie des alcools, des courses et des jeux et CRTC, pour ne nommer que ceux-là. Ces organismes disposent, pour la plupart, de pouvoirs d'enquête et de contrôle des pratiques interdites, tandis que le procureur général est habilité à intenter les recours pénaux. En outre, la violation des normes étatiques pourra, dans certains cas, donner ouverture à des recours civils.

²⁷ Voir, respectivement, les articles 51, 52 et 58 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

²⁸ Voir le *Code criminel*, précité, note 14. Voir également la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13, qui prévoit un recours en concurrence déloyale dans le cas de déclarations fausses ou trompeuses tendant à discréditer l'entreprise d'un concurrent, de même que la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, qui a une incidence indirecte sur la publicité en déterminant les conditions de création des droits d'auteur et les paramètres de leur protection.

²⁹ Conformément à l'article 10 de la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 22, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après le «CRTC») a adopté des règlements relativement à la publicité diffusée sur les ondes.

Nous nous proposons d'analyser, dans notre mémoire, l'incidence des attributs technologiques de l'Internet sur le concept de publicité et les conséquences de sa mutation sur la double question d'application et d'adéquation de son encadrement juridique. Notre recherche ne porte donc pas sur l'ensemble des problèmes soulevés par la publicité; elle présente plutôt une synthèse des questions liées à la transposition de l'encadrement juridique aux activités publicitaires par Internet, dans la perspective du droit applicable au Québec. En ce sens, elle se veut une étude de cas de la problématique plus générale des difficultés soulevées par l'application des lois nationales aux environnements électroniques. Certaines des questions abordées ne sont donc pas spécifiques à la publicité.

Puisque la publicité relève de l'avant-contrat, nous excluons de notre analyse les questions se rapportant à la sphère contractuelle. Certes, la problématique du contrat électronique et, plus particulièrement, celle du contrat de consommation par Internet, soulèvent une série d'interrogations d'ordre juridique³⁰. Toutefois, les activités publicitaires par Internet sont à l'avant-scène des préoccupations actuelles, puisqu'il s'agit de l'utilisation commerciale la plus

³⁰ Voir, notamment, L. BOUCHER, «Les contrats sur Internet», conférence présentée dans le cadre du colloque *Faire des affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Institut mondial du commerce électronique, Montréal, 30 septembre et 1^{er} octobre 1996; A. VAUTOUR, «Considérations juridiques en matière de commerce électronique», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997; M. RACICOT, «Le commerce électronique sur Internet: comment contracter et s'assurer de la validité des contrats», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997.

répandue sur l'Internet. Nous excluons également de notre étude les questions liées à la relation entre les annonceurs et les entités qui se spécialisent dans la conception et l'hébergement de sites ou encore dans la fourniture d'accès³¹. Dans la perspective de notre recherche, le vocable «annonceur» désigne donc le fabricant ou le commerçant qui exploite un site promotionnel sur l'Internet (ex. Coca-Cola, IBM, Microsoft, Vidéotron, etc.).

La littérature portant sur les enjeux commerciaux de la publicité par Internet est abondante. Par contre, la doctrine portant sur ses aspects juridiques est plus rare. À l'exception d'une étude plus approfondie³², cette question n'a pas encore fait l'objet d'une analyse systématique et la plupart des publications sont superficielles ou participent du commentaire journalistique. D'autres traitent de sujets connexes: marques de commerce et noms de domaine³³, droit d'auteur et responsabilité des intermédiaires³⁴. Hormis un intérêt plus marqué pour des

³¹ Voir, notamment, P. MERCIER, «Mise en place d'une vitrine Internet: aspects juridiques et pratiques», conférence présentée dans le cadre du *Colloque sur la pertinence de l'inforoute*, AQDIJ et ALAI Canada, Montréal, Novembre 1996; M.D. SCOTT, «Advertising in Cyberspace: Business and Legal Considerations», (1995) 12 *The Computer Lawyer* 1; D.A. TYSVER, *Internet Law: Web Site Legal Issues*, <http://www.bitlaw.com/internet/webpage.html>.

³² P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, chapitre 18, p. 18-29 et suiv.

³³ Voir, par exemple, J.E. LABRÈCHE, «Les marques et les noms de domaine: les créatures et effets d'Internet», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, pp. 37-63.

³⁴ Voir, notamment, M.M. TURNER, «Legal Issues in Marketing and Advertising», conférence présentée dans le cadre du colloque *Communicating and Conducting Business On-Line*, University of Texas School of Law, Austin, 16-17 mai 1996. Voir également S. McLAUGHLIN (éd.), *Marketing Law*, Businessstek Publishing, 1990 (édition à feuilles mobiles), chapitre intitulé «Advertising and Marketing in Cyberspace», pp. A303-A314.

problématiques particulières, telle que la promotion de produits pharmaceutiques³⁵ ou de services juridiques³⁶, la recherche en est donc à ses premiers balbutiements.

En outre, les sources formelles du «droit de l'Internet» sont quasi-inexistantes. Si quelques lois ont été votées aux États-Unis et que certains projets font leur chemin dans les dédales législatifs, le Canada n'a pas encore légiféré à la suite de la production du rapport final du Conseil consultatif sur l'autoroute de l'information en septembre 1995³⁷. En outre, il n'existe, au Canada, que très peu de décisions judiciaires traitant de l'Internet et aucune qui porte spécifiquement sur notre sujet³⁸. Les tribunaux américains ont cependant eu l'occasion de se prononcer sur plusieurs questions qui intéressent nos propos, bien que le *corpus* jurisprudentiel soit encore en développement. L'absence de sources formelles en

³⁵ P.S. REICHERTZ, *Legal Restrictions on the Advertising and Promotion of Pharmaceutical and Biological Products on the Internet and Other Emerging Technologies*, 8 décembre 1995, <http://www.webcom.com/lewrose/speech/fda.html>; P.S. REICHERTZ, «Legal Issues Concerning the Promotion of Pharmaceutical Products on the Internet to Consumers», (1996) 51 *Food & Drug L.J.* 355; M.J. SCHEINESON, «Legal Overview of Likely FDA Regulation of Internet Promotion», (1996) 51 *Food & Drug L.J.* 697.

³⁶ M.L. WINICK, D. THOMAS GRAVES et C. CRASE, «Attorney Advertising on the Internet: From Arizona to Texas — Regulating Speech on the Cyber-Frontier», (1996) 27 *Texas Tech L.R.* 1487; B.G. GILPIN, «Attorney Advertising and Solicitation on the Internet: Complying with Ethics Regulations and Netiquette», (1995) 13 *Journal of Computer & Information Law* 697; T.K. READ, «Pushing the Advertising Envelope: Building Billboards in the Sky along the Information Superhighway», (1995) 23 *Western State University L.R.* 73.

³⁷ COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Le défi de l'autoroute de l'information*, Rapport final, Ottawa, Ministère des approvisionnement et services Canada, 1995, <http://www.ic.gov.ca/info-highway/final.report/fra>.

³⁸ Voir, notamment, *R. c. M.(J.P.)*, (1996) 67 C.P.R. (3d) 152, où l'exploitant d'un babillard électronique a été reconnu coupable d'avoir mis en circulation des exemplaires contrefaits de logiciels; *PEINET Inc. c. O'Brien*, (1995) 61 C.P.R. (3d) 334, qui porte sur une

droit québécois et canadien explique les nombreuses références à la jurisprudence américaine et à divers commentaires glanés sur l'Internet dans des sites à caractère juridique³⁹.

Notre mémoire est divisé en deux parties. Dans la première, nous analyserons l'incidence de l'environnement numérique et ouvert sur l'encadrement juridique de la publicité. Nous tenterons, dans un premier temps, de déterminer si la publicité par Internet est assujettie au droit, compte tenu du caractère virtuel du médium. Nous évoquerons, dans un deuxième temps, les difficultés inhérentes au contrôle de l'espace transnational par les États, en abordant deux volets, soit l'application des lois nationales et la compétence des tribunaux. Dans la seconde partie, nous analyserons l'incidence de l'environnement hypermédia et interactif sur le concept de publicité et les effets de sa mutation sur l'adéquation de l'encadrement juridique. Nous analyserons enfin l'incidence de ces deux attributs technologiques sur la responsabilité civile des annonceurs.

contestation d'un nom de domaine; *Visual Conception Visuel (Vicovi) Inc. c. Bell Sygma Inc.*, [1997] R.J.Q. 1448, qui porte sur une affaire de droit d'auteur.

³⁹

Certes, la fiabilité des documents accessibles par l'Internet est parfois discutable. Par exemple, plusieurs des textes recensés ne sont pas datés; certains ne sont pas attribués à un auteur. Ces commentaires ont néanmoins servi à alimenter notre réflexion et sont cités en référence, le cas échéant, pour donner crédit à leur auteur, plutôt qu'à titre de source faisant autorité en matière de droit de la publicité.

I. ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ DANS UN ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE ET OUVERT

Dans l'environnement publicitaire d'Internet, les messages sont en format numérique. La numérisation, qui signifie littéralement la traduction en 0 et 1, s'accompagne d'une dématérialisation du support des données et de leur compression. La numérisation favorise également la convergence des formes d'expression (texte, son, image, vidéo), qu'elle regroupe au sein d'un même médium.

Par ailleurs, les données sont stockées et circulent dans un réseau⁴⁰ conçu selon une architecture ouverte. Cette décentralisation des moyens de communication suppose, outre une absence de contrôle central, l'inexistence de barrières à l'entrée. En d'autres termes, à l'exception des réseaux propriétaires ou des sites à accès réservés, quiconque disposant d'un modem et d'un branchement à l'Internet peut accéder aux sites publicitaires⁴¹.

Ces attributs technologiques de l'environnement publicitaire d'Internet évoquent l'existence d'un espace «virtuel» transcendant les frontières

⁴⁰ A. DUFOUR, *Internet*, 2^e éd., Coll. Que sais-je, P.U.F., 1996, p. 4: «Un réseau, dans l'acception informatique du terme, est un ensemble de matériels informatiques interconnectés». S'agissant de l'Internet, il est plus juste de parler d'un réseau de réseaux.

⁴¹ J.-C. GUÉDON, *La planète cyber — Internet et cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996, p. 76, parle d'un «espace ouvert à une appropriation d'inspiration libertaire».

géographiques — que d'aucuns désignent par le néologisme «cyberespace»⁴² — qui serait le territoire d'un faisceau d'activités de communication. Cette évocation de l'Internet module notre conception de la place qu'occupent les normes étatiques dans sa régulation. Comme le soulignent P. Trudel *et al.*⁴³:

«Il n'en faut pas plus pour qu'on en déduise qu'il y a de ce fait un lieu dans lequel se déroulent des événements, des faits et des actes juridiques. Mais ce lieu est virtuel et avec lui, sans doute en partie, la normativité qui l'accompagne.»

La métaphore du cyberespace pose donc, de façon liminaire, la question de l'assujettissement de l'Internet au droit de la publicité (A) et, dans un deuxième temps, celle du contrôle étatique de l'espace transnational (B).

A. Assujettissement de l'Internet au droit de la publicité

Le cyberespace est-il assujéti au droit (entendu dans le sens de normes étatiques)? Si une réponse affirmative à cette question peut sembler évidente, particulièrement au juriste, elle a néanmoins soulevé un débat qui met en lumière

⁴² P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 1-15, définissent ainsi le cyberespace: un «espace virtuel des ordinateurs reliés entre eux grâce à des réseaux».

⁴³ *Id.*, p. 1-13.

deux façons d'appréhender un nouveau phénomène dans la perspective de sa régulation. Il est intéressant d'en présenter les grandes lignes⁴⁴.

1. Présentation du débat

Alimentés par les ténors américains de la liberté d'expression et imprégnés de la philosophie libertaire qui a présidé au développement de l'Internet, d'aucuns mettent de l'avant les notions de souveraineté du réseau et de ses usagers⁴⁵. La nouveauté du médium et son caractère virtuel le soustrairaient aux normes élaborées par les divers ordres juridiques. Dans son rapport, le groupe de travail américain sur les droits de propriété intellectuelle résume ainsi la position des promoteurs d'un cyberspace souverain⁴⁶:

«Finally, there are those who argue that intellectual property laws of any country are inapplicable to works on the NII or GII because all activity using these infrastructures takes place in "Cyberspace," a

⁴⁴ Cette question a d'ailleurs semblé suffisamment importante pour qu'une étude portant sur la responsabilité à l'égard des contenus circulant sur l'Internet précise, dans son titre, que «L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi»; voir M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Rapport préparé pour Industrie Canada, février 1997.

⁴⁵ M. VIVANT, «Internet et modes de régulation», dans E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Namur, Story scientia, coll. CRID, 1997, pp. 215-230, 221-223, précise que la souveraineté des usagers découle de la liberté qu'ils exercent dans leurs intercommunications sur le réseau, tandis que la souveraineté du réseau fait référence à celle de ses gestionnaires, au premier plan les fournisseurs d'accès. Ces conceptions mettent en exergue le rôle de l'institution contractuelle comme mode de régulation. Comme nous aurons l'occasion de le voir, l'auteur rejette ces notions.

⁴⁶ REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, 1995, <http://ftp.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/index.html>.

sovereignty unto itself that should be self-governed by its inhabitants, individuals who, it is suggested, will rely on their own ethics — or “netiquette” — to determine what uses of works, if any, are improper.»

Opposés à toute velléité de réglementer le réseau, les représentants de cette tendance ont appuyé, aux États-Unis, divers recours mettant en cause la légalité de propositions législatives visant l'Internet. C'est le cas, par exemple, de la *Communications Decency Act of 1996*⁴⁷, qui a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis⁴⁸, ou encore d'une disposition pénale adoptée par l'État de Géorgie ayant une incidence sur la légalité des liens hypertextes⁴⁹, qui n'a pas davantage survécu à l'examen constitutionnel⁵⁰. En outre, les démarches entreprises par quelques États dans le but de sanctionner certaines activités sur l'Internet ont été accueillies par un véritable tollé et ont attiré l'indignation de plusieurs commentateurs, notamment en matière d'application des lois linguistiques⁵¹.

Le discours des défenseurs de la souveraineté du réseau et de ses usagers est certes alimenté par les difficultés liées à l'application des lois

⁴⁷ Il s'agit du titre V de la *Telecommunications Act of 1996*, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

⁴⁸ *Reno c. ACLU*, (1997) 138 L.Ed. 2d 874.

⁴⁹ *Georgia Computer Systems Protection Act*, Ga. Code Ann. § 16-9-93.1(a) (1996).

⁵⁰ *ACLU of Georgia c. Miller*, Order No. 1:96-CV-2475-MHS (N.D. Ga. 7 août 1997).

⁵¹ Voir, notamment, REUTERS, «French-only ruling delayed», *CNET news.com*, 24 février 1997; W.R. LEIBOWITZ, «National Laws Entangle the 'Net: It's A Small, Small, Litigious Web», *The National Law Journal*, 30 Juin 1997, B07 et J. KORNBLUM, «Quebec demands site use French», *CNET news.com*, 16 juin 1997.

nationales. Plusieurs y voient la justification de développer une normativité distincte pour le cyberspace, qui se traduirait par une auto-régulation multiforme élaborée et mise en oeuvre par les usagers (contrat, code de conduite, netiquette, etc.). Il s'agit, notamment, de l'opinion de D.R. Johnson et D.G. Post⁵². Selon ces auteurs, puisque les événements dans le cyberspace ont lieu à la fois partout et nulle part, sont l'oeuvre de personnes ayant des attributs à la fois réels et virtuels et portent sur des contenus qui transcendent les frontières géographiques, aucune juridiction ne peut prétendre détenir une compétence exclusive pour les assujettir à ses lois⁵³. Ils font valoir que le cyberspace doit être conçu comme un espace distinct, dont les diverses composantes seraient assujetties à des ensembles de règles distinctes⁵⁴:

«Treating cyberspace as a separate “space” to which distinct laws apply should come naturally because entry into this world of stored online communications occurs through a screen and (usually) a “password” boundary. There is a “placeness” to cyberspace because the messages accessed there are persistent and accessible to many people. You know when you are “there”. No one accidentally strays across the border into cyberspace. To be sure, cyberspace is not a homogenous place; groups and activities found at various online locations possess their own unique characteristics and distinctions, and each area probably will develop its own set of distinct rules. But the line that separates online transactions from our dealings in the real world is just as distinct as the physical boundaries between our territorial governments — perhaps more so.

⁵² D.R. JOHNSON, et D.G. POST, «The rise of law on the Global Network», dans B. KAHIN et C. NESSON (éd.), *Borders in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 1997, pp. 3-47.

⁵³ *Id.*, 10-11.

⁵⁴ *Id.*, 13-14.

Crossing into cyberspace is a meaningful act that would make application of a distinct "law of cyberspace" fair to those who pass over the electronic boundary. As noted, a primary function and characteristic of a border or boundary is its ability to be perceived by the one who crosses it. As regulatory structures evolve to govern cyberspace-based transactions, it will be much easier to be certain which of those rules apply to your online activities than to determine which territorially based authority might apply its laws to your conduct. For example, you would know that you should abide by the "terms of service" established by CompuServe or America Online when you are in their online territory rather than having to guess whether Germany or Tennessee or the SEC will succeed in asserting their right to regulate your activities and those of the "placeless" online personae with whom you communicate.»

De nouvelles règles devraient donc encadrer les activités dans le cyberespace, portant sur des sujets aussi variés que les marques de commerce, le droit d'auteur, l'atteinte à la réputation, l'offre de services professionnels, la fraude et les pratiques anti-concurrentielles. Les auteurs soutiennent que les acteurs du milieu sont dans une meilleure position que les législateurs pour élaborer ces nouveaux encadrements normatifs.

Adoptant la même perspective, O. Hance fait valoir qu'en raison du rôle actif de l'utilisateur de l'Internet, les règles développées à l'égard d'autres médias, qui sont conçues pour protéger un consommateur passif, ne devraient pas être transposées aux environnements électroniques. Il suggère l'élaboration d'un droit spécifique de la publicité par l'Internet qui tient compte du caractère interactif du médium⁵⁵.

⁵⁵ O. HANCE, *Business et droit d'Internet*, Bruxelles, Best of Editions/McGraw Hill, 1996, pp. 133-134.

D'autres entités ont récemment uni leurs voix à celles des promoteurs d'un cyberspace souverain, notamment les fournisseurs d'accès et de services commerciaux. Ces derniers sont motivés par d'autres préoccupations: ils ne souhaitent pas voir l'ingérence de l'État dans la gouvernance de leurs affaires, qui s'exercent, soutiennent-ils, dans un nouveau marché parfaitement licite. Ils privilégient les solutions issues du milieu, au premier plan l'auto-régulation. Comme le soulignent deux auteurs⁵⁶:

«Internet companies, hoping to stave off government legislation, are scrambling to create self-regulatory mechanisms on a broad range of Net policy issues [...]: privacy, content screening, gambling, junk mail or spam, and marketing to children.»

Plusieurs associations ont ainsi adopté des codes de conduite, tandis que des pratiques contractuelles normalisées ont vu le jour⁵⁷.

De l'autre côté du spectre, on retrouve des entités diverses aux intérêts tout aussi éparés: associations de créateurs, de parents, de victimes, groupes de pression, etc. Ces entités sont d'avis qu'à l'instar de la téléphonie ou de la

⁵⁶ C. MACAVINTA, et T. CLARK, «MCI mimics White House on e-commerce», *CNET news.com*, 21 juillet 1997.

⁵⁷ Par exemple, les fournisseurs d'accès à l'Internet, réunis sous la bannière de la Canadian Association of Internet Providers, ont adopté un code de conduite; voir GLOBE AND MAIL (The), «Internet group strikes conduct code», 2 novembre 1996, B3. Celui-ci est toutefois fort laconique et ne fait que déclarer, en substance, que les fournisseurs d'accès acceptent de se soumettre aux lois existantes. Certains ont inclus, dans leur convention d'accès, des procédures de règlement des différends. Il s'agit, par exemple, du cas de la société

radiodiffusion, Internet doit être et est, de fait, assujetti aux normes étatiques, certes avec les ajustements qui s'imposent. Cette position est, semble-t-il, partagée par la majorité des juristes. Comme le soulignent les auteurs du *Lamy*⁵⁸:

«Si certains articles de la grande presse pourraient faire croire le contraire, il est symptomatique qu'il n'est pas un spécialiste de ces matières pour soutenir que l'Internet doit être un lieu de non droit [...], quitte à ce que la notion même de droit soit différemment comprise selon la culture de chacun.»

Ceux-ci rejettent les notions de souveraineté du réseau et des usagers, qui présentent «des dangers si elles devaient signifier qu'aucune instance ne serait fondée à imposer le respect de certaines valeurs»⁵⁹. Ils font valoir que le réseau n'échappe pas nécessairement à l'emprise du droit même si, dans la majorité des situations, il ne sera pas sollicité (c'est le cas, par exemple, d'activités illicites ayant lieu à l'insu des personnes concernées ou de l'impossibilité de retracer les contrevenants). Dans le même ordre d'idées, Y. Brulard et P. Demolin expriment l'avis qu'il n'y a pas lieu d'élaborer un droit nouveau de l'Internet. Le droit applicable au réseau est le droit commun, certes avec les ajustements que commande sa dimension internationale⁶⁰:

Netcom, qui a adopté une procédure de résolution des conflits en matière de propriété intellectuelle; voir <http://www.netcom.com>.

⁵⁸ M. VIVANT (dir.), *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1997, p. 1254.

⁵⁹ *Id.*, p. 1261. Voir également M. VIVANT, *loc. cit.*, note 45.

⁶⁰ Y. BRULARD, et P. DEMOLIN, «Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet», dans E. MONTERO (éd.), *op. cit.*, note 45, pp. 1-64, 10.

«Toutes ces caractéristiques de la transaction commerciale sur Internet conduisent-elles à penser que seul un droit nouveau et spécifique, un droit Internet, peut les régler? Il n'en est rien: le droit Internet est avant tout le droit commun, même si sa dimension multinationale crée des difficultés spécifiques auxquelles il faut trouver une solution.»

Pour J.E. Labrèche, la question de l'assujettissement de l'Internet au droit est mal posée. Ce sont les activités dans l'Internet, et non pas l'espace virtuel en soi, qui doivent être considérées aux fins de déterminer l'encadrement juridique applicable⁶¹:

«Il s'agit bien de régler les activités qui ont lieu par le biais d'Internet et non de régler Internet en soi. En effet, l'assimilation d'Internet à l'«autoroute de l'information», ou «inforoute» peut mener à penser qu'il faudrait mettre en place un «code de l'inforoute». Il nous semble plutôt qu'il faut examiner les activités (celles-ci étant intelligibles à tous, puisqu'il s'agit de communication, d'échanges commerciaux, etc.) qui ont lieu par le biais d'Internet, y appliquer le droit existant et cerner les difficultés liées à la technologie, le cas échéant [...].»

Le groupe de travail américain sur les droits de propriété intellectuelle a également rejeté la proposition selon laquelle le cyberspace n'était pas assujéti au droit et, plus particulièrement, au régime juridique des droits d'auteur. Selon le groupe, les communications sur l'Internet n'ont pas lieu dans un univers virtuel et parallèle. Elles ne sont pas plus distinctes que les communications par satellite, radiodiffusion, télécopieur ou téléphone⁶²:

⁶¹ J.E. LABRÈCHE, *loc. cit.*, note 33, 39.

⁶² REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *op. cit.*, note 46.

«First, this argument relies on the fantasy that users of the Internet, for instance, are somehow transported to “chat rooms” and other locations, such as virtual libraries. While such conceptualization helps to put in material terms what is considered rather abstract, activity on the Internet takes place neither in outer space nor in parallel, virtual locations. Satellite, broadcast, fax and telephone transmissions have not been thought to be outside the jurisdiction of the nations from which or to which they are sent. Computer network transmissions have no distinguishing characteristics warranting such other-world treatment.»

P. Trudel *et al.* font également écho à cette conception de l’Internet comme support à diverses activités humaines, avec les conséquences qu’une telle conception emporte sur son encadrement juridique⁶³:

«Presque toutes les activités humaines ont vocation à se retrouver un jour dans l’espace constitué par les environnements électroniques. Alors, on pourrait dire que le droit du cyberspace se confond avec le droit dans sa totalité.»

Plusieurs ordres juridiques ont d’ailleurs exprimé leur volonté d’assujettir l’Internet aux normes étatiques. C’est le cas, par exemple, de l’État du Minnesota, dont le procureur général déclarait, en 1995, que les exploitants de sites Web dont le contenu était jugé illicite en vertu des lois de cet État feraient l’objet de poursuites, tant au civil qu’au pénal⁶⁴. Il s’agit également de la position des tribunaux. Par exemple, dans l’affaire *Playboy Enterprise, Inc. c. Chuckleberry*

⁶³ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. intro-7.

⁶⁴ *Statement of Minnesota AG on Internet Jurisdiction*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/minn.html>.

*Publishing, Inc.*⁶⁵, la Cour a rejeté l'argument selon lequel une ordonnance d'injonction rendue au début des années 1980 ne s'appliquait pas à l'Internet. Selon la Cour, l'ordonnance devait continuer à avoir un sens, même si elle avait été rendue avant l'explosion récente des technologies de l'information. Démontrant l'importance de s'en tenir aux activités, la Cour déclarait⁶⁶:

«...the injunction controls the activities complained of here, despite the fact that the Internet in its current form did not exist (and, moreover, could not have been contemplated by the parties) when the injunction was entered.»

Le débat concernant l'assujettissement de l'Internet au droit met en relief un problème de conception de l'objet des normes étatiques. À l'instar du second groupe, nous sommes d'avis que l'Internet ne doit pas être conçu comme un objet de droit en soi, mais plutôt comme un support technologique à un faisceau d'activités. Or, à moins qu'elles ne s'adressent à un médium particulier⁶⁷, les lois ont vocation à s'appliquer indépendamment de la technologie. Aussi, en dépit de la nouveauté du médium et de son caractère virtuel, les activités qui utilisent l'Internet comme véhicule de communication sont assujetties au droit et, plus particulièrement, au régime juridique de la publicité⁶⁸. Comme nous le verrons

⁶⁵ 939 F.Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 22.

⁶⁸ Voir l'opinion de P.H.G. FRANKLYN, «Advertising Law in Cyberspace: Emerging Issues for Electronic Advertisers», *loc. cit.*, note 34, pp. 1-2: «Although advertising on the Internet is a relatively new phenomenon, it is subject to the same basic legal considerations as apply to print, broadcast and other forms of advertising». Voir également M.M. TURNER, *loc. cit.*, note 34, 26: «What is clear, at least in the interim, is that existing laws and regulations

dans la prochaine section, cette conclusion est compatible avec la portée des diverses normes encadrant la publicité.

2. Portée des normes encadrant la publicité

La *Loi sur la concurrence*⁶⁹ ne limite pas la portée des interdictions qu'elle énonce aux médias existants. Au contraire, des indications sont réputées être données au public, selon les termes de l'article 52(1), si elles «se trouvent dans ou sur quelque chose qui est [...] transmis au public ou mis à sa disposition de quelque manière que ce soit» (nous soulignons)⁷⁰. Selon N. L'Heureux, «[t]out genre d'indication est susceptible de constituer une infraction, quels qu'en soient la forme ou le support, qu'elle soit donnée par écrit ou verbalement par le vendeur»⁷¹. Les amendements proposés à la *Loi sur la concurrence* sont plus explicites. L'article 13 du Projet de loi C-67⁷² crée une infraction pénale s'appliquant au «télémarketing», lequel est défini comme «la pratique de la communication téléphonique interactive pour promouvoir directement ou

regarding advertising and marketing communications do apply in Cyberspace and that the proper authorities will continue to use them to police false and misleading advertising, consumer fraud, privacy violations, trademark and copyright infringement, and other illegal acts».

⁶⁹ Précitée, note 8.

⁷⁰ Voir le sous-paragraphe 52(2)e) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 8.

⁷¹ N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 18, p. 280. Voir également la jurisprudence qu'elle cite: *R. c. Opera Diamond Ltd.*, (1974) 15 C.P.R. (2d) 157; *R. c. Encyclopaedia Britannica Publications Ltd.*, (1977) 28 C.P.R. (2d) 201 et *Canadian Fur Shop of Saitoh Ltd. c. R.*, C.C. Toronto, 28 avril 1980.

indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques». Selon un auteur, cette définition s'appliquerait à l'Internet⁷³.

En ce qui a trait à la *Loi sur la protection du consommateur*⁷⁴, l'article 219 précise que l'interdiction de toute représentation fautive ou trompeuse s'applique quelque soit le moyen utilisé. En outre, la définition d'une représentation est particulièrement englobante, puisqu'elle comprend une affirmation, un comportement ou une omission⁷⁵.

Par ailleurs, en vertu de l'article 2 de la *Loi sur les aliments et drogues*⁷⁶, les vocables «publicité» et «annonce» s'entendent, notamment, «de la présentation, par tout moyen, d'un aliment, d'une drogue, d'un cosmétique ou d'un instrument en vue d'en stimuler directement ou indirectement l'aliénation, notamment par la vente» (nous soulignons).

⁷² Deuxième session, 35^e législature, 45 Elizabeth II, 1996. Ce projet de loi n'a toutefois pas été adopté.

⁷³ Voir P.H.G. FRANKLYN, *loc. cit.*, note 68, p. 11. Dans la mesure où elle s'applique à l'Internet, cette disposition est susceptible d'avoir une incidence non négligeable, en raison notamment des exigences de divulgation qu'elle impose.

⁷⁴ Précitée, note 9.

⁷⁵ Art. 216 L.P.C.

⁷⁶ Précitée, note 23.

De même, les moyens ou formats publicitaires ne sont pas énumérés exhaustivement dans la *Charte de la langue française*⁷⁷. L'article 52 énumère, de façon non limitative, des types de contenus publicitaires plutôt que des moyens (catalogues, brochures, dépliants, annuaires), quoique ces contenus évoquent un support imprimé ou à tout le moins imprimable ou «appropriable» par les consommateurs. L'article 52 vise également «toute autre publication de même nature», «nature» référant ici davantage au contenu qu'au support. L'article 58 vise, quant à lui, toute «publicité commerciale»⁷⁸.

La définition de «concours publicitaire» énoncée à l'article 1b) de la *Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*⁷⁹ ne vise pas de support particulier⁸⁰. L'article 11 des *Règles sur les concours publicitaires*⁸¹ prévoit toutefois qu'«un concours publicitaire est lancé dans le

⁷⁷ Précitée, note 27.

⁷⁸ Il serait toutefois difficile de soutenir que l'Internet est en soi un organe d'information au sens de l'article 59 de la *Charte de la langue française*. Même si le Web permet la diffusion d'information, celle-ci se fait dans toutes les langues (bien que majoritairement en langue anglaise), et l'Internet est le support d'autres applications en sus de la provision d'information, notamment interactives (à caractère ludique, transactionnel, etc.). Certains sites pourront toutefois se prévaloir de cette exception. C'est le cas, notamment, des médias qui diffusent de l'information sur support électronique; voir, par exemple, le site du journal *The Gazette*, qui n'est disponible qu'en version anglaise (<http://www.montrealgazette.com>).

⁷⁹ Précitée, note 24.

⁸⁰ L'article 1(b) de la *Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, précitée, note 24, définit ainsi un concours publicitaire: «un concours, un système de loterie, un jeu, un plan ou une opération dont le résultat est l'attribution d'un prix et dont le but est de promouvoir les intérêts commerciaux d'une personne au bénéfice de laquelle il est tenu».

⁸¹ R.R.Q., c. L-6, r.3.1.

public lorsqu'une réclame de ce concours est diffusée dans le public pour la première fois, quel que soit le média utilisé» (nous soulignons).

Comme on le voit, les normes encadrant la publicité ne visent ni n'excluent spécifiquement l'Internet⁸². Cette conclusion n'est pas surprenante, dans la mesure où l'Internet n'était pas, en toute probabilité, envisagé au moment de leur élaboration. Toutefois, la plupart des normes recensées visent par incorporation les développements technologiques en dissociant l'objet de la norme (la publicité), du moyen ou médium utilisé. Dans cette perspective, l'encadrement juridique de la publicité est effectivement neutre d'un point de vue technologique et les activités s'exprimant au moyen de l'Internet y sont indubitablement assujetties. Il s'agit, en l'occurrence, de la position adoptée par les organismes de surveillance en charge de l'application de cet encadrement juridique.

3. Position des organismes de surveillance

Rachel Larabie-LeSieur, du Bureau de la concurrence, soulignait déjà, lors d'une conférence tenue à Toronto en 1995, que le Bureau surveillerait la publicité

⁸² De fait, seule la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 22, vise un médium particulier. Le CRTC ne s'est pas encore prononcé sur l'opportunité de réglementer l'Internet. En se fondant sur les principes qui sous-tendent la *Loi sur la radiodiffusion*, notamment la limite de spectre, son application (au premier plan le système de permis) ne devrait pas être étendue à l'Internet, qui permet la compression des contenus, favorisant ainsi la concurrence et, par le fait même, l'offre de contenus canadiens. À tout événement, dans l'hypothèse où le CRTC étendait, dans son principe, sa compétence à l'Internet, celui-ci devrait bénéficier d'une ordonnance d'exemption.

par l'Internet pour s'assurer de sa conformité avec la loi: «The same basic rules that govern traditional advertising and marketing practices also apply to electronic and online advertising or marketing. It has become almost axiomatic to say that: "If it's illegal in the world, it's illegal in Cyberspace"»⁸³. À notre connaissance, il n'existe pas encore d'exemple concret de l'intervention du Bureau de la concurrence en matière de publicité par Internet. Le Bureau a toutefois récemment uni ses efforts à ceux de son pendant américain, la Federal Trade Commission (ci-après la «FTC»)⁸⁴, pour lutter contre la publicité trompeuse diffusée par Internet⁸⁵.

La FTC, quant à elle, est intervenue à plusieurs reprises en matière de publicité fausse ou trompeuse par Internet, surtout à l'égard de messages diffusés dans le courrier électronique, USENET ou les réseaux propriétaires (ex. CompuServe, America Online). Certaines publicités litigieuses faisaient la promotion de plans garantis de rétablissement de crédit. D'autres annonçaient des occasions d'affaires factices, voire carrément frauduleuses (ex. vente pyramidale). La plupart des poursuites intentées par la FTC ont été réglées hors cour. Outre

⁸³ Ces propos sont rapportés dans S. McLAUGHLIN (éd.), *op cit.*, note 34, p. A313.

⁸⁴ La loi habilitante est la *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. § 45. Mentionnons également la compétence de la *National Advertising Division* (NAD) du *Council of Better Business Bureaus*, organisme non gouvernemental qui, à la suite d'une plainte, peut étudier une publicité et requérir des preuves de son fondement. Si l'annonceur refuse de collaborer avec la NAD, cette dernière peut soumettre le dossier à la FTC. La NAD a déjà sévi à l'endroit d'un annonceur qui n'avait pu fournir de démonstration suffisante pour appuyer les vertus qu'il prêtait à un supplément nutritif; voir J.P. FELDMAN, *Update at the NAD: Policing Cyberspace Advertising*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/nad.html>.

⁸⁵ Communiqué du Bureau de la concurrence en date du 24 avril 1997.

l'engagement de cesser toute représentation trompeuse, plusieurs des règlements ont également prévu l'indemnisation des consommateurs lésés⁸⁶.

La Direction générale de la protection de la santé, qui est chargée, notamment, de l'application de la *Loi sur les aliments et drogues*⁸⁷ et de ses règlements, a également exprimé son intention de contrôler les activités promotionnelles par Internet. Contrairement à son pendant américain, la Food and Drug Administration, la Direction n'a toutefois pas adopté de programme de surveillance de l'Internet; elle agira à la suite de plaintes. À l'heure actuelle, la Direction est davantage préoccupée par la fraude commise par le biais de l'Internet (ex. vente de médicaments sans ordonnance), plutôt que par les activités publicitaires en soi⁸⁸.

Pour sa part, l'Office de la langue française a récemment rendu publique sa politique concernant l'application de la *Charte de la langue française*⁸⁹ à la publicité commerciale véhiculée par le Web⁹⁰.

⁸⁶ Voir, généralement, J.P. FELDMAN, *FTC Cracks down on Traditional Fraud Perpetrated on the Internet*, <http://calvin.arentfox.com/feature/sweepstake/articles/ftccrackdown.html>.

⁸⁷ Précitée, note 23.

⁸⁸ Conversation téléphonique avec un représentant de la Direction générale de la protection de la santé, septembre 1997.

⁸⁹ Précitée, note 27.

⁹⁰ Pour le texte intégral de la politique, voir OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *La Charte de la langue française et les sites Web*, <http://www.olf.gouv.qc.ca/sites.htm>.

«La publicité commerciale, dans son ensemble, est bel et bien visée par la Charte, quel que soit le moyen de diffusion utilisé. Ainsi, l'Office considère que la publicité commerciale véhiculée par un site Web, tout comme celle diffusée par télécopieur et par courrier électronique, est soumise à la règle de l'article 52 de la Charte, ce qui signifie que le français est obligatoire. Une autre langue peut toutefois être utilisée sur un pied d'égalité.»

Comme on le voit, l'Office a, pour l'instant du moins, adopté la position selon laquelle la publicité par Internet est assujettie à l'article 52 de la *Charte*, qui vise la publicité imprimée (ou imprimable), plutôt qu'à l'article 58, dont le libellé («publicité commerciale») est pourtant plus large. Dans la *Charte annotée*⁹¹, l'Office souligne que la règle de la prédominance s'applique davantage à l'affichage (commercial ou non) qu'à la publicité commerciale non affichée, laquelle «est la plupart du temps assimilable à des documents publicitaires visés par l'article 52, qui permet l'usage d'autres langues en plus du français et sur un pied d'égalité avec celui-ci»⁹².

* * *

⁹¹ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Charte de la langue française annotée*, <http://www.olf.gouv.qc.ca>.

⁹² Voir l'article 89 de la *Charte de la langue française*, précitée, note 27, et l'article 10 du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., c. C-11, r.9.01.

Le cyberspace n'est pas une terre sans loi et le régime juridique de la publicité s'applique donc aux activités promotionnelles par Internet⁹³. La portée de cette conclusion est toutefois atténuée par les difficultés inhérentes au contrôle étatique d'un espace qui transcende les frontières géographiques. Comme le soulignent F. deVisscher et D. Grossmann, «les vrais problèmes touchent plutôt à l'application conjointe de nombreuses lois nationales et dès lors à la nécessité pratique d'harmoniser les approches, d'unifier les lois et de centraliser les compétences»⁹⁴. C'est cette question du contrôle étatique de l'espace transnational que nous nous proposons d'analyser dans la prochaine section.

B. Contrôle étatique de l'espace transnational

Internet est un environnement électronique ouvert: en l'absence de mesures particulières visant à en restreindre l'accès, un site publicitaire est accessible de partout. Cet attribut technologique de l'environnement publicitaire d'Internet soulève deux interrogations. Premièrement, les normes étatiques encadrant la publicité au Québec, de même que les sanctions pénales dont elles sont assorties, ont-elles vocation à s'appliquer à tous les sites publicitaires qui

⁹³ Ceci ne veut pas dire qu'il n'y aura pas de problèmes d'adéquation entre ce cadre juridique et les activités publicitaires par Internet et qu'on ne fera pas le constat que les lois sont déficientes à certains égards. Mais il s'agit d'une question d'adéquation, et non d'application, du régime juridique. Nous analysons, en deuxième partie, certains de ces problèmes d'adéquation.

⁹⁴ F. deVISSCHER et D. GROSSMANN, «Brèves réflexions sur la publicité et Internet en droit belge», *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997, 1513.

sont possiblement accessibles par les consommateurs québécois⁹⁵? C'est la question de l'application des lois nationales (1). Deuxièmement, les autorités québécoises peuvent-elles être saisies de recours civils (statutaires ou de droit commun) portés contre un défendeur étranger dont le site publicitaire est accessible au Québec⁹⁶? C'est la question de la compétence des tribunaux (2). Bien qu'elle soit rarement posée dans les commentaires doctrinaux ou la jurisprudence, la distinction entre ces deux questions est importante, puisque leur résolution fait appel à des domaines de droit aux fondements différents: le droit public pour la première et le droit international privé pour la seconde.

1. Problématique de l'application des lois nationales

La plupart des systèmes juridiques adhèrent à la prémisse selon laquelle les États souverains jouissent d'une compétence exclusive sur leur territoire. Cette prémisse trouve écho dans le principe de droit international public selon lequel les États sont compétents pour adopter des lois et les appliquer dans les limites de

⁹⁵ La question inverse se pose également: les annonceurs québécois qui exploitent un site publicitaire sont-ils assujettis aux lois de tous les pays dans lesquels leur site est accessible? Si nous avons choisi d'y répondre dans la perspective du droit québécois, notons que plusieurs des principes élaborés sont applicables dans plusieurs autres États.

⁹⁶ La question inverse se pose également: les annonceurs québécois peuvent-ils être assujettis à la compétence des autorités étrangères sur la base de l'exploitation d'un site publicitaire? Les règles de droit international privé varient d'un État à l'autre. Nous avons choisi d'y répondre dans la perspective du droit québécois.

leur territoire⁹⁷. Comme le soulignent F. deVisscher et D. Grossmann au sujet du droit pénal de la publicité⁹⁸:

«[L]a loi pénale a vocation à s'appliquer "territorialement", c'est-à-dire à l'égard de tout fait qui se situe sur le territoire d'un État dont la souveraineté implique évidemment qu'il règle tout ce qui se passe sur son territoire et y attache une sanction, même à l'égard des non-ressortissants. Cette règle est unanimement admise de par le monde.»

Le principe de territorialité des lois donne naissance à une présomption selon laquelle le législateur n'a pas voulu donner une portée extra-territoriale à ses lois⁹⁹. Les lois s'appliquent donc aux personnes, aux biens, aux faits et aux actes qui sont situés ou ont lieu dans le territoire soumis à sa compétence et les tribunaux doivent les interpréter conformément à cette présomption¹⁰⁰. Le législateur fédéral peut cependant y déroger de manière expresse ou tacite¹⁰¹. Ainsi, certaines dispositions du *Code criminel* permettent de poursuivre un contrevenant pour des infractions commises à l'extérieur du territoire canadien (par exemple, le complot: art. 465(3) du *Code criminel*). Toutefois, puisque les

⁹⁷ *De Savoye c. Morguard Investments Ltd.*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022. En matières pénales, les questions de compétence des tribunaux et d'application territoriale des lois se confondent donc. Voir, à cet égard, P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYKHEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 4-9: «En droit public, la compétence législative et la juridiction du tribunal sont généralement inter-reliées: le tribunal ne peut appliquer la loi d'un autre État».

⁹⁸ F. deVISSCHER et D. GROSSMANN, *loc. cit.*, note 94, 1513.

⁹⁹ Voir, généralement, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990.

¹⁰⁰ Voir, à titre d'illustration, *Association pharmaceutique de la Province de Québec c. Eaton*, (1931) 50 B.R. 482; *Faucher c. Commission des liqueurs du Québec*, (1931) 50 B.R. 13.

¹⁰¹ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 99, p. 167.

provinces sont liées par la règle constitutionnelle qui limite l'exercice de leurs compétences à l'intérieur de leur territoire, elles ne peuvent déroger à cette présomption, sous peine d'invalidité constitutionnelle¹⁰². À cet égard, le juge Pigeon faisait remarquer¹⁰³:

«Le principe est donc que le législateur n'est pas présumé aller à l'encontre de la Constitution et, par conséquent, dans toutes les lois provinciales on sous-entend la limitation territoriale. Il est donc parfaitement inutile d'écrire que la loi se limite, dans son application, au territoire.»

La présomption de territorialité de la loi n'est cependant pas appliquée dans toute sa rigueur, notamment lorsque les faits chevauchent plusieurs juridictions. Ainsi, un litige comportant des éléments d'extranéité pourra néanmoins être régi par les lois d'une province lorsqu'il présente un «lien substantiel» avec celle-ci¹⁰⁴. Les tribunaux ont énoncé différentes règles pour qualifier un tel lien, qui s'inspirent des facteurs de rattachement développés en droit international privé pour résoudre les conflits de lois¹⁰⁵.

La question de l'application des lois nationales à des litiges comportant des éléments d'extranéité n'est soulevée, en matière de publicité traditionnelle,

¹⁰² Voir, entre autres, les articles 92, 93 et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, qui énoncent: Dans chaque province...»; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 13-4 et suiv.; *Interprovincial Cooperatives Ltd. c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 477.

¹⁰³ L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 54.

¹⁰⁴ Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 98.

qu'occasionnellement. Par exemple, en 1992, une société américaine a fait parvenir à plusieurs milliers de résidents de la région de Toronto une lettre les informant de la liquidation de marchandises des magasins Pascal à la suite d'une ordonnance judiciaire. Or, aucune ordonnance n'avait été prononcée en ce sens et la plupart des marchandises ne provenaient pas des magasins Pascal. En recourant au traité d'extradition avec les États-Unis, le Canada a obtenu la comparution de la compagnie devant un tribunal canadien, qui lui a imposé une amende de 130 000 \$¹⁰⁶.

La publicité par Internet est fondamentalement a-territoriale, en raison de la délocalisation de ses éléments constitutifs (message, serveur, réseau, etc.) et de son caractère transnational. Ces attributs ont une incidence directe sur le contrôle que peuvent exercer les États sur les activités publicitaires, particulièrement en ce qui a trait à l'application de normes qui cristallisent des valeurs qui leur sont spécifiques (sociales, économiques, culturelles). Un auteur résume ainsi la problématique¹⁰⁷:

«Those advertisements can be accessed from any point on the globe with Internet access. Users in France can view the advertisements on their computer screens and can even download and print out the advertisements from their computers. If those advertisements had been published in a French magazine or appeared on French

¹⁰⁵ Pour les facteurs de rattachement en droit international privé, voir E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990.

¹⁰⁶ Cette affaire est rapportée dans S. McLAUGHLIN (éd.), *op. cit.*, note 34, p. A306.

¹⁰⁷ M.D. SCOTT, *loc. cit.*, note 31, 4.

television they would have subjected the American company to liability, since they violate two French laws — one requiring all advertisements in France to be in French and another prohibiting comparative advertising.

Depending on the content of the advertisements, they could also violate morality laws in Iran, trade libel laws in the United Kingdom, or any of a number of laws and regulations in a variety of other countries. Should the U.S. company be subject to prosecution for violating these laws simply because citizens of that country can access those ads via the Internet? Should it matter if the U.S. company has operations in the specific country or not? If the advertiser provides a warning or advisory on a preliminary screen telling people in certain countries they should not look at the advertising on that Web site, will that insulate it from liability?»

Ainsi en est-il de la publicité destinée aux enfants, de la langue, des notions d'obscénité ou de nudité¹⁰⁸, de la publicité comparative, ou encore de l'annonce de boissons alcooliques, de tabac ou de jeux et paris, dont les normes sont susceptibles de varier d'un État à l'autre.

Les difficultés liées à l'application des lois nationales à la publicité par l'Internet et, par voie de conséquence, à la sanction des contrevenants, ont été mises en évidence, en France, dans le cadre de l'application de normes

¹⁰⁸ Certains États tolèrent mieux que d'autres la nudité dans les messages publicitaires. C'est le cas, notamment, de la plupart des pays d'Europe. D'autres, comme les États-Unis, sont plus stricts. G.E. MORRIS, «Local Laws and the Global Village», *Advertising & Marketing Review*, http://www.ad-mkt-review.com/public_html/air/air009.html, résume ainsi la problématique:

«For decades European print ads have featured nudity that would have certainly violated the laws of some communities in the U.S., and some other nations. Now that any French company can go online with an Internet server and make their advertising available to the world, are they now criminally liable anytime their ad violates a local standard? And what about an international ad agency that produces the ads, and prints them online for a client?»

linguistiques. S'appuyant sur certaines dispositions de la loi Toubon de 1994, qui vise la promotion de la langue française notamment dans la publicité commerciale, deux associations de défense de la langue française ont intenté une poursuite contre le campus français d'une institution d'enseignement affiliée au Georgia Institute of Technology, lequel avait constitué un site Web unilingue anglais offrant, entre autres, une description des cours dispensés par l'institution. Avant même le rejet de la poursuite sur une question procédurale, celle-ci avait soulevé un débat¹⁰⁹:

«The ruling is likely to have wide implications for the reach of national laws over the Internet. While Internet champions argue the network should operate free of local restraint, many national governments have asserted authority over it, often to restrict pornography or stifle political dissent.»

Un autre commentateur écrivait, au sujet de cette affaire¹¹⁰:

«Although the law specifically exempts educational institutions, and Georgia Tech Lorraine's courses in France are taught only in English by faculty from Georgia Tech, the Atlanta institute woke up to the Kafkaesque nightmare that every business with a web site dreads — being hauled into a foreign court in a foreign language to face a charge that resonates strongly in that foreign locale. Fortunately, the Tribunal de Police de Paris decided earlier this month to dismiss the lawsuit, but only on procedural grounds...»

¹⁰⁹ REUTERS, «French-only ruling delayed», *loc. cit.*, note 51.

¹¹⁰ W.R. LEIBOWITZ, «National Laws Entangle the 'Net: It's A Small, Small, Litigious Web», *loc. cit.*, note 51.

En matière de jeux et paris, les démarches entreprises par le Minnesota ont été plus fructueuses. Le procureur général de cet État a intenté un recours en injonction contre deux défendeurs domiciliés au Nevada qui avaient publié, sur deux sites Web hébergés sur un serveur situé au Nevada, des renseignements sur le jeu qui laissaient entendre que celui-ci était licite aux États-Unis¹¹¹. Puisque le jeu est prohibé par les lois fédérales, le procureur général a prétendu qu'il s'agissait d'une représentation fautive, sanctionnable en vertu des lois de consommation de cet État¹¹². Faisant valoir que les deux sites Internet étaient non seulement potentiellement accessibles à des milliers de citoyens du Minnesota, mais avaient, de fait, été visités par certains d'entre eux, la Cour a déclaré¹¹³:

«Defendants attempt to hide behind the Internet and claim that they mailed nothing to Minnesota, sent nothing to Minnesota, and never advertised in Minnesota. This argument is not sound in the age of cyberspace. Once the Defendants place an advertisement on the Internet, that advertisement is available 24 hours a day, seven days a week, 365 days a year to any Internet user until the Defendants take it off the Internet.»

Malgré cet énoncé très large, la Cour a considéré d'autres éléments en sus de l'accessibilité des sites Web, qui démontraient l'existence d'une campagne de sollicitation dans l'État du Minnesota¹¹⁴: «the computer hits on Defendants' Web

¹¹¹ *Minnesota (A.G.) c. Granite Gate Resorts Inc.*, 1996 WL 767431 (Minn. Dist. Ct.). Cette décision a été confirmée en appel; voir 568 N.W. 2d 715 (Minn. Ct. App. 1997).

¹¹² Curieusement, le débat devant le tribunal s'est articulé non pas autour de la question de l'application extra-territoriale des lois de l'État du Minnesota, mais de celle de la détermination des règles de compétence des tribunaux.

¹¹³ *Minnesota (A.G.) c. Granite Gate Resorts Inc.*, précitée, note 111, 6.

¹¹⁴ *Id.*, 7.

sites and the fact that the advertisements give consumers phone numbers to call, along with the fact that the Court has determined that WagerNet's mailing list include Minnesota residents, are more than sufficient evidence that Defendants have made a direct marketing campaign to the State of Minnesota».

Le principe d'application territoriale des lois implique qu'une société qui exploite une entreprise au Québec (par exemple, lorsqu'elle y est domiciliée, y possède un établissement, y distribue des biens ou services, etc.) est assujettie aux lois applicables dans la province en regard des activités qu'elle peut par ailleurs conduire par Internet. Mais cette conclusion s'étend-elle à la société dont l'unique présence au Québec se traduit par l'accessibilité de son site Web? Pour résoudre cette question, il importe de regarder les activités promotionnelles concernées à la lumière des normes applicables. Si le législateur n'a pas à spécifier que ses lois s'appliquent dans le territoire soumis à sa compétence (la présomption trouve application), le libellé de certaines dispositions peut aider à en circonscrire la portée. Par exemple, l'article 1h) de la *Loi sur la protection du consommateur*¹¹⁵ définit le «message publicitaire» comme celui destiné à *promouvoir un bien, un service ou un organisme au Québec*. À notre avis, un annonceur dont l'activité dans la province se limite à l'accessibilité (théorique) d'informations sur un site publicitaire, sans autre contact avec le marché québécois, ne saurait être réputé faire de la *promotion au Québec*. À l'opposé, si cet annonceur transigeait avec des résidents québécois par l'entremise de son

site publicitaire (vente de produits en ligne, par exemple), il serait probablement considéré comme faisant de la promotion au Québec. Ce sont les activités publicitaires se situant entre ces deux pôles qui soulèvent le plus d'incertitude.

Dans un appel à la prudence, un auteur conseille aux sociétés qui exploitent un site publicitaire de respecter la législation du pays qui a adopté la réglementation la plus stricte — l'Allemagne à l'heure actuelle¹¹⁶. Cette suggestion met en évidence un des nombreux paradoxes de l'Internet: promu comme un espace de liberté, l'Internet serait dans les faits un espace de contrainte¹¹⁷. Elle manque toutefois de nuance, en ne reconnaissant pas qu'en pratique, un État évaluera l'opportunité d'intenter un recours, qui sera d'autant moins grande s'il ne peut contraindre le défendeur, ni éventuellement exécuter la sanction contre lui ou ses biens.

Une solution théorique (pour ne pas dire utopique) vise l'harmonisation des lois régissant la publicité¹¹⁸. Par exemple, la Communauté européenne a élaboré certaines directives en matière, notamment, de publicité trompeuse¹¹⁹ et sur support télévisuel¹²⁰. Une proposition de directive relative à la publicité

¹¹⁵ Précitée, note 9.

¹¹⁶ M.M. TURNER, *loc. cit.*, note 34, 21. L'Allemagne prohibe, entre autres matières, la publicité comparative.

¹¹⁷ M. VIVANT (dir.), *op. cit.*, note 58, p. 1260.

¹¹⁸ A. BENSOUSSAN (dir.), *Internet — aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1996, p. 64.

¹¹⁹ Directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984.

¹²⁰ Directive n° 89/552/CEE du 3 octobre 1989.

comparative est actuellement pendante. La solution conventionnelle prend cependant la forme d'un long chemin semé d'embûches, lesquelles sont principalement liées à l'arbitrage des valeurs qui sous-tendent plusieurs normes. Comme le souligne M. Vivant au sujet de la liberté d'expression¹²¹:

«[I]l est permis d'avoir des doutes quant à la faisabilité de cette solution: qui arbitrera, par exemple, sur le point de savoir ce que permet et ce que ne permet pas la liberté d'expression entre les conceptions afgane, américaine et française ou allemande?»

Dans l'intervalle, d'autres solutions arrimées à la technologie de l'Internet semblent mieux taillées à la nature du problème. Outre le contrôle pur et simple de l'accès au site¹²², un annonceur pourra circonscrire la portée de son contenu, en indiquant, par exemple, qu'il ne s'adresse pas aux résidents de tel État ou qu'il vise exclusivement ceux de tel autre, ou encore qu'il s'adresse ou exclut, selon le cas, tel groupe de consommateurs (selon l'âge par exemple)¹²³. Dans le même ordre d'idées, un annonceur pourra inviter les visiteurs à sélectionner, à partir de la page d'accueil, leur région d'appartenance, afin de consulter l'information

¹²¹ M. VIVANT, *loc. cit.*, note 45, 226.

¹²² Les sites propriétaires vont toutefois à contre-courant de la philosophie libertaire qui a présidé au développement de l'Internet et ne sont pas vraiment envisageables pour un site publicitaire, contrairement, par exemple, aux sites payants (ex. pornographiques).

¹²³ L. ROSE et J.P. FELDMAN, *Internet Marketing: Practical Suggestions for International Advertising and Promotions*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/intl.htm>. C. HERTZ-EICHENRODE, *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997, 1512, fait toutefois remarquer, dans la perspective du droit allemand: «Il n'est cependant pas clair dans quelle mesure l'éditeur de la publicité peut échapper à la juridiction allemande par une mention complémentaire et suffisamment visible (disclaimer), par exemple "publicité exclusivement destinée à la France", "publicité non destinée à l'Allemagne". Pour un contrat de vente, ce disclaimer est généralement accepté en droit allemand et il serait logique de l'accepter aussi pour une publicité placée sur Internet [...]».

pertinente (et présumément licite dans leur État)¹²⁴. Dans certains domaines, comme la publicité de produits pharmaceutiques, à l'égard desquels un usage peut être restreint aux États-Unis, par exemple, mais permis au Canada ou en Europe, un annonceur pourra constituer une pluralité de sites publicitaires ou encore spécifier que le fait qu'un usage soit permis dans certains pays n'emporte pas son approbation par les autorités d'autres États¹²⁵.

Comme nous l'enseigne l'affaire *Granite Gate*¹²⁶, circonscrire la portée territoriale d'une publicité par Internet est particulièrement important dans le cas de la constitution d'une liste de distribution. Un annonceur devrait donc s'assurer que seuls les résidents des États auxquels la publicité est destinée se retrouvent sur la liste. Il en est de même des groupes de discussion. Un annonceur devrait en outre s'abstenir de solliciter directement des consommateurs par le biais du courrier électronique ou des groupes de nouvelles USENET.

En ce qui a trait aux concours publicitaires par Internet, le promoteur devrait s'assurer que le concours soit licite dans tous les pays dans lesquels il se propose d'accepter des participants et respecter les dispositions législatives

¹²⁴ Par exemple, lorsqu'on accède à la page de la compagnie Fidelity, spécialisée dans la vente de fonds, on y lit que «the information on this page is for U.S. residents only. If you don't reside in the U.S., visit our International Sites to get information on funds sold in your country». Lorsque le visiteur sélectionne «International Sites», il accède à une page qui contient des liens pour l'Europe, le Canada et l'Asie; voir http://www.fidelity.com/funds/fund_menu.html.

¹²⁵ Voir M.J. SCHEINESON, *loc. cit.*, note 35, 714.

¹²⁶ Précité, note 111.

applicables en la matière, par exemple en ce qui concerne l'inscription du concours auprès des autorités compétentes, la fourniture d'un cautionnement, le dépôt du texte et des règlements du concours avant sa diffusion, la langue du concours, les délais de remise des prix, etc.¹²⁷. À défaut, il devrait clairement indiquer que le concours n'est ouvert qu'aux résidents des pays où il est licite¹²⁸. Par exemple, Microsoft a circonscrit ainsi les critères de participation au concours «Microsoft Expedia/Northwest Airlines Around-the-World Fantasy Sweepstakes»:

«Sweepstakes open only to legal residents of the fifty (50) United States and Canada 18 years of age or older at the time of entry who have a major credit card in good standing as of 30 July 1997 at 12:01 AM Pacific Standard Time (PST). Residents of the province of Quebec and Puerto Rico are not eligible to win. Void where prohibited by law. In the case of such residents who enter via the Internet, the Sweepstakes is open only to such residents who are also the registered subscriber of the e-mail account under which entry is made.»

* * *

¹²⁷ Par exemple, une entreprise étrangère qui lance un concours auquel les résidents québécois sont admissibles doit, entre autres, inscrire le concours auprès de la Régie, payer les droits calculés sur la valeur des prix offerts aux participants québécois, remettre à la Régie une copie du texte de la réclame et des règlements, fournir un cautionnement et déposer un rapport de confirmation à la suite de la remise des prix; voir la *Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, précitée, note 24, et les *Règles sur les concours publicitaires*, précitées, note 81.

¹²⁸ Voir, généralement, L. ROSE et J.P. FELDMAN, *loc. cit.*, note 123. Par exemple, la compagnie Godiva limite la participation à ses concours publicitaires aux résidents des États-Unis: «The following sweepstakes is only open to legal residents of the United States and shall only be construed and evaluated according to United States law. Do not proceed in this site if you are not a legal United States resident». D'autres se contentent simplement de mentionner que le concours est nul là où la loi le prohibe: «This sweepstakes is void where prohibited by law».

La question de l'application des lois nationales à l'Internet est certes l'une des plus préoccupantes de l'heure. Toutefois, si la menace qui pèse sur les annonceurs est réelle, il est à parier que peu d'États jugeront opportun de sévir à l'endroit d'un annonceur dont la seule activité dans leur territoire consiste en l'accessibilité théorique de son site publicitaire, d'autant plus s'il a pris des mesures pour en circonscrire la portée. C'est ce qui explique probablement pourquoi, dans les faits, les poursuites de ce genre sont quasi-inexistantes. Celles que nous avons recensées témoignaient de l'existence de liens plus substantiels.

Une autre menace, beaucoup plus imminente si l'on tient compte du nombre de litiges recensés à ce jour et de la pluralité d'opinions exprimées par les magistrats, pèse toutefois sur les annonceurs. En exploitant un site publicitaire sur l'Internet, un annonceur est susceptible d'être poursuivi devant un tribunal étranger dans le cadre d'un litige mettant en cause, non plus la légalité *per se* de sa publicité, mais sa responsabilité civile (statutaire ou de droit commun) à l'égard de tiers. C'est cette question que nous analysons dans la prochaine section.

2. Compétence des tribunaux

La question du contrôle étatique de l'espace transnational se présente donc sous un autre angle: les tribunaux québécois sont-ils compétents pour entendre un litige (fondé, par exemple, sur l'usurpation d'une marque de

commerce, la concurrence déloyale ou la violation de droits d'auteur) à l'encontre d'une entreprise étrangère dont le site publicitaire est accessible au Québec? Certes, les attributs technologiques de l'Internet et, plus particulièrement, son caractère virtuel, augmentent les difficultés liées à la résolution de cette question. Comme le souligne un auteur¹²⁹:

«In fact, the Internet has developed into a "world" formulated in "cyberspace" outside of the physical boundaries traditionally observed. This "other-realm" conception has clashed with jurisdictional rules that rely on contacts defined by physical parameters [...].»

Puisqu'il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions québécoises sur la question, nous croyons instructif d'analyser, dans un premier temps, les décisions américaines les plus marquantes, en gardant à l'esprit que les règles portant sur la compétence internationale des tribunaux relèvent du droit interne et varient donc d'un ordre juridique à l'autre (a). Dans un deuxième temps, nous ferons le lien avec les règles québécoises de compétence internationale des tribunaux (b)^{129b}.

¹²⁹ D.L. KIDD, «Casting the Net: Another Confusing Analysis of Personal Jurisdiction and Internet Contacts in *Telco Communications v. An Apple a Day*», (1998) 32 *University of Richmond L.R.* 505, 519.

^{129b} En marge de la question de la compétence des tribunaux, et une fois celle-ci établie, se pose la question toute aussi épineuse de la loi applicable au recours. Pour la résoudre, il importe de s'en remettre aux règles internes de conflit de lois adoptées par l'ordre juridique concerné. Au Québec, les articles 3083 et s. C.c.Q. régissent cette question. L'analyse de ces dispositions dépasse toutefois le cadre de notre mémoire.

a) Perspective de droit américain

La doctrine américaine portant sur la compétence de tribunaux fait la distinction entre la compétence générale et la compétence spécifique. La compétence générale est fondée sur des chefs qui confèrent au tribunal une compétence automatique et absolue sur le litige, tels que le domicile du défendeur ou la conclusion du contrat dans l'État du tribunal saisi. La compétence spécifique est fondée sur des liens plus ténus et donne lieu à l'appréciation de différents critères. C'est le cas, notamment, de la compétence fondée sur la commission d'un délit dans l'État du tribunal saisi.

La majorité des États américains sont dotés de lois particulières, appelées «*long-arm statutes*», qui régissent la compétence des tribunaux à l'endroit des étrangers¹³⁰. Ces lois sont complétées par la clause de «*due process*» de la Constitution américaine, enchâssée dans les cinquième et quatorzième amendements, qui requiert l'existence de contacts minimaux avec la juridiction du tribunal saisi. La jurisprudence américaine a développé un test en trois parties pour déterminer si l'introduction d'une action devant un tribunal respecte le *due*

¹³⁰

Par exemple, le «*long-arm statute*» de l'État de New-York prévoit qu'un tribunal peut exercer sa compétence sur un étranger qui commet un délit dans l'État («*commits a tortious act within the state*»), pourvu que la cause d'action soit fondée sur ce délit ou lorsqu'un délit commis dans un État étranger cause un préjudice dans l'État du tribunal saisi. Les juges fédéraux sont tenus d'appliquer les règles énoncées dans les «*long-arm statutes*» des États dans lesquels ils siègent aux fins de déterminer leur compétence.

*process*¹³¹. Premièrement, le défendeur étranger doit s'être prévalu du privilège de faire affaires dans l'État du tribunal saisi (sans que sa présence physique dans cet État ne soit pour autant requise). Deuxièmement, la cause d'action doit être fondée sur son activité dans cet État. Enfin, l'exercice de la compétence par le tribunal saisi doit respecter ce que la Cour suprême des États-Unis qualifie de «traditional notions of fair play and substantial justice»¹³². Certains éléments sont considérés dans l'évaluation de ce troisième volet, dont le fardeau que devra encourir le défendeur étranger pour se défendre à l'action et l'intérêt de l'État du tribunal saisi dans l'application de ses propres lois.

Les décisions américaines portant sur la compétence des tribunaux à l'endroit d'un étranger qui exploite un site publicitaire doivent être distinguées selon que le défendeur poursuivait ou non d'autres activités dans l'État du tribunal saisi. Ainsi, une première série de décisions regroupe des affaires impliquant des défendeurs qui entretenaient avec le for d'autres contacts en sus de la seule exploitation d'un site publicitaire, généralement de nature contractuelle. Il n'est pas surprenant, dans cette hypothèse, que les tribunaux se soient déclarés compétents¹³³.

¹³¹ *International Shoe c. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

¹³² *Id.*, 316.

¹³³ Voir, par exemple, les affaires *CompuServe, Inc. c. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996) (contrat de vente et mise en marché d'un logiciel dans l'État du for); *EDIAS Software International c. BASIS International, Ltd.*, 947 F.Supp. 413 (D. Ariz. 1996) (ventes dans l'État du for); *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) (contrats avec des fournisseurs d'accès de l'État du for).

Une seconde série de décisions porte plus particulièrement sur la question de l'établissement de la compétence du tribunal à l'endroit d'un défendeur étranger dont le seul contact avec l'État du for est l'accessibilité de son site publicitaire. Par exemple, l'affaire *Inset Systems c. Instructions Set Inc.*¹³⁴ met en cause un recours en injonction et en dommages-intérêts pour concurrence déloyale et usurpation de la marque de commerce enregistrée «inset», que le défendeur utilisait dans son nom de domaine et dans un numéro 1-800. Le recours a été intenté au Connecticut alors que le défendeur, domicilié au Massachussetts, n'avait ni de place d'affaires, ni d'activités régulières au Connecticut. Il exploitait toutefois un site Web qui était accessible aux résidents du Connecticut. Le tribunal s'est déclaré compétent, d'une part, en vertu du «*long-arm statute*» de l'État du Connecticut, qui assujettit les sociétés étrangères à sa compétence lorsqu'elles s'adonnent de manière répétée à la sollicitation au Connecticut. Selon la Cour, la publicité par Internet est une «solicitation of a sufficient repetitive nature» au sens de la loi¹³⁵. D'autre part, le tribunal a jugé que la clause de «*due process*» ne limitait pas l'exercice de sa compétence, puisque l'exploitation du site Web, qui pouvait, selon la preuve, être visité par quelques 10 000 utilisateurs potentiels de l'Internet au Connecticut, démontrait que le défendeur s'était prévalu du privilège de faire affaires au Connecticut¹³⁶.

¹³⁴ 937 F.Supp. 161 (D. Conn. 1996).

¹³⁵ *Id.*, 164.

¹³⁶ *Id.*, 165.

«In the present case, Instruction has directed its advertising activities via the Internet and its toll-free number toward not only the state of Connecticut, but to all states. The Internet as well as toll-free numbers are designed to communicate with people and their businesses in every state. Advertisement on the Internet can reach as many as 10,000 Internet users within Connecticut alone. Further, once posted on the Internet, unlike television and radio advertising, the advertisement is available continuously to any Internet user. ISI has therefore, purposefully availed itself of the privilege of doing business within Connecticut.»

En outre, la proximité des deux États n'imposait pas de fardeau exceptionnel au défendeur. Dans cette affaire, hormis le site Web, le seul «contact» avec l'État du Connecticut était la fourniture d'un numéro de téléphone.

L'affaire *Maritz Inc. c. CyberGold Inc.*¹³⁷ met en cause un défendeur californien poursuivi devant un tribunal de l'État du Missouri pour usurpation de marque de commerce. Tout comme dans l'affaire *Inset*, le tribunal du Missouri a rejeté la requête en irrecevabilité pour absence de compétence. En exploitant son site Web, lequel était accessible aux résidents du Missouri, la compagnie californienne avait commis un délit au Missouri au sens des dispositions du «*long-arm statute*» de cet État, puisque c'est dans l'État du Missouri que le préjudice économique avait été subi par Maritz, «even assuming CyberGold's allegedly infringing activities were wholly outside of Missouri, because the allegedly infringing activities have produced an effect in Missouri as they have allegedly

¹³⁷ 947 F.Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996).

caused Maritz economic injury»¹³⁸. Le tribunal a en outre jugé que les contacts avec l'État du Missouri étaient suffisants pour satisfaire la clause de «*due process*», en s'appuyant, notamment, sur l'affaire *Inset*. Il importe de souligner que les contacts avec l'État étaient plus substantiels que dans l'affaire *Inset*, dans la mesure où les services offerts par la compagnie californienne se rapportaient à la sollicitation d'adresses électroniques aux fins de constituer des listes mises à la disposition d'annonceurs. Selon la preuve, le site avait, de fait, été visité par des résidents du Missouri au moins 311 fois (dont plus de la moitié par le demandeur) et ceux-ci avaient obtenu des renseignements concernant les services de sollicitation¹³⁹.

Dans l'affaire *Telco Communications c. An Apple a Day*¹⁴⁰, la demanderesse, une société domiciliée en Virginie, a poursuivi la défenderesse en diffamation devant le tribunal de la Virginie, sur la base de communiqués de presse diffusés sur l'Internet par l'entremise de tiers. La défenderesse, une société du Missouri, a présenté une requête en irrecevabilité, invoquant le défaut de compétence du tribunal. S'appuyant sur les dispositions du «*long-arm statute*» de l'État de Virginie¹⁴¹, la Cour s'est déclarée compétente en se fondant sur

¹³⁸ *Id.*, 1331.

¹³⁹ Cette affaire a été critiquée, notamment par B.K. EPPS, «Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.: The Expansion of Personal Jurisdiction in the Modern Age of Internet Advertising», (1997) 32 *Georgia L.R.* 237.

¹⁴⁰ 977 F.Supp. 404 (E.D. Va 1997).

¹⁴¹ Celui-ci prévoit, notamment, l'établissement de la compétence à l'égard d'une personne qui «caus[es] tortious injury by an act or omission in [Virginia]» ou qui «caus[es] tortious

l'affaire *Inset*: «posting a Website advertisement or solicitation constitutes a persistent course of conduct, and [...] the two or three press releases [rose] to the level of regularly doing or soliciting business»¹⁴². Au surplus, la Cour a jugé que l'acte dommageable avait été posé en Virginie, même si la défenderesse n'était pas physiquement présente dans la juridiction, en raison de l'utilisation des installations de cet État dans la distribution des communiqués de presse¹⁴³.

D'autres décisions ont toutefois conclu que l'exploitation d'un site publicitaire n'était pas suffisante pour fonder la compétence du tribunal à l'égard d'un défendeur étranger. Dans l'affaire *McDonough c. Fallon McElligott*¹⁴⁴, un tribunal de l'État de Californie a accueilli une requête en rejet d'action pour absence de compétence présentée par un défendeur du Minnesota dans le cadre d'un recours en contrefaçon. Rejetant l'argument selon lequel l'exploitation d'un site Web par le défendeur, lequel était accessible en Californie, constituait un «contact» avec cet État aux fins de l'établissement de sa compétence, le tribunal déclarait¹⁴⁵:

«Because the Web enables easy world-wide access, allowing computer interaction via the web to supply sufficient contacts to establish jurisdiction would eviscerate the personal jurisdiction

injury in [Virginia] by an act or omission outside [Virginia] if he regularly does or solicits business, or engages in any other persistent course of conduct [...] in [Virginia]».

¹⁴² *Telco Communications c. An Apple a Day*, précitée, note 140, 407.

¹⁴³ Cette affaire a également fait l'objet de critiques; voir D.L. KIDD, *loc. cit.*, note 129.

¹⁴⁴ 1996 WL 753991 (S.D.Cal. 1996).

¹⁴⁵ *Id.*, 2-3.

requirement as it exists; the Court is not willing to take this step. Thus, the fact that Fallon has a web site used by Californians cannot establish jurisdiction by itself.»

De même, dans l'affaire *Bensusan Restaurant Corp. c. King*¹⁴⁶, un tribunal de l'État de New-York a accueilli une requête en rejet d'action pour absence de compétence dans le cadre d'une action en usurpation de marque de commerce. Dans cette affaire, le demandeur, qui était propriétaire de la marque enregistrée «blue note» et exploitait le club de jazz Blue Note à New-York, a poursuivi l'exploitant d'un club du Missouri au nom identique et au logo semblable, lequel faisait la promotion de son entreprise par le biais d'un site Web hébergé sur un serveur au Missouri¹⁴⁷. Le site Web fournissait un numéro de téléphone pour la réservation de billets, que les acheteurs devaient se procurer en personne au club. Invoquant les dispositions du «*long-arm statute*» de l'État de New-York, le demandeur prétendait qu'en exploitant un site Web accessible aux résidents de l'État de New-York, le défendeur avait commis un délit dans cet État. Relativement à ce chef de compétence, la Cour déclarait¹⁴⁸:

«A New York resident with Internet access and either knowledge of King's Web site location or a "search engine" capable of finding it could gain access to the Web site and view information concerning the Blue Note in Missouri. It takes several affirmative steps by the New York resident, however, to obtain access to the Web site and utilize the information there. First, the New York resident has to

¹⁴⁶ 937 F.Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996).

¹⁴⁷ Dans sa publicité, le défendeur indiquait que son club ne devait pas être confondu avec le Blue Note de New-York.

¹⁴⁸ *Bensusan Restaurant Corp. c. King*, précitée, note 146, 299.

access the Web site using his or her computer hardware and software. [...] Then, if the user wished to attend a show in defendant's club, he or she would have to telephone the box office in Missouri and reserve tickets. Finally, that user would need to pick up the tickets in Missouri because King does not mail or otherwise transmit tickets to the user. Even assuming that the user was confused about the relationship of the Missouri club to the one in New York, such an act of infringement would have occurred in Missouri, not New York. The mere fact that a person can gain information on the allegedly infringing product is not the equivalent of a person advertising, promoting, selling or otherwise making an effort to target its product in New York.» (Nous soulignons)

En *obiter*, la cour a exprimé l'avis que même si elle s'était déclarée compétente en vertu du «*long-arm statute*» de l'État de New-York, l'exercice de sa compétence, dans les circonstances de l'instance contreviendrait à la clause de «*due process*» de la Constitution américaine. Discourant sur les critères applicables à cette détermination, la cour a déclaré: «Creating a site, like placing a product into the stream of commerce, may be felt nationwide — or even worldwide — but, without more, it is not an act purposefully directed toward the forum state»¹⁴⁹. Cette décision a été confirmée en appel¹⁵⁰.

Une autre décision mérite d'être citée, bien qu'elle ne porte pas sur une question de compétence (le tribunal s'étant estimé compétent en vertu d'une injonction qu'il avait prononcée quinze années auparavant). Il s'agit de l'affaire

¹⁴⁹ *Id.*, 301.

¹⁵⁰ 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997). D'autres tribunaux ont également refusé d'exercer leur compétence à l'endroit d'un défendeur étranger; voir, notamment, *Cybersell, Inc. c. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997); *Hearst Corp. c. Goldberger*, 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. 26 février 1997).

*Playboy Enterprises Inc. c. Chuckleberry Publishing Inc.*¹⁵¹. Dans cette cause, la compagnie Playboy poursuivait le défendeur pour outrage au tribunal, alléguant que ce dernier avait violé une ordonnance d'injonction prononcée en 1981. Par cette injonction, dont les termes étaient très larges, le défendeur, éditeur du magazine pour adulte Playmen (publié en Italie et disponible dans certains pays d'Europe), devait s'abstenir d'en faire la distribution aux États-Unis. Or, en janvier 1996, Playboy a découvert que le défendeur avait mis sur pied un site Web hébergé sur un serveur italien. La page d'accueil du site, accessible à tous, présentait des informations sur le magazine Playmen et certains produits. Le site comportait en outre deux services (Playmen Lite et Playmen Pro) contenant des images sexuellement explicites disponibles pour survol ou téléchargement. L'accès à ces services était restreint aux abonnés détenant un code d'accès (lequel était communiqué par courrier électronique). Un des deux services (Playmen Pro) exigeait des abonnés qu'ils transmettent leur demande d'abonnement par télécopieur à Playmen.

Deux jugements ont été rendus dans cette affaire. Dans un jugement en date du 19 juin 1996, la Cour a fait droit au recours de Playboy. Après avoir déterminé que l'injonction, qui n'avait certes pas envisagé la distribution de Playmen sur support électronique, devait néanmoins être interprétée largement, et noté que le site italien était accessible aux résidents des États-Unis (qui pouvaient s'abonner aux deux services), la Cour a jugé que l'exploitation du site Web

¹⁵¹ Précitée, note 65.

constituait une distribution du magazine Playmen aux États-Unis, en contravention de l'ordonnance d'injonction de 1981. Cette conclusion était fondée, entre autres, sur le fait que l'offre de s'abonner aux différents services était destinée aux consommateurs de tous les pays, qu'un suivi avait été donné aux télécopieurs en provenance des États-Unis et que des codes d'accès avaient été transmis par courrier électronique aux abonnés américains. La Cour faisait toutefois ce commentaire intéressant sur la nature de l'Internet¹⁵²:

«Defendant's analogy of "flying to Italy" to purchase a copy of the PLAYMEN magazine is inapposite. Tattilo may of course maintain its Italian Internet site. The Internet is a world-wide phenomenon, accessible from every corner of the globe. Tattilo cannot be prohibited from operating its Internet site merely because the site is accessible from within one country in which its product are banned. To hold otherwise "would be tantamount to a declaration that this Court, and every other court throughout the world, may assert jurisdiction over all information providers on the global World Wide Web." Def.Mem. at 2. Such a holding would have a devastating impact on those who use this global service. The Internet deserves special protection as a place where public discourse may be conducted without regard to nationality, religion, sex, age, or to monitors of community standards of decency.» (Nous soulignons)

Le 12 juillet 1996, le tribunal a rendu un autre jugement dans cette affaire, à la suite d'une requête en reconsidération portant plus particulièrement sur le service Playmen Lite. La nouvelle preuve a démontré, semble-t-il, qu'aucun code d'accès ou intervention de la part du défendeur n'était requis pour que les visiteurs puissent accéder au service gratuit. En affirmant que ce service

¹⁵²*Id.*, 1039-1040.

constituait néanmoins une distribution aux États-Unis, la Cour semble restreindre la portée des propos qu'elle avait tenus dans la décision originale¹⁵³.

«The PLAYMEN Lite service allows (indeed invites) a user to download Tattilo's pictorial images onto his or her computer. PLAYMEN Lite can thus be viewed as an "advertisement" by which Tattilo distributes its pictorial images throughout the United States. That the local user "pulls" these images from Tattilo's computer in Italy, as opposed to Tattilo "sending" them to this country, is irrelevant. By inviting United States users to download these images, Tattilo is causing and contributing to their distribution within the United States. Moreover, the availability of PLAYMEN Lite within the United States violates the Injunction even if the user could not download the images.»

Le second jugement laisse entendre que l'exploitation d'un site Web, qu'il invite ou non à télécharger des documents, sera considérée comme de la publicité et de la distribution dans les pays où le site est accessible. Heureusement, la valeur de cette affaire est relative, puisqu'elle ne portait pas en soi sur une question de compétence.

Comme on le voit, il ne semble pas exister de consensus aux États-Unis sur la question de l'établissement de la compétence des tribunaux à l'endroit d'un défendeur étranger qui exploite un site publicitaire. Dans l'affaire *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*¹⁵⁴, le tribunal a réconcilié ainsi cette jurisprudence en apparence divergente¹⁵⁵.

¹⁵³ *Id.*, 1044.

¹⁵⁴ Précitée, note 133.

¹⁵⁵ *Id.*, 1124.

«At the one end of the spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. [ex. *Patterson*] At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an Internet Web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction. [ex. *Bensusan*] The middle ground is occupied by interactive Web sites where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise of jurisdiction is determined by examining the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the Web site [ex. *Maritz et Insef*].»

Ainsi, lorsqu'un annonceur utilise un site publicitaire pour établir des contacts avec les résidents de l'État du for (par le biais de contrats par exemple), l'exercice de la compétence du tribunal serait fondé. Toutefois, si l'annonceur se contente de mettre à la disposition du public des renseignements sur un site publicitaire, le lien serait insuffisant pour justifier la compétence du tribunal. Entre ces deux pôles subsiste une zone grise peuplée de sites publicitaires comportant divers degrés d'interactivité. L'établissement de la compétence sera tributaire de la qualification des faits dans chaque instance.

* * *

La transposition des solutions élaborées par la jurisprudence américaine doit être faite avec circonspection, puisque les règles de droit international privé établissant la compétence des tribunaux varient d'un ordre juridique à l'autre.

Dans la section qui suit, nous analysons cette question dans la perspective du droit québécois.

b) Compétence internationale des tribunaux québécois

Les règles de compétence internationale des tribunaux québécois sont énoncées à l'article 3134 et suiv. du *Code civil du Québec*. La règle fondamentale de détermination de la compétence est fondée sur le domicile: les tribunaux seront compétents lorsque le défendeur a son domicile au Québec¹⁵⁶. L'application de cette règle se fait sous réserve du recours à la doctrine du *forum non conveniens*, qui autorise les tribunaux québécois à décliner l'exercice de leur compétence lorsqu'ils estiment «que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige»¹⁵⁷.

La règle du domicile du défendeur souffre toutefois d'exceptions, notamment, dans les actions personnelles à caractère patrimonial. Les règles de compétence applicables à ces dernières sont énoncées à l'article 3148 C.c.Q., dont voici les extraits pertinents:

«Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants: [...]

¹⁵⁶ Art. 3134 C.c.Q.

¹⁵⁷ Art. 3135 C.c.Q.

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée; [...]»

Le paragraphe 2° énonce deux conditions qui sont cumulatives¹⁵⁸. Le paragraphe 3° est de droit nouveau: il élargit les chefs de compétence en ne subordonnant pas son exercice à la condition que toute la cause d'action ait pris naissance au Québec. Il est désormais suffisant que l'un des éléments de la responsabilité civile y soit rattaché¹⁵⁹.

La question de savoir dans quelle mesure un tribunal devrait s'inspirer des règles élaborées en fonction d'autres médias dans la détermination de sa compétence lorsque le médium est l'Internet est en soi controversée. Par exemple, deux auteurs soutiennent que le caractère «dormant» de l'Internet justifie qu'il soit distingué des autres médias aux fins de déterminer la compétence des tribunaux¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cette disposition consacre le droit antérieur; voir les commentaires du ministre de la Justice, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 2010.

¹⁵⁹ Mentionnons également l'article 3149 C.c.Q., qui prescrit que 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. Comme son libellé l'indique, cette disposition subordonne l'établissement de la compétence des tribunaux québécois à l'existence d'un contrat de consommation sur lequel se fonde le recours.

¹⁶⁰ D.F. HERNANDEZ et D. MAY, «Personal Jurisdiction and the Net: Does Your Website Subject You to the Laws of Every State in the Union?», *Los Angeles Daily Journal*, 15 juillet 1996, <http://www.gse.ucla.edu/iclp/dhdm.html>.

«Servers do nothing unless asked. The WWW is unlike radio and television, where the data is present regardless of a viewer. On the WWW, there is no omnipresent signal. If no one logs on to the Net, the Net is silent. The fact that the information is «dormant» should make a difference for purposes of asserting jurisdiction.»

Les tribunaux devraient donc se garder de procéder par analogie en s'inspirant de raisonnements élaborés à l'égard d'autres médias. Mais un autre auteur reproche précisément aux tribunaux d'avoir écarté de telles analogies, particulièrement en matière de publicité dans les magazines nationaux¹⁶¹. Quoiqu'il en soit, il importe d'analyser, en marge des décisions mettant en cause d'autres médias¹⁶², les critères spécifiquement énoncés dans les règles précitées.

En ce qui a trait au paragraphe 2° de l'article 3148 C.c.Q., la condition relative à l'établissement soulève peu de difficultés. La seconde condition prête toutefois à interprétation¹⁶³. Par exemple, l'exploitation par une société étrangère d'un site publicitaire accessible au Québec mais qui ne s'adresse pas au marché québécois, constitue-t-elle une «activité au Québec»? Qu'en est-il de la simple

¹⁶¹ B.K. EPPS, *loc. cit.*, note 139, 267: «the quality and nature of advertising contacts through nationally distributed magazines is virtually the same as advertising contacts on the Internet».

¹⁶² Dans l'affaire *Pindling c. National Broadcasting Corp.*, (1987) 49 O.R. (2d) 58, par exemple, un tribunal ontarien a exercé sa compétence à l'endroit d'une entreprise américaine ayant diffusé, à partir des États-Unis, des émissions soi-disant diffamatoires qui avaient été captées au Canada.

¹⁶³ Dans l'affaire *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966, 2969, la Cour s'est déclarée compétente même si l'établissement du défendeur se spécialisait en assurances, alors que la contestation portait sur le financement d'un immeuble: «Le Tribunal est d'avis que, en édictant un double critère à l'article 3148 C.c.Q.,

accessibilité d'un site publicitaire? La définition du concept d'«activité au Québec» que l'on retrouve dans *la Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹⁶⁴ est instructive. Cette loi assujettit toute personne qui exerce une activité au Québec aux formalités d'immatriculation. En vertu de l'article 6, est présumée exercer une activité au Québec ou exploiter une entreprise, tout personne qui, notamment, accomplit au Québec *un acte dans le but d'en tirer un profit*. Dans cette perspective, la simple accessibilité d'un site publicitaire au Québec, en l'absence d'autres activités démontrant une sollicitation destinée au marché québécois, ne saurait, à notre avis, être qualifiée d'un «acte dans le but d'en tirer un profit». Ce ne serait toutefois pas le cas de la promotion électronique de produits ou services, lorsque ceux-ci sont par ailleurs disponibles au Québec.

Quant au paragraphe 3° de l'article 3148 C.c.Q., si les tribunaux québécois s'inspirent, pour son interprétation, du courant amorcé dans les affaires *Maritz*¹⁶⁵ et *Telco*¹⁶⁶ aux États-Unis, il est probable que l'exploitation d'un site publicitaire accessible au Québec suffira à fonder l'exercice de la compétence d'un tribunal

le législateur n'a pas voulu lier l'activité à l'établissement mais à voulu lier l'activité à la cause de la contestation entre les parties».

¹⁶⁴ L.R.Q., c. P-45.

¹⁶⁵ Précitée, note 137.

¹⁶⁶ Précitée, note 140.

québécois dès lors que le demandeur aura allégué, dans ses procédures, qu'il en subit un préjudice de quelque nature au Québec¹⁶⁷.

À l'instar des critères présidant à la détermination de l'application des lois nationales, il importe de faire la distinction, aux fins de l'établissement de la compétence des tribunaux, entre, d'une part, la sollicitation passive (exploitation d'un site Web¹⁶⁸ et, à la limite, fourniture d'un contact téléphonique) et, d'autre part, la sollicitation interactive (constitution d'une liste de distribution ou d'un forum de discussion, transaction ou distribution de produits en ligne, sollicitation directe par le biais du courrier électronique ou des groupes de nouvelles USENET). Comme le souligne P. Brown, «sending e-mail, selling products, serving users from the forum state and conducting targeted advertising may give rise to jurisdiction in another forum»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Les faits allégués sont tenus pour avérés lors de l'adjudication d'une requête présentée en vertu de l'article 163 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25. Voir, pour une application de ce troisième paragraphe, l'affaire *Morales Moving and Storage Co. c. Chatigny-Bitton*, J.E. 96-72, dans laquelle la Cour d'appel a jugé que la perte de valeur de biens endommagés durant leur transport de Miami à Montréal avait été subie au Québec; voir également l'affaire *Transport McGill Ltée c. N.T.S. Inc.*, J.E. 96-166, où la Cour du Québec a jugé que le débit du compte bancaire de la demanderesse constituait un préjudice subi au Québec.

¹⁶⁸ On peut se demander si l'annonce d'un site Web dans un moteur de recherche ou dans un magazine en ligne augmente l'intensité des contacts, en favorisant une plus grande exposition de l'entreprise et en facilitant l'accès à sa publicité. De même, qu'en est-il lorsque le site Web contient un lien hypertexte à un site situé dans l'État du tribunal saisi?

¹⁶⁹ P. BROWN, *Personal Jurisdiction and the Internet: U.S. Courts Evaluate Whether Contact Through a Web Site Is Sufficient for Minimum Contact*, <http://www.brownraysman.com/doclib/webjrxn.html>.

En pratique, il est peu probable qu'un annonceur exploitant un site publicitaire fasse l'objet d'une poursuite judiciaire au Québec si ses produits et services n'y sont pas disponibles, d'autant plus s'il n'y possède aucun établissement ou biens. En outre, même si un annonceur faisait l'objet d'une telle poursuite, encore faudrait-il que tout jugement le condamnant puisse être exécutoire. Certes, la détermination de cette question est tributaire des règles de droit international privé applicables à l'exécution des jugements élaborées par les divers ordres juridiques. Mais une telle décision pourrait ne pas être exécutoire si les règles étrangères sont analogues à celles énoncées dans les articles 3155 et 3164 C.c.Q., qui prévoient qu'une décision étrangère n'est pas exécutoire au Québec lorsque l'autorité étrangère qui a rendu la décision n'était pas compétente suivant les dispositions relatives à la compétence énoncées à l'article 3168, lequel reprend, en substance, les chefs de compétence énoncés à l'article 3148 C.c.Q.

Les difficultés liées à l'établissement de la compétence des tribunaux à l'endroit de défendeurs étrangers détournent l'attention vers les intermédiaires¹⁷⁰,

¹⁷⁰

Ce concept est emprunté à H.H. PERRITT, *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, Université d'Oslo, octobre 1995; *Jurisdiction in Cyberspace: the Role of Intermediaries*, Université Harvard, Kennedy School of Government, janvier 1996, <http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm>. Dans le contexte de l'Internet, le concept d'intermédiaire désigne les agents qui établissent les relations et facilitent les échanges entre les divers utilisateurs du réseau. En pratique, les intermédiaires correspondent aux entités que A. DUFOUR, *op. cit.*, note 40, p. 79 et suiv., classe, dans le marché commercial de l'Internet, sous les rubriques suivantes: fournisseurs de services à valeur ajoutée (information, produits et services en ligne, entreprises ayant intégré l'Internet dans leurs stratégies commerciales), fournisseurs d'accès et opérateurs de réseaux de télécommunications.

au premier plan les fournisseurs d'accès et de services en ligne, lesquels seraient, aux dires de plusieurs, particulièrement bien placés pour prévenir les abus¹⁷¹:

«While transmission jurisdiction might assist in the fight against cybertorts, the benefits must be weighed against the chilling effect of the Internet which will result from subjecting on-line subscribers to the jurisdiction of any location through which their network connection travels. For example, the possibility of jurisdiction over false advertising and fraudulent misrepresentation being exerted by foreign countries with much stricter advertising laws would have a detrimental effect on commerce. Rather than going after the originators of the offensive material, pressure will more likely be placed on the on-line service providers to comply with the legal and ethical standards of foreign jurisdictions.»

Bien qu'il s'avère difficile, dans plusieurs cas, d'imputer la responsabilité aux intermédiaires¹⁷², ces derniers pourront néanmoins être incités à encadrer les pratiques de leurs clients par le biais de diverses stipulations contractuelles, qui traduiront certaines normes adoptées par les États dans lesquels ils ont des intérêts d'affaires. L'auteur évoque le cas de la société de services en-ligne CompuServe. En décembre 1995, en réponse à des accusations formulées par le procureur fédéral de Munich, CompuServe a limité l'accès de tous ses abonnés (environ 4 millions à travers le monde) à deux cents groupes de nouvelles dont les contenus, soi-disant sexuellement explicites, s'inscrivaient en violation de la

¹⁷¹ *Transmission Jurisdiction: The Power to Adjudicate False Advertising on the Internet*, <http://www.bitlaw.com/internet/webpage.html>.

¹⁷² Par exemple, relativement à la publicité fausse ou trompeuse, les intermédiaires pourront, le cas échéant, invoquer la défense énoncée à l'article 60(1) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 8.

législation allemande relative à la pornographie et à la protection des enfants¹⁷³.

L'auteur reconnaît que la responsabilité des intermédiaires est tributaire de la qualification juridique de leurs activités¹⁷⁴.

* * *

Si les attributs technologiques de l'Internet ne font pas échec à l'application des normes étatiques encadrant la publicité, plusieurs écueils subsistent, notamment quant à l'application des lois *nationales* à un espace éminemment *a-territorial*. Mais en supposant que les États exercent un certain contrôle sur le médium, qu'en est-il de l'*adéquation* des normes juridiques encadrant la publicité par Internet? La réponse à cette question est modulée par l'étude de deux autres attributs technologiques de l'environnement publicitaire de l'Internet: l'hypermédia et l'interactivité. C'est ce que nous nous proposons d'analyser dans la deuxième partie de notre mémoire.

¹⁷³ Le contenu de certains groupes n'était d'ailleurs pas obscène, même à la lumière des normes allemandes (ex. *alt.sex.safe*). En février 1996, CompuServe a rétabli l'accès à ces groupes, tout en adoptant des mesures de contrôle à l'intention des parents.

¹⁷⁴ Voir également R. RAYSMAN et P. BROWN, «Regulating Internet Advertising», *The New York Law Journal*, 14 mai 1996, qui postulent que les intermédiaires, à l'instar des éditeurs traditionnels, pourraient être tenus responsables, par exemple, de publicité entraînant la commission de crimes violents.

II. ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ DANS UN ENVIRONNEMENT HYPERMÉDIA ET INTERACTIF

La technologie hypermédia peut être définie comme un mode de «présentation de l'information qui permet une lecture non linéaire grâce à la présence de liens sémantiques activables dans les documents»¹⁷⁵. Ces liens sémantiques sont appelés «liens hypertextes»¹⁷⁶. Ils permettent de relier entre eux divers documents sans égard à leur localisation dans l'Internet. La technologie sous-jacente à l'environnement hypermédia offre des avantages incontestables, tant du point de vue des annonceurs que des consommateurs. La publicité peut être riche en contenu, sans pour autant sacrifier l'originalité ou le design du message, tandis que l'information peut être personnalisée, chaque consommateur l'individualisant selon la séquence de sélection des liens.

¹⁷⁵ M. BERGERON, C. KEMPA et Y. PERRON, *Vocabulaire d'Internet*, 2^e éd., Montréal, Office de la langue française, 1997, *verbo*: hypertext.

¹⁷⁶ Un lien hypertexte est composé d'une ancre dont l'encodage contient la référence à l'adresse Internet du document cible (Uniform Resource Locator ou adresse «URL»). Deux types de liens peuvent être utilisés dans la programmation des pages Web: le lien «HREF» (acronyme de «*Hypertext REFerence*») et le lien IMG (pour IMAGe). Lorsqu'un lien HREF est activé, le logiciel de navigation quitte la page consultée et télécharge la page dont l'adresse est encodée dans l'ancre. Le lien peut être activé par une image, un logo ou du texte de longueur variable (un mot, une phrase, un paragraphe). Le lien IMG permet d'intégrer dans une page Web, au moment de sa visualisation, des éléments (généralement graphiques) provenant d'une autre source. Il est activé en même temps que les autres éléments de la page qui l'a encodé. La technologie de l'encadrement («*framing*») est une variante du lien HREF. Elle permet de diviser un écran en plusieurs fenêtres, ou cadres, dont les contenus sont indépendants les uns des autres. Les contenus téléchargés dans les fenêtres peuvent être puisés à même le site de l'exploitant ou provenir d'autres sites, auquel cas l'adresse URL et certains paramètres du site primaire sont conservés. Les liens IMG et l'encadrement diffèrent des liens HREF en ce que le visiteur est susceptible d'ignorer que les éléments incorporés dans la page qu'il survole proviennent d'une autre source.

L'interactivité a été définie comme «la possibilité technique permettant l'«échange alterné d'informations» entre deux ou plusieurs entités. [...] L'interactivité, souvent désignée comme la bidirectionnalité (*“two-way communication”*), rend possible une relation de dialogue, qu'elle soit entre deux ou plusieurs personnes ou entre une personne et une machine»¹⁷⁷. Dans l'environnement publicitaire d'Internet, le dialogue entre annonceurs et utilisateurs s'exprime par l'entremise de divers moyens de communication: courrier électronique (incluant les listes de distribution), bases de données, moteurs de recherche, groupes de discussion (asynchrones ou en temps réel), pour ne nommer que ceux-là. Les utilisateurs détiennent un contrôle appréciable dans la modulation de la relation, notamment en prenant l'initiative de la communication.

Ces deux attributs de l'environnement publicitaire d'Internet distinguent fondamentalement le médium des médias traditionnels. Ils ne sont pas sans incidence, d'une part, sur l'application du régime juridique de la publicité (A) et, d'autre part, sur la responsabilité des annonceurs (B).

¹⁷⁷ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 1-9.

A. Incidence sur le régime juridique de la publicité

Avec l'Internet, les frontières entre la publicité, l'information, le divertissement ou l'offre de services sont éclatées¹⁷⁸. Ainsi, un site Web exploité par une société commerciale est susceptible de contenir de l'information à caractère corporatif, financier, voire même scientifique¹⁷⁹, d'incorporer par renvoi hypertexte des éléments externes, de donner accès à une base de données ou à un moteur de recherche¹⁸⁰, de maintenir un contact e-mail ou un groupe de discussion¹⁸¹, de proposer un concours publicitaire¹⁸², d'offrir des divertissements¹⁸³ ou encore d'adjoindre aux activités publicitaires d'autres étapes de la mise en marché (notamment transactionnelles)¹⁸⁴.

Malgré cette extension des activités publicitaires sur l'Internet, on peut affirmer que la plupart des sites exploités par des sociétés commerciales

¹⁷⁸ Plusieurs auteurs ont fait remarquer que sur l'Internet, la frontière entre publicité et information était difficile à tracer; voir, notamment, A. BENSOUSSAN (dir.), *op. cit.*, note 118, p. 66; P. DESPREZ et V. FAUCHOUX, «Les contrats relatifs à la vente et à l'achat d'espace publicitaire sur Internet», (mars 1997) 139 // *Légipresse* 17, 18; C.E. RENAULT, «Sites d'entreprise sur le Web et droit de la communication», (janv.-fév. 1997) 138 // *Légipresse* 11, 13; L. VEYSSIÈRE et A. VIBERT, «La publicité sur Internet: peut-on "surfer" sans risques?», (1996) 12 *Légicom* 19, 26.

¹⁷⁹ C'est le cas, par exemple, de la plupart des sites publicitaires de compagnies pharmaceutiques.

¹⁸⁰ Voir, par exemple, le site de la compagnie de courtage immobilier Realtor: www.realtor.com.

¹⁸¹ Voir, par exemple, le site d'Apple: www.macplus.net.

¹⁸² Pour une idée de l'étendue du phénomène, voir www.sweepstakesonline.com.

¹⁸³ Voir, par exemple, le site de Coca Cola: www.coke.com.

¹⁸⁴ Voir, par exemple, le site des Éditions Ulysse, par le biais duquel on peut commander des livres en ligne. Plusieurs sites offrent en outre la possibilité d'acheter des logiciels, qui sont

conservent un caractère «publicitaire», dans l'acception la plus courante de l'épithète. L'absence de contenu persuasif se rapportant à la promotion d'un bien ou d'un service est en effet insuffisante pour faire perdre à ces sites leur caractère publicitaire. Comme le souligne N. L'Heureux, le concept de publicité commerciale inclut également toute indication qui contribue à maintenir l'image d'une société aux yeux du public, puisqu'elle a pour objet, en définitive, de préserver le marché de l'annonceur¹⁸⁵:

«La publicité qui ne vise pas directement la fourniture d'un bien ou d'un service, mais qui porte plutôt sur l'image de marque du commerçant, tombe-t-elle dans cette catégorie? Il peut s'agir, par exemple, de la publicité qui vante le rôle de l'annonceur dans l'économie, l'efficacité de son comportement pour sauvegarder l'environnement, etc. Si cette publicité est fautive ou trompeuse, elle pourrait tomber sous l'interdiction générale de l'article 52 [de la *Loi sur la concurrence*], car même si elle ne mentionne pas spécifiquement un produit, elle a indirectement pour but de conserver ou d'agrandir le marché de l'annonceur.»

Il s'agit d'ailleurs de l'interprétation retenue par le Bureau de la concurrence relativement à la définition de publicité fautive ou trompeuse énoncée à l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*¹⁸⁶, lequel vise, rappelons-le, l'action de «promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques» (nous soulignons)¹⁸⁷:

délivrés en ligne; voir, par exemple, le site d'Alis Technology: www.alis.com.

¹⁸⁵ N. L'HEUREUX, *op cit.*, note 18, p. 280.

¹⁸⁶ Précitée, note 8.

¹⁸⁷ R.R. AMSTERDAM, «Cyberspace and the Globalization of Trade, Technology and the New Media», (1997) 2 *Canadian International Lawyer* 80, 88.

«This definition has been held by the Director of Investigation to include within its ambit “image advertising”. Image advertising represents a significant component of the advertising going on the Web today. The Canadian Competition Bureau has taken the position that:

the fact that an advertisement does not specifically mention the advertiser’s product does not automatically transform it from a commercial attempt to expand or retain the advertiser’s market into an altruistic exercise in social responsibility... To the extent that it misrepresents or falsely portrays market information, the Director is of the view that image advertising can be subjected to the same scrutiny accorded the more classic forms of commercial advertising.»

Cette conclusion s’applique également, à notre avis, aux sites exploités par des sociétés commerciales qui offrent principalement des divertissements, puisque la motivation est toujours la même: préserver ou augmenter le marché de l’annonceur ou rehausser son image corporative¹⁸⁸.

Aussi, la portée très large prêtée au concept de publicité a pour conséquence d’assujettir la presque totalité des sites exploités par des sociétés commerciales au régime juridique de la publicité. Cela dit, la transposition à l’environnement hypermédia des critères traditionnels de détermination de la légalité d’une publicité risque d’être délicate (1), tandis que l’interactivité du

¹⁸⁸

À cet égard, un auteur se demande si, à l'exemple des infopublicités diffusées sur les ondes, on ne devrait pas exiger des sociétés commerciales qui offrent des divertissements d'indiquer qu'il s'agit d'un site commercial; voir R.B. STAREK, «Consumer Protection in the Age of Borderless Markets and the Information Revolution», allocution prononcée dans le cadre de la *Conference on Transborder Consumer Regulation and Enforcement*, Canberra, 7 juin 1995, <http://www.webcom./lewrose/speech/starek.html>.

médium est susceptible d'étendre le cadre juridique applicable aux activités publicitaires par Internet (2).

1. Hypermédia et détermination de la légalité d'une publicité

Une société qui fait la promotion de ses produits et services par Internet et, plus particulièrement, par le Web, désirera sans aucun doute profiter, dans la conception de ses réclames, des avantages qu'offre l'environnement hypermédia. Par exemple, afin de ne pas encombrer sa page d'accueil, une société pourra la relier à des pages secondaires qui contiendront, le cas échéant, des informations relatives aux caractéristiques d'un produit (sécurité, paramètres d'utilisation), ou aux conditions de la vente. Les visiteurs demeureront libres d'activer ou non les divers liens.

L'architecture particulière qui caractérise un site Web, généralement constitué de «couches» d'information reliées entre elles par des liens sémantiques, est susceptible d'avoir une incidence sur le processus de détermination de la légalité d'une publicité. En effet, les critères classiques qui président à cette détermination sont largement articulés en fonction du concept unidimensionnel de «message publicitaire», que rend obsolète l'environnement hypermédia.

Par exemple, le caractère faux ou trompeur d'une publicité s'apprécie en tenant compte de l'impression générale qu'elle dégage¹⁸⁹. Le test utilisé pour l'application de ce critère est celui de l'impression que la publicité dégage dans l'esprit du consommateur¹⁹⁰. Or, lorsqu'une publicité est constituée d'une collection de liens hypertextes, il est susceptible de se dégager autant d'impressions particulières qu'il y a de consommateurs. En l'absence d'une impression générale objectivement déterminable, l'appréciation du caractère faux ou trompeur d'un site publicitaire sera une entreprise aléatoire¹⁹¹.

Une publicité diffusée sur l'Internet pourra en outre induire les consommateurs en erreur, dans l'hypothèse où les paramètres de la publicité affichés à l'écran lors du téléchargement par l'utilisateur diffèrent de ceux encodés par l'annonceur. V. Sédallian fait remarquer, à cet égard, que les «entreprises doivent être particulièrement attentives à ce type de problèmes

¹⁸⁹ Voir, à cet égard, l'article 218 L.P.C., précitée, note 9 («Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et, s'il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés») et l'article 52(4) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 8 («pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral»). Voir également les *Lignes directrices sur la publicité trompeuse*, Directeur des enquêtes et recherches, Consommation et Corporations Canada, 1991. Voir également N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 18, p. 308.

¹⁹⁰ D.M.W. YOUNG et B.R. FRASER, *op. cit.*, note 21.

¹⁹¹ Aux États-Unis, la détermination du caractère faux ou trompeur d'une publicité se fait en étudiant la publicité à sa face même («*the ad on its face*»). Ce critère s'apparente à celui qui est utilisé en droit canadien. J.C. REINBOLT, *Advertising Rules on the Web*, <http://www.procopio.com/resource/library/articles/net9.htm>, écrit, à ce sujet: «Under existing law, an advertisement is reviewed by considering the "four corners of the ad" or "the ad on its face" to determine whether both the advertisement's explicit and implicit claims are truthful and accurate. This analysis will not be quite so easy on the Web. Hypertext, by its very nature, is "multi-layered" and therefore "the four corners" and the "face" of an ad are not quite so definable».

lorsqu'elles utilisent des photographies et dessins pour représenter les produits et services offerts. Il faut en effet savoir que les couleurs, tailles des caractères et photographies, l'aspect général des pages Web varient en fonction du logiciel de l'utilisateur, de son ordinateur et de son écran»¹⁹². Pour éliminer toute ambiguïté, l'auteure suggère d'inclure dans le site publicitaire des indications précisant les couleurs et les dimensions.

Par ailleurs, la *Loi sur la concurrence*¹⁹³ interdit aux annonceurs de faire une représentation fautive ou trompeuse sur un point important. Dans l'environnement hypermédia, plusieurs renseignements complémentaires ou qualifications du message principal qui en limitent ou restreignent la portée (par exemple sous la forme de «*disclaimers*»), sont susceptibles de se retrouver dans des pages secondaires. Comme le souligne P.H.G. Franklyn, si des renseignements importants n'apparaissent pas sur la page d'accueil ne peuvent être consultés qu'après l'activation (facultative) d'un ou de plusieurs liens, une publicité pourrait être qualifiée de fautive ou trompeuse au sens de la loi¹⁹⁴:

«The multi-layering of text in Internet advertisements may result in material information about the product or service being advertised not being readily apparent or accessible to the viewer from the initial screen which they see. Often, material information can be found only after further exploration, and after the viewer has viewed several screens or pages of the advertisement. An Internet advertisement

¹⁹² V. SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Cachan, Éditions Net Press, 1997, p. 88.

¹⁹³ Précitée, note 8.

¹⁹⁴ P.H.G. FRANKLYN, *loc. cit.*, note 34, 4-5.

might be regarded as not meeting the standards referred to above if disclaimers containing important information that qualify or modify the main body of the advertisement or the message it conveys are not sufficiently obvious or prominent.»

Un annonceur aura donc intérêt à divulguer toute information sur un point important à même la page d'accueil de son site, plutôt qu'en recourant à des liens hypertextes. Si cette solution ne pose pas de problème au plan technique (une page Web pouvant se «dérouler» à l'infini), elle diminue certes l'intérêt de l'Internet comme médium publicitaire. Aussi, dans la mesure où l'annonceur choisissait d'inclure dans des pages secondaires des renseignements susceptibles d'avoir une incidence sur le sens ou la portée du message principal, il aurait intérêt à inviter clairement les visiteurs à les consulter¹⁹⁵.

Dans un autre ordre d'idées, certains produits sont assujettis à des exigences strictes de divulgation. C'est le cas, par exemple, des produits pharmaceutiques¹⁹⁶. Ici encore, le contrôle qu'exerce le visiteur sur la sélection de l'information par l'activation des liens hypertextes est susceptible de soulever des problèmes de légalité. Par exemple, considérera-t-on que les normes de divulgation prescrites à l'égard d'un produit ont été satisfaites si l'information pertinente se retrouve dans une page secondaire plutôt que sur la page d'accueil¹⁹⁷? Cette préoccupation a été soulevée récemment par un observateur

¹⁹⁵ *Id.*, 4-5.

¹⁹⁶ Voir la *Loi sur les aliments et drogues*, précitée, note 23, et les règlements applicables.

¹⁹⁷ Parce qu'elle est particulièrement réglementée, la publicité de produits pharmaceutiques soulève plusieurs autres questions en regard de l'Internet. C'est le cas, par exemple, de

américain, eu égard à la manière dont les compagnies pharmaceutiques rempliront les exigences de divulgation qui leur sont imposées par la FDA: «Because the brief summary or full disclosure cannot be put on every page or domain site, will it be sufficient, for example, to state something such as “see full prescribing information at the end of this page”?»¹⁹⁸. En droit américain, la réponse à cette question est tributaire de la qualification des activités promotionnelles par Internet (étiquetage ou publicité)¹⁹⁹.

En marge des problèmes découlant de l'architecture interne d'un site publicitaire, d'autres questions de légalité sont susceptibles de se poser lorsque l'annonceur a créé des liens hypertextes avec des sites exploités par des tiers. À cet égard, un auteur suggère, en s'inspirant des affaires *Cubby Inc. c. CompuServe Inc.*²⁰⁰ et *Stratton Oakmont Inc. c. Prodigy Services Inc.*²⁰¹, que la responsabilité d'une société pourrait être engagée si elle crée des liens à des sites qui s'inscrivent en contravention des dispositions applicables en matière de

l'audience visée par la publicité. Dans la mesure où un site publicitaire est accessible par les consommateurs, considérera-t-on qu'une publicité est exclusivement destinée aux professionnels de la santé? Voir, à cet égard, P.S. REICHERTZ, *Legal Restrictions on the Advertising and Promotion of Pharmaceutical and Biological Products on the Internet and Other Emerging Technologies*, *loc. cit.*, note 35; P.S. REICHERTZ, «Legal Issues Concerning the Promotion of Pharmaceutical Products on the Internet to Consumers», *loc. cit.*, note 35; M.J. SCHEINESON, *loc. cit.*, note 35.

¹⁹⁸ P.S. REICHERTZ, «Legal Issues Concerning the Promotion of Pharmaceutical Products on the Internet to Consumers», *loc. cit.*, note 35, 358.

¹⁹⁹ N.K. PLANT, «Prescription Drug Promotion on the Internet: Tool for the Inquisitive or Trap for the Unwary?», (1998) 42 *Saint-Louis University L.J.* 89, souligne que les auteurs penchent vers la qualification d'«*advertising*», tandis que la FDA semble opter pour la qualification de «*labelling*». Aux États-Unis, l'étiquetage n'est pas limité à l'information accompagnant un produit, contrairement au concept de droit canadien.

²⁰⁰ 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

publicité fausse ou trompeuse²⁰². Cette suggestion nous semble cependant discutable, d'autant plus que l'auteur étire considérablement le *ratio* de ces affaires, qui ne portaient pas sur la responsabilité des exploitants de services en ligne à l'égard de liens hypertextes. Dans les faits, les hypothèses susceptibles d'affecter la légalité d'une publicité et, partant, d'engager la responsabilité pénale de l'annonceur relativement à des contenus provenant de tiers, sont plutôt marginales. Une telle situation pourrait se présenter, par exemple, dans le cas d'un fabricant de produits pharmaceutiques qui crée un lien hypertexte avec un site contenant des informations relatives aux usages non autorisés d'un de ses produits. La FDA s'est d'ailleurs penchée sur cette problématique aux États-Unis²⁰³.

Ce pourrait également être le cas, par hypothèse, d'un annonceur qui crée un lien hypertexte avec un site dont le contenu s'inscrit en violation, par exemple, des dispositions du *Code criminel*²⁰⁴. Une telle situation s'est présentée en Allemagne, où le procureur général a déposé des accusations à l'endroit d'une politicienne qui avait créé dans sa page Web personnelle un lien à la version

²⁰¹ (1995) 23 Media L.Rep. (BNA) 1794 (N.Y. Sup. Ct.).

²⁰² Voir P.H.G. FRANKLYN, *loc. cit.*, note 34, 8-9.

²⁰³ M.J. SCHEINESON, *loc. cit.*, note 35, 712: «The FDA has received inquiries about home page links to sites such as the National Library of Medicine or the Journal of American Medical Association, in which there may be discussion of unapproved uses. Mr. Tart has stated that "probably for those general areas, we wouldn't have any problem. However, if you link to a specific site where all they do is talk about the off label use of a product, then we would think that you would be responsible for that"». Voir également P.S. REICHERTZ, «Legal Issues Concerning the Promotion of Pharmaceutical Products on the Internet to Consumers», *loc. cit.*, note 35, 360.

²⁰⁴ Précité, note 14.

électronique d'une revue au contenu subversif hébergée dans un serveur aux Pays-Bas²⁰⁵. Compte tenu de l'interprétation restrictive des infractions pénales et des exigences en matière de preuve, il est peu probable, en l'absence d'un cautionnement exprès, qu'une société voit sa responsabilité pénale engagée à titre de complice dans la commission de l'infraction²⁰⁶. Comme le fait remarquer V. Sédallian, «il semble dangereux de vouloir étendre la responsabilité pénale des éditeurs de site aux liens qu'ils peuvent effectuer vers d'autres sites, sauf si la manière dont le lien était effectué pouvait lui-même être constitutif de l'infraction concernée»²⁰⁷.

Soulignons, en terminant, que l'absence de caractère faux ou trompeur d'un site publicitaire lors de sa création pourra, dans certaines circonstances, s'avérer être un gage insuffisant de sa légalité. Un auteur cite le cas de la compagnie aérienne Virgin Atlantic Airways, qui s'est vu imposer une amende par le Department of Transportation américain pour n'avoir pas tenu à jour le prix d'un vol transatlantique²⁰⁸.

«Virgin published information on its web pages that included details about its transatlantic air fares, but failed to keep the information updated. Virgin's web site indicated that a 21-day advance round-

²⁰⁵ REUTERS, «Germans Weigh Right to Link», *CNET news.com*, 17 janvier 1997.

²⁰⁶ Par exemple, l'exploitant d'un site ne devrait pas voir sa responsabilité pénale engagée si le lien est créé dans le but de fournir un contre-exemple; V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192, p. 111.

²⁰⁷ *Id.*, p. 112.

²⁰⁸ M.M. TURNER, *loc. cit.*, note 34, 5-6.

trip air faire between Newark and London was \$499, but when a consumer called to book a trip on that route at that fare, they were told that that fare was no longer available as the season had changed from off-peak to peak and that the cheapest fare at that time was \$518. Ultimately, Virgin settled the matter by agreeing to pay a fine to the U.S. Department of Transportation of \$14,000. A lesson to be learned from this proceeding is that, it is not sufficient for an advertisement to be truthful and substantiated when first used. Companies must update web pages and regularly review the information posted there to be certain that it remains accurate.»

La faculté inhérente au médium de mettre à jour l'information sur une base permanente offre des avantages incontestables par rapport aux publications imprimées (en termes de coûts notamment). En corollaire, cette faculté est susceptible d'engager la responsabilité pénale des annonceurs qui font défaut de mettre à jour le contenu de leur publicité. Soulignons que tant la *Loi sur la concurrence*²⁰⁹ que la *Loi sur la protection du consommateur*²¹⁰ prévoient des défenses de diligence raisonnable quant à l'exactitude des renseignements publiés dans une publicité.

* * *

Si l'environnement hypermédia a une incidence sur les critères de détermination de la légalité d'une publicité, l'autre attribut technologique de l'Internet — l'interactivité — a un impact tout aussi marqué, notamment en élargissant la portée du cadre juridique applicable à la publicité.

²⁰⁹ Précitée, note 8, art. 60(2).

²¹⁰ Précitée, note 9, art. 287.

2. Interactivité et extension de l'encadrement juridique

Dans le monde matériel, les activités qui se rapportent aux diverses facettes de la mise en marché de produits ou services (publicité, analyse de marché, transaction, etc.), sont appréciées en fonction de cadres juridiques distincts. Or, les attributs technologiques de l'Internet, au premier plan l'interactivité, favorisent l'intégration de l'ensemble des activités promotionnelles au sein d'un médium unique. Cette convergence a pour conséquence d'étendre l'encadrement juridique applicable à la publicité sur l'Internet²¹¹. À cet égard, la cueillette de renseignements personnels est probablement l'activité débordant le cadre de la stricte publicité qui est la plus largement pratiquée sur l'Internet. Comme le soulignent P. Trudel *et al.*²¹²:

«Les problèmes liés à la protection des renseignements personnels ne constituent pas, en eux-mêmes, un phénomène exclusif aux environnements électroniques. Cependant, cette problématique semble indubitablement liée au développement des technologies de

²¹¹ La provision de services interactifs pourrait également avoir une incidence sur la légalité de la publicité, mais celle-ci est marginale. Ce pourrait être le cas, par exemple, d'une société qui exploite un groupe de discussion sur son site publicitaire. La légalité d'un tel service pourrait être discutable s'il est susceptible de véhiculer des propos qui s'inscrivent en violation des lois ou des règlements applicables, que ces propos aient été tenus par les représentants de la société ou par des participants. Un auteur américain fait valoir que l'exploitation d'un groupe de discussion par un fabricant de produits pharmaceutiques ne survivra peut-être pas à l'exercice de la compétence de la FDA; voir M.J. SCHEINESON, *loc. cit.*, note 35, 711: «The issue of concern is whether by using either of these formats, the substance of all the discussions can be attributed to the manufacturer merely because it has provided a forum to exchange information. Participants not affiliated with a manufacturer, for example, might ascribe uses of drugs or devices beyond approved FDA labeling. If the statements are attributed to the site sponsor, chat rooms might not survive regulatory scrutiny».

²¹² P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 11-32.

l'information, l'évolution de l'un entraînant une mouvance de l'autre. Ainsi, le développement des technologies de l'information et la formation de réseaux informatiques ont grandement contribué à augmenter le volume d'informations personnelles disponibles ainsi qu'à éliminer les méthodes désuètes de collecte des données.»

Dans l'environnement publicitaire d'Internet, la cueillette de renseignements est désormais intrinsèquement liée aux activités publicitaires. De fait, elle constitue un enjeu important pour les annonceurs, qui utilisent les renseignements, soit dans leurs stratégies de mise en marché, soit dans leurs stratégies publicitaires et, parmi ces dernières, dans l'évaluation de la performance de leur site Web.

Du point de vue du visiteur, la cueillette peut être manifeste ou occulte. Les exploitants de sites commerciaux ont recours à des techniques ingénieuses pour obtenir des renseignements sur leurs visiteurs. La plupart invitent ces derniers à s'identifier, par exemple en signant un livre de visite ou en communiquant avec le gestionnaire du site par courrier électronique. D'autres offrent des services à valeur ajoutée en échange de renseignements. Par exemple, certains sites permettent aux visiteurs qui consentent à s'abonner d'accéder à des services additionnels, qui peuvent prendre la forme d'une mise en page personnalisée ou d'un soutien à la clientèle²¹³. D'autres offrent l'abonnement à des listes de

²¹³

C'est le cas, par exemple, de Microsoft, qui offre un soutien technique en ligne aux visiteurs qui s'identifient. Les questionnaires d'abonnement varient. Certains n'exigent d'autres renseignements que le nom et l'adresse électronique du visiteur. D'autres sont beaucoup plus détaillés. Voir, généralement, E.I. SCHWARTZ, «Advertising Webonomics 101», *Wired* 4.02, <http://www.wired.com/wired/4.02/webonomics.html>.

distribution qui, si elles ont un contenu informationnel, servent néanmoins à recueillir des renseignements²¹⁴. D'autres encore récompensent les visiteurs qui divulguent des renseignements par l'offre de divertissements ou la participation à un concours publicitaire²¹⁵.

La plupart des sociétés mesurent également la performance de leur site en colligeant, de façon automatisée et occulte pour les visiteurs, des statistiques d'accès aux degrés de raffinement variables selon la technologie employée (nombre de «hits», durée du survol, nombre de pages visitées, de documents téléchargés, etc.)²¹⁶. Les «cookies», ou «témoins»²¹⁷, permettent d'obtenir une information encore plus raffinée sur le profil de navigation des visiteurs. Ils prennent la forme d'une «étiquette numérique» attachée à l'ordinateur du visiteur²¹⁸:

«Cookies collect information as a user travels around the Web and feeds the information back to a Web server. A Web site sends a

²¹⁴ C'est le cas, par exemple, du magazine Québec Plus: www.quebecplus.com.

²¹⁵ Par exemple, pour participer au concours «Official \$500,000.00 WWW Survey», les participants devaient divulguer, entre autres renseignements, leur nom, âge, sexe et état civil, leur revenu, leur profil d'utilisation de carte de crédit, leurs loisirs et leur profil d'utilisation de l'Internet. Les participants étaient par ailleurs informés de la possibilité qu'ils fassent l'objet de prospection commerciale basée sur les renseignements divulgués.

²¹⁶ Voir, par exemple, les logiciels développés par WebTrack, NetCount ou Internet Profiles (mieux connu sous son acronyme I/PRO).

²¹⁷ L'Office de la langue française traduit ce vocable par le néologisme «témoin», qu'il définit ainsi: «information portant sur les caractéristiques techniques relevées sur l'ordinateur de l'internaute lors de la visite d'un site Web, et qui est enregistrée automatiquement par le serveur dans un fichier de cet ordinateur»; M. BERGERON, C. KEMPA et Y. PERRON, *op. cit.*, note 175, *verbo*: cookies.

²¹⁸ C. MACAVINTA, «Surfer tracking limits applauded», *CNET news.com*, 7 avril 1997.

cookie to the user's computer, where it serves as a digital tag that notifies the site each time the user enters. The information can be used, for example, to automatically supply a password for a subscription-only site or to collect information about an online shopper's preferences so that electronic marketers can target their offerings to that individual.»

Les renseignements recueillis par les témoins portent tant sur le profil du visiteur (ordinateur, système d'exploitation, logiciel de navigation, adresse Internet, analyse du parcours emprunté au sein d'un site, incluant la mémorisation des choix et préférences) que sur la mesure de fréquentation du site (en nombre de visiteurs et non plus seulement en nombre de «hits») ²¹⁹. Les témoins sont, à l'heure actuelle, largement utilisés par les sociétés commerciales, incluant les plus prestigieuses ²²⁰.

La combinaison de l'activité publicitaire à celle de la cueillette de renseignements personnels, quasi-inhérente à l'environnement interactif, permet certes aux entreprises de mieux cibler leurs stratégies de mise en marché. Cet objectif se réalise cependant au moyen de pratiques de plus en plus envahissantes. Comme le souligne K. Delwaide ²²¹:

²¹⁹ Voir, généralement, I. VASSILEFF, *Les «cookies»: «big browser is watching you»*, 17 décembre 1996.

²²⁰ Mentionnons également la pratique de certaines entreprises, qui glanent des renseignements à partir des groupes de nouvelles USENET ou des listes de distribution, le plus souvent pour constituer des listes d'adresses électroniques pour fins de sollicitation. Plusieurs listes de distribution permettent en effet à leurs membres de consulter les adresses de tous les participants. Il suffit donc qu'une entreprise s'inscrive à une liste pour avoir accès à ces renseignements. Relativement aux groupes de nouvelles USENET, il est particulièrement facile de suivre la trace d'un participant en utilisant, par exemple, le moteur de recherche *Dejanews*.

²²¹ K. DELWAIDE, «La protection de la vie privée et de la réputation à l'ère des nouvelles

«L'autoroute de l'information permet par exemple aux entreprises de dresser des profils de consommation sur les clients commerciaux et consommateurs qui utiliseront ce médium pour effectuer certains achats, pour accéder à des services interactifs payants, pour sélectionner un choix de programmation télévisuel ou même pour faire leur épicerie. Ceci permettra entre autres à ces entreprises de développer des stratégies de marketing de plus en plus individualisées... et de plus en plus envahissantes.»

Ces pratiques soulèvent des préoccupations en regard du droit à la protection de la vie privée. Au Québec, la cueillette, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par des entreprises privées sont assujetties aux dispositions du *Code civil du Québec* relatives au respect de la réputation et de la vie privée²²², de même qu'aux prescriptions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²²³. Inspirée des lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économique²²⁴, la *Loi* s'intéresse à l'une des facettes de la vie privée — les renseignements personnels — qui sont définis ainsi: «tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier». Sont assujetties aux

technologies», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, 22-23 mai 1997, 20.

²²² Voir les articles 35 à 41 C.c.Q. et l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 15.

²²³ L.R.Q., c. P-39.1 (ci-après la «*Loi*»). La cueillette de renseignements personnels par des organismes publics est assujettie aux dispositions de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.

²²⁴ *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*, Paris, OCDE, 1980.

prescriptions de la *Loi* les sociétés qui exploitent une entreprise au sens de l'article 1525 du *Code civil du Québec*²²⁵.

La *Loi* n'interdit pas la cueillette, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels. Au contraire, elle en légitime la pratique, en dictant les paramètres à l'intérieur desquels elle peut s'exercer. De façon générale, une entreprise peut constituer un dossier sur une autre personne si elle a un intérêt sérieux et légitime. Elle peut alors recueillir, directement de la personne concernée²²⁶, les renseignements qui sont nécessaires à l'objet du dossier²²⁷. Ces renseignements doivent être utilisés à des fins pertinentes à l'objet du dossier²²⁸, à moins que la personne concernée ne consente à un autre usage. Lorsque l'objet du dossier est accompli, l'entreprise ne peut plus utiliser les renseignements qui s'y rapportent sans le consentement de la personne concernée²²⁹. De même, la

²²⁵ La définition d'entreprise est très large, puisqu'elle n'est pas limitée à la conduite d'activités commerciales; voir, notamment, *Mailly c. Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud*, [1996] C.A.I. 292 (en appel), *Gauthier c. Syndicat des employées et employés de la Bibliothèque de Québec*, C.A.I. No 961200 (12 décembre 1996) et *Bolduc c. Côté*, [1994] C.A.I. 219.

²²⁶ Art. 6 de la *Loi*. Ce principe est sujet à certaines exceptions.

²²⁷ Art. 5 de la *Loi*. L'entreprise doit également informer la personne concernée, au moment de la constitution d'un dossier, de son objet, de même que de l'utilisation qui sera faite des renseignements personnels: art. 3 de la *Loi*. Une grande partie des contrats de consommation courants, s'ils impliquent la divulgation de renseignements personnels, ne donnent pas lieu à la constitution d'un dossier. Bien que ce soit l'entreprise qui détermine, en bout de ligne, si un renseignement est nécessaire à l'objet du dossier, la *Loi* prévoit qu'une entreprise ne peut refuser de transiger avec une personne qui refuse de fournir un renseignement personnel, sauf si le renseignement est nécessaire à la conclusion de la transaction: art. 9. Dans le cadre des rapports de consommation, la Commission a jugé à plusieurs reprises que les numéros d'assurance-sociale, de permis de conduire et d'assurance-maladie n'étaient pas des renseignements pertinents.

²²⁸ Art. 13 de la *Loi*.

²²⁹ Art. 12 de la *Loi*. Par exemple, la Commission d'accès à l'information a jugé qu'une entreprise qui recueille des renseignements par téléphone pour fins de livraison ne peut les

communication de renseignements à des tiers est subordonnée au consentement de la personne concernée²³⁰ et, si elle est transnationale, l'entreprise devra prendre tous les moyens raisonnables pour s'assurer de la protection des renseignements²³¹.

La *Loi* crée un régime particulier applicable aux listes nominatives, fondé sur le principe du droit de retrait («*opting-out*»). De manière générale, une entreprise est libre de constituer, d'utiliser et de communiquer une liste nominative pour fins de prospection commerciale²³². Toutefois, lorsque la liste contient des renseignements sur ses clients, membres ou employés, l'entreprise doit leur offrir une occasion valable de refuser que les renseignements soient utilisés ou communiqués pour fins de prospection²³³. Enfin, quiconque s'adonne à la prospection commerciale à partir d'informations contenues dans une liste nominative doit informer les personnes concernées de leur droit de retrait de la

utiliser lors de commandes futures; voir *X et Pizza Barba's*, C.A.I. No 940869 (mai 1994). Bien qu'il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence sur cette question, certains auteurs ont suggéré que l'article 12 de la *Loi* empêcherait une entreprise d'utiliser des renseignements recueillis dans le cadre d'un concours publicitaire pour fins de prospection commerciale; voir L. DESBIENS et D. POITRAS, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, textes annotés*, Montréal, SOQUIJ, 1996, p. 498.

²³⁰ Ou permise par une disposition de la loi: art. 13 de la *Loi*.

²³¹ Art. 17 de la *Loi*. Il est difficile de déterminer quels moyens seront considérés raisonnables, mais le libellé de cet article impose aux entreprises l'obligation d'analyser la protection offerte par les législations applicables dans le ressort de la tierce personne et, le cas échéant, de prendre des arrangements contractuels pour s'assurer de la protection des renseignements.

²³² Une liste nominative ne peut contenir que trois types de renseignements, puisqu'elle est définie comme contenant des noms, adresses ou numéros de téléphone de personnes physiques: art. 22 de la *Loi*.

liste²³⁴, lequel peut être exercé en tout temps par requête adressée au détenteur de la liste²³⁵.

La Commission d'accès à l'information a publié deux brochures se rapportant à l'Internet. La première traite du courrier électronique et des diverses questions que son utilisation suscite: confidentialité, conservation et destruction des messages, politique d'utilisation, chiffrement²³⁶. La seconde porte sur la confidentialité des renseignements personnels sur l'autoroute de l'information²³⁷. Selon la Commission, les principes fondamentaux établis par les lois d'accès et de protection des renseignements personnels «sont suffisamment généraux pour s'adapter aux progrès de la technologie». La Commission reconnaît que la technologie favorise la cueillette de renseignements dont la protection est essentielle²³⁸.

«L'utilisation de médias interactifs entraîne une circulation d'informations et, inévitablement, la cueillette et l'enregistrement de renseignements personnels, de quoi dresser des profils de consommateurs sur chacun de nous. La protection de ces

²³³ Art. 22 et 23 de la *Loi*.

²³⁴ Art. 24 de la *Loi*.

²³⁵ Art. 25 de la *Loi*. La Commission d'accès à l'information a préparé un guide qui présente des exemples de rédaction de clauses de retrait; voir COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «Le marketing direct», *Contact*, Janvier 1995.

²³⁶ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «Le courrier électronique», *Contact*, mars 1997.

²³⁷ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «L'accès à l'information et la confidentialité des renseignements personnels sur l'autoroute de l'information», *Contact*, septembre 1995.

²³⁸ *Id.*

renseignements constitue un élément clé de la protection de la vie privée.»

Ses commentaires sont toutefois laconiques et la Commission n'aborde pas les problèmes spécifiques soulevés par l'application de la *Loi* à l'Internet. Les réflexions suivantes devraient servir à éclairer cette problématique.

Premièrement, la *Loi* s'applique indubitablement aux renseignements personnels recueillis, utilisés et communiqués par le biais de l'Internet. Conformément à son article 1, la *Loi* s'applique aux renseignements personnels «quelle que soit la nature de leur support et quelle que soit la forme sous laquelle ils sont accessibles, écrite, graphique, sonore, visuelle, informatisée ou autre». Cette portée très large est analogue à celle de l'article 1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*²³⁹, que la jurisprudence a étendu, notamment, aux renseignements sur support audio et vidéo²⁴⁰. Les occupations «virtuelles» des sociétés qui exploitent une entreprise au Québec sont donc assujetties à la *Loi*. S'agissant d'activités promotionnelles, les normes les plus significatives sont probablement celles qui se rapportent, d'une part, à la constitution d'un dossier (puisqu'elle emporte diverses obligations) et, d'autre part, à la constitution de listes nominatives pour fins de prospection commerciale (au premier plan, les exigences relatives au droit de retrait).

²³⁹ Précitée, note 223.

²⁴⁰ Dans l'affaire *Bolduc c. Côté*, précitée, note 225, la Commission d'accès à l'information a

Deuxièmement, la définition de «renseignement personnel» restreint la protection accordée par la *Loi* aux personnes physiques²⁴¹. Cette limitation soulève diverses interrogations compte tenu de la structure des communications par l'Internet. Par exemple, un visiteur qui transmet des renseignements en utilisant le compte et l'adresse électronique de son employeur, une personne morale, pourra-t-il se prévaloir des bénéfices accordés par la loi? Devra-t-on, à cet égard, faire la distinction entre l'adresse électronique corporative (ex. compagnie@accés.net) et l'adresse individuelle (ex. employe@accés.net)? Bien que ces questions n'aient pas encore été tranchées, une interprétation de la *Loi* conforme à son objet incite à penser que ce n'est pas l'adresse autant que la nature des informations recueillies qui sera déterminante. Dans la mesure où les renseignements colligés se rapportent à une personne physique et sont susceptibles de l'identifier, cette personne pourra invoquer la protection accordée par la *Loi*.

Troisièmement, la définition d'une liste nominative s'étend probablement aux adresses électroniques. Celles-ci sont le pendant «virtuel» d'une combinaison de l'adresse physique et du numéro de téléphone. Toutefois, seules les adresses électroniques se rapportant à une personne physique seront assujetties au régime créé par la *Loi* et, plus particulièrement, aux dispositions relatives au droit de

jugé que la *Loi* s'appliquait à un examen médical enregistré sur une cassette vidéo.

²⁴¹

Les dispositions du *Code civil du Québec* s'étendent toutefois aux personnes morales; voir

retrait²⁴². Dans les faits, il pourrait être difficile de distinguer les adresses qui correspondent à une personne physique de celles qui se rapportent à une autre entité. À tout événement, une société qui constitue, utilise ou communique par Internet une liste nominative pour fins de prospection commerciale devrait prévoir un mécanisme électronique permettant l'exercice du droit de retrait. Citons, à titre d'exemple, la clause qu'utilise Microsoft dans son site *seattle.sidewalk.com*, qui satisferait, à notre avis, aux exigences de la loi québécoise:

«Microsoft and/or its affiliates may gather, process, and use (and allow others to use) the information which you provide directly (e.g., name, physical address, email address), as well as information regarding the manner in which you use this Web site. From time to time, Microsoft may allow others to offer products and services to you. If you wish to discontinue receiving such offers, you may notify Microsoft as set forth below [...].»

En outre, élément non négligeable compte tenu du caractère transnational de l'Internet, une société devrait porter une attention toute particulière aux obligations prescrites aux termes de l'article 17 de la *Loi*, et prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la protection des renseignements qui sont communiqués à l'extérieur de la province.

Quant à la cueillette de renseignements à l'insu des visiteurs, plus particulièrement au moyen de la technologie des témoins, elle soulève certes des

Jardins du Mont Inc. c. Provigo Distribution Inc., J.E. 94-1341.

²⁴²

Art. 22 de la *Loi*.

préoccupations en regard de la protection de la vie privée, que l'Office de la langue française traduit ainsi²⁴³:

«Les témoins ont été développés pour adapter de façon dynamique le contenu des serveurs aux habitudes de l'internaute. Ainsi, il est possible de personnaliser un site qui «reconnait» un visiteur et lui souhaite la bienvenue en l'appelant par son nom. De plus, on peut éventuellement orienter les visiteurs, vers certains sites en fonction de leur profil.

Même si les témoins ne peuvent être lus que par les serveurs appartenant au domaine défini lors de sa création, leur existence est controversée parce que leur activité s'exerce automatiquement, sans que les internautes en soient nécessairement avisés. Certains craignent ainsi qu'on puisse les utiliser pour faciliter des activités non désirées de promotion et de publicité.»

Mais comme le souligne I. Vassileff, les renseignements recueillis par les témoins ne sont pas tellement plus indiscrets que ceux recueillis par d'autres formes de technologies qui colligent des statistiques d'accès²⁴⁴. Aussi, dans la mesure où ils ne permettent pas l'identification d'une personne physique²⁴⁵, les renseignements recueillis à l'insu des visiteurs ne pourront être qualifiés, dans la plupart des cas, de renseignements personnels au sens de la *Loi*²⁴⁶. Cette

²⁴³ M. BERGERON, C. KEMPA et Y. PERRON, *op. cit.*, note 175, *verbo*: cookies.

²⁴⁴ I. VASSILEFF, *loc. cit.*, note 219, «les cookies ne sont pas tellement plus indiscrets que les informations personnelles divulguées lors de l'émission d'une requête à un serveur Web. Ces informations sont conservées dans les statistiques d'activité du serveur. L'intérêt des cookies est de simplifier leur extraction et d'en faciliter le traitement».

²⁴⁵ Art. 2 de la *Loi*.

²⁴⁶ Cette conclusion ne s'applique pas, il va sans dire, aux renseignements qu'une entreprise peut glaner dans les groupes de nouvelles USENET ou les listes de distribution. Ces renseignements ont un caractère indiscutablement personnel, puisqu'ils couplent, le plus souvent, une adresse électronique à d'autres renseignements susceptibles d'identifier la personne.

conclusion tient pour acquis que l'identité «virtuelle» ne jouit d'aucune reconnaissance juridique. Mais l'Internet nous invite à reconceptualiser les notions d'«identité» et de «personne». Ainsi, des renseignements que l'on n'estime pas personnels parce qu'ils ne se rattachent pas à l'identité *physique* pourraient le devenir, si l'on élargissait le concept de personne pour y inclure certains attributs de l'identité virtuelle (par exemple, une adresse électronique, un code d'accès ou un mot de passe).

Dans l'intervalle, la technologie pourra prêter assistance aux utilisateurs indisposés par la cueillette occulte de renseignements les concernant. Certains logiciels permettent aux utilisateurs de naviguer dans l'anonymat, tandis que les versions récentes des logiciels de navigation peuvent être programmées de telle sorte que l'utilisateur reçoive un avertissement au moment de l'installation d'un témoin, qu'il aura le loisir d'accepter ou de refuser²⁴⁷. Comme le fait remarquer K. Delwaide²⁴⁸:

«Le défi que pose l'autoroute de l'information quant à la protection des renseignements personnels a plutôt trait à la mise en application de cette loi. Qu'on parle de code volontaire ou de dispositions législatives semblables à celles adoptées par le législateur québécois en 1993, c'est donc la question même du caractère exécutoire qui préoccupe. Les penseurs de l'inforoute cherchent donc déjà des moyens techniques (plutôt que légaux) de protéger la vie privée des utilisateurs. [...]

²⁴⁷ Soulignons toutefois que ce système d'avertissement, lorsque activé, se déclenchera presque constamment tant l'utilisation des témoins est répandue.

²⁴⁸ K. DELWAIDE, *loc. cit.*, note 221, 34-35.

Si les nouvelles technologies peuvent mettre en péril la protection de la vie privée et de la réputation des renseignements personnels [sic], elles offrent également des moyens susceptibles de limiter les dégâts. Il faut maintenant souhaiter que ces moyens deviennent rapidement accessibles sur le marché tout en assurant un sain équilibre entre les divers besoins de protection: il faudra éviter que les moyens de protéger l'identité de certains utilisateurs de l'autoroute électronique ne soient utilisés pour commettre impunément des atteintes à la vie privée et à la réputation d'autres personnes.»

Rappelons, en terminant, que le régime juridique de la protection de la vie privée et, plus spécifiquement, des renseignements personnels, varie d'un État à l'autre. Par exemple, les États-Unis ne disposent pas d'encadrement formel en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Il existe toutefois plusieurs initiatives d'auto-régulation²⁴⁹. Par contraste, les pays d'Europe ont, pour la plupart, adopté des lois de protection des renseignements personnels qui trouvent application dans le secteur privé. Dans la mesure où les sociétés qui exploitent une entreprise au Québec respectent les paramètres de la *Loi* dans la cueillette, l'utilisation et la communication des renseignements par Internet, elles ne seront probablement pas vulnérables à l'étranger.

* * *

²⁴⁹

Voir, généralement, A. CAVOUKIAN et D. TAPSCOTT, *Who Knows: Safeguarding Your Privacy in a Networked World*, Toronto, Random House of Canada, 1995; M.M. TURNER, *loc. cit.*, note 34, 16: «The industry appears to recognize that securing consumers' privacy is important to driving Internet commerce and various parties have made statements about self-regulation, if only to stave off FTC or state regulation, which has yet to occur». Voir également L. ROSE, *FTC Seeking to Regulate Online Privacy*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/ftcprivacy.html>.

Nous avons vu que le caractère hypermédia et interactif de l'environnement publicitaire d'Internet avait une incidence, d'une part, sur la détermination de la légalité d'une publicité et, d'autre part, sur l'étendue du cadre juridique applicable. Dans la section qui suit, nous complétons notre analyse de l'impact des attributs technologiques de l'Internet sur l'encadrement juridique des activités promotionnelles en analysant plus particulièrement leur incidence sur la responsabilité des annonceurs.

B. Incidence sur la responsabilité des annonceurs

En incorporant par renvoi des éléments externes au message publicitaire et en élargissant la palette des services offerts, les annonceurs multiplient d'autant les contacts à caractère privé. Ainsi, outre leur assujettissement au contrôle réglementaire de l'État, les activités publicitaires par Internet sont susceptibles d'engager la responsabilité civile des annonceurs à l'égard de tiers, tant en vertu du droit statutaire (1) que du droit commun (2).

1. Environnement hypermédia et responsabilité statutaire

La capacité de relier des documents entre eux au moyen de liens hypertextes constitue le fondement même du Web. Comme le soulignait la Cour

de district dans l'affaire *ACLU c. Reno*²⁵⁰, «The power of the Web stems from the ability of a link to point to any document, regardless of its status or physical location»²⁵¹. Cette pratique est donc acceptée, dans son principe du moins, puisque l'assujettir à l'obligation d'obtenir le consentement de l'exploitant du site cible aurait une incidence néfaste sur l'intérêt, le développement et la viabilité du Web²⁵².

«[L]inking is the heart and soul of the World Wide Web. Consequently, if linking were disallowed or made illegal in the abstract, the Web would no longer exist. Clearly, no court or legislature would ever go so far as to outlaw all linking. Practically, then, linking is permissible because otherwise the Web would end.»

Conformément aux usages du réseau, une société n'est donc pas obligée d'obtenir le consentement de l'exploitant du site avec lequel elle désire établir un lien (bien qu'en invoquant les règles de la «nétiquette», certains considèrent poli de l'en informer). Ceci ne veut cependant pas dire que la responsabilité des annonceurs ne sera jamais engagée à l'égard de liens qui n'ont pas été autorisés.

²⁵⁰ 929 F.Supp. 824 (E.D. Pa. 1996).

²⁵¹ *Id.*, 832.

²⁵² Voir, notamment, V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192, p. 108; D.A. TYSVER, *Internet Law: Linking*, <http://www.bitlaw.com/internet/linking.html>. D'aucuns soutiennent toutefois, en se fondant sur la décision rendue dans l'affaire *Cyber Promotions Inc. c. America Online Inc.*, 948 F.Supp. 436, qu'on ne peut prétendre à l'existence d'un droit à «pénétrer» le site d'un tiers. Citant l'opinion d'un avocat américain, Bill Cook, J. KORNBLUM, «Two Links of Separation», *CNET news.com*, 9 mai 1997, écrit: «When [the courts] sided with online giant America Online (AOL) against junk emailing firm Cyber Promotions in saying that AOL had the right to block spam from the company, that essentially set a precedent, he said. The courts were saying companies don't have an inherent right to enter anyone else's system. Cook said he thinks the same would apply to someone wanting to enter into another's system by linking to it». Cette comparaison est à notre avis boiteuse. L'analogie serait plus exacte avec le droit du propriétaire du site, par exemple, d'utiliser un logiciel pour refuser les requêtes provenant de sites tiers.

La question de la responsabilité des annonceurs relativement au contenu de leur publicité n'est certes pas nouvelle. Les publicités diffusées dans les médias traditionnels sont parfois l'occasion de litiges, fondés, notamment, sur la concurrence déloyale, l'usurpation de marques de commerce ou la violation de droits d'auteur. Cette question est toutefois singulièrement exacerbée dans l'environnement hypermédia, en raison du recours aux liens hypertextes et de l'association des sites qui en résulte.

Nous n'avons recensé aucune poursuite canadienne ou québécoise portant sur la question de la responsabilité statutaire des annonceurs sur l'Internet. Les affaires étrangères sont d'ailleurs très peu nombreuses et seulement deux ont donné lieu à des décisions judiciaires, dont la valeur de précédent est fort limitée. Ces affaires présentent néanmoins un certain intérêt, dans la mesure où elles illustrent la diversité des interrogations qui alimentent la problématique des liens hypertextes²⁵³.

Dans l'affaire *Shetland Times Ltd. c. Wills*²⁵⁴, par exemple, le défendeur a mis sur pied un site Web désigné sous le nom de «Shetland News», dans lequel il

²⁵³ Pour des commentaires sur cette jurisprudence, voir, notamment, G. FRESEN, «The Internet: An Introduction to Basic Legal Risks That Impact Consumers», (1998) 10 *Loyola Consumer L.R.* 64; W.A. EFFROSS, «Withdrawal of the Reference: Rights, Rules, and Remedies for Unwelcomed Web-linking», (1998) 49 *South Carolina L.R.* 651.

²⁵⁴ Court of Sessions, Edinburgh (24 octobre 1996). Cette affaire a depuis fait l'objet d'un règlement. Pour ses modalités, voir W.A. EFFROSS, *loc. cit.*, note 253, 656.

a créé des liens à la version électronique d'articles publiés par le demandeur dans son édition papier du *Shetland Times* et reproduits sur son site Web. Les liens hypertextes utilisaient comme désignation la manchette des articles. En activant le lien, le visiteur accédait au texte intégral de l'article correspondant, qui était reproduit sur une des pages secondaires du site du demandeur. Dans sa poursuite, le demandeur a prétendu que les liens hypertextes constituaient une contrefaçon au sens du *Copyright, Designs and Patents Act 1988* du Royaume-Uni, d'une part, parce que les manchettes étaient protégées à titre d'œuvres littéraires et, d'autre part, parce qu'elles constituaient des émissions par câble («cable programmes»²⁵⁵), elles-mêmes protégées par les dispositions de la loi bénéficiant aux services d'émissions par câble («cable programme service»²⁵⁶).

Au soutien de sa décision accueillant la requête en injonction interlocutoire, le tribunal s'est dit d'avis que l'utilisation des manchettes pour relier le site du défendeur aux articles contenus dans le site du demandeur pouvait constituer une contrefaçon en violation des dispositions applicables aux œuvres littéraires et aux émissions par câble. Cette dernière caractérisation est inquiétante, du moins en droit anglais²⁵⁷:

²⁵⁵ Défini dans la loi comme «any item included in a cable programme service».

²⁵⁶ Défini dans la loi comme «a service which consists wholly or mainly in sending visual images, sounds or other information by means of a telecommunications system, other than by wireless telegraphy, for reception... at two or more places... or for presentation to members of the public...».

²⁵⁷ B. HARRIS, *Hype About Hypertext Links?*, <http://www.worldserver.pipex.com/icsa/csissues/julyfeat.html#anchor103287>.

«This type of infringement, potentially and alarmingly, has a much wider impact than the first type of infringement considered, because the headline does not have to satisfy the requirements of an original copyright work to be the subject of protection; it merely has to be an “item included in a cable programme service”. There also does not have to be a “substantial taking” (in contrast to substantial copying required under the first category of infringement) — an “item” simply needs to be taken from a cable programme service.»

Dans l'affaire *Ticketmaster Corporation c. Microsoft Corporation*²⁵⁸, présentement pendante devant les tribunaux²⁵⁹, Ticketmaster, qui se spécialise dans la réservation et la vente de billets de concerts et de spectacles, a constitué un site qui renseigne les visiteurs sur les divers événements et leur permet de réserver et d'acheter des billets en ligne. Microsoft a, pour sa part, mis sur pied le site *seattle.sidewalk.com*, qui fournit des renseignements sur les événements de la région de Seattle. Afin de permettre à ses visiteurs de réserver et d'acheter des billets, Microsoft a créé un certain nombre de liens avec des pages secondaires du site de Ticketmaster²⁶⁰.

Au soutien de son action, Ticketmaster a invoqué la dilution de ses marques et la représentation fausse et trompeuse de l'association de Microsoft

²⁵⁸ Civ. No. 97-3055 (DDP) (C.D. Cal.).

²⁵⁹ Cette affaire devait être entendue à l'automne 1998.

²⁶⁰ Le site *seattle.sidewalk.com* est assorti de la clause limitative suivante, relativement à l'exploitation de liens hypertextes par Microsoft: «This Web site may contain hyperlinks to Web sites operated by parties other than Microsoft. Such hyperlinks are provided for your reference only. Microsoft does not control such Web sites, and is not responsible for their contents. Microsoft's inclusion of hyperlinks to such Web sites does not imply any endorsement of the material on such Web sites or any association with their operators».

avec Ticketmaster, en violation des dispositions du *Lanham Act*²⁶¹. Ticketmaster a également prétendu que les liens constituaient des actes de concurrence déloyale²⁶² et de publicité fausse et trompeuse, en contravention de la législation californienne et de la *common law*. Enfin, Ticketmaster a dénoncé le fait que les liens outrepassaient la page d'accueil de son site, qui contient des annonces de compagnies avec lesquelles Ticketmaster a conclu des ententes publicitaires²⁶³.

Ce dernier reproche met en exergue la problématique des liens hypertextes avec les pages *secondaires* d'un site²⁶⁴. La résistance que rencontre cette pratique s'explique d'abord par des préoccupations financières. Plusieurs exploitants de sites Web, notamment ceux qui se spécialisent dans la diffusion d'information, transigent avec des compagnies pour l'obtention de revenus publicitaires, en contrepartie de l'affichage, sur leur page d'accueil, d'étendards publicitaires. Le coût de la publicité est généralement établi en fonction de l'achalandage du site, lequel est calculé à partir du nombre d'accès à la page d'accueil. Un lien hypertexte à une page secondaire outrepassé ainsi la publicité apparaissant sur la page d'accueil et diminue d'autant le nombre d'accès. D'autre part, un lien vers une page secondaire ne permet pas au visiteur de naviguer dans

²⁶¹ 15 U.S.C. § 1125(a).

²⁶² La poursuite mentionne, au par. 13: «Based on the value of its proprietary content, Ticketmaster Multimedia (a division of Ticketmaster) recently entered into a marketing alliance with CitySearch, Inc. Under the terms of the agreement, CitySearch is providing cash and trade value for precisely the same Ticketmaster web site content that Microsoft has pilfered».

²⁶³ Les procédures sont reproduites dans *The National Law Journal*, 12 mai 1997, B02.

²⁶⁴ Cette problématique avait également été soulevée dans l'affaire *Shetland Times Ltd.*,

le site cible en fonction de l'architecture conçue par l'exploitant et est susceptible d'occulter, outre la publicité, d'autres renseignements qui n'apparaissent que sur la page d'accueil («notices légales», conditions d'utilisation du site et des services, modalités de transaction, marques de commerce, etc.)²⁶⁵.

Dans l'affaire *The Washington Post Company et al. c. Total News Inc.*²⁶⁶, Total News a mis sur pied un service d'information offrant aux visiteurs l'accès au contenu de sites Web de plus d'un millier de producteurs d'information (The Washington Post, Sports Illustrated, Time, CNN, etc.). En activant les liens, les contenus étaient incorporés dans le site de Total News, lequel continuait à afficher l'URL de Total News, un index des producteurs d'information et la publicité que Total News vendait sur la foi de l'achalandage de son site. Dans leur poursuite, les demandeurs ont prétendu que le recours à la technologie de l'encadrement constituait, *inter alia*, une appropriation frauduleuse, un acte de concurrence déloyale, une usurpation et une dilution de leur marque de commerce et une désignation trompeuse de la source. Comme on le voit, cette affaire soulève non seulement la question du recours à la technologie de l'encadrement, mais également celle de l'appropriation de contenus produits par des tiers, sans que Total News n'ajoute de valeur autre qu'un système de repérage. La poursuite

précitée, note 254. C'est probablement cette pratique qui a motivé la poursuite.

²⁶⁵

Ce sont d'ailleurs ces préoccupations qui ont incité la *Television New Zealand* (TVNZ), qui exploite un site Web, à aviser les concepteurs de sites Web de ne pas créer de liens vers des pages secondaires de son site, sous peine de poursuites judiciaires. Selon TVNZ, de tels liens «corrupt our site branding and advertisement which may accompany our content»; voir *Aardvark* (25 novembre 1996), <http://www.aardvark.co.nz>.

a cependant été réglée hors cour²⁶⁷, si bien qu'aucune de ces questions n'a fait l'objet d'un débat.

Enfin, quoiqu'il ne s'agisse pas d'une poursuite en responsabilité civile, citons néanmoins l'affaire *ACLU of Georgia c. Miller*²⁶⁸, dans laquelle un tribunal de Géorgie a déclaré inconstitutionnelle une disposition pénale édictée par le législateur de cet État, qui créait l'infraction suivante²⁶⁹:

«to transmit any data through a computer network [...] for the purpose of setting up, maintaining, operating, or exchanging data with an electronic mailbox, home page, or any other electronic information storage bank or point of access to electronic information if such data uses any individual name, trade name, registered trademark, logo, legal or official seal, or copyrighted symbol [...] which would falsely state or imply that such person [...] has permission or is legally authorized to use such trade name, registered trademark, logo, legal or official seal, or copyrighted symbol for such purpose when such permission or authorization has not been obtained [...].»

Cette disposition ne vise pas expressément l'environnement hypermédia, mais son libellé suggère que l'utilisation non autorisée d'un lien hypertexte désigné par le biais de texte, dessin, logo ou marque de commerce, constitue une infraction²⁷⁰. Dans leur recours, les demandeurs ont prétendu que la disposition

²⁶⁶ 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y.).

²⁶⁷ Selon les termes de l'entente, Total News a accepté d'abandonner son recours à la technologie de l'encadrement, tout en conservant la faculté de relier son site à celui des demandeurs par le biais de liens hypertextes traditionnels.

²⁶⁸ Précitée, note 50.

²⁶⁹ *Georgia Computer Systems Protection Act*, précitée, note 49.

²⁷⁰ R.J. GREENSTONE, *The Weak Link*, <http://www.rjg.com/weaklink.html>.

était vague et imprécise, notamment parce qu'elle n'était assortie d'aucune méthode permettant de déterminer si la création d'un lien avec un document cible contenant un élément protégé constituait un usage prohibé. Les demandeurs ont également prétendu que la disposition s'inscrivait en violation du droit à la liberté d'expression. Au soutien de son ordonnance, la Cour a noté:

«[a] fair reading of the clause, as written, is that it prohibits the current use of web pages links. The linking function requires publishers of web pages to include symbols designating other web pages which may be of interest to a user. This means that an entity or person's seal may appear on hundreds or thousands of other web pages, just for the purpose of enabling the linking system. The appearance of the seal, although completely innocuous, would definitely "imply" to many users that permission for use had been obtained. Defendants have articulated no compelling state interest that would be furthered by restricting the linking function in this way.»

Ces quatre affaires mettent en évidence les principales préoccupations soulevées par l'utilisation des liens hypertextes, à savoir, la désignation du lien (élément protégé), le document cible (page secondaire) et la nature du renvoi (simple référence ou encadrement). Même si elle est susceptible d'indisposer l'exploitant du site cible ou de lui causer un préjudice économique, la création d'un lien hypertexte par un annonceur doit, pour être sanctionnée, se rattacher à une violation légale. Comme le souligne un auteur au sujet des liens aux pages secondaires d'un site et de la privation de revenus publicitaires²⁷¹:

²⁷¹ M.B. EISEN, «Copyright and the World Wide Web», (1996) 12 *R.C.P.I.* 405, 410.

«An even more irritating problem for some hosts is that pages containing paid advertisements, set up at the Web site so that visitors must see the ads before moving on to the back pages, can be completely bypassed by a direct link to the back pages provided by another Web site. Some copyright owners argue that these links would constitute a copyright infringement because they deprive the copyright owner of advertising revenues. This has to be wrong, unless linking can be found to be an activity that falls within one of the activities reserved to the copyright owner by the Copyright Act. Merely depriving a copyright owner of revenues does not turn an otherwise lawful activity into a copyright infringement. The question is whether the owner was deprived of those revenues through an activity that constitutes an infringement of copyright.»

Le concept de renvoi qui caractérise l'environnement hypermédia existe déjà dans le monde matériel, qui en connaît plusieurs exemples: notes infra-paginales, index, annuaires téléphoniques, pour ne citer que ceux-là. Il existe donc un «droit des hyperliens», en fonction duquel cette problématique peut être appréhendée²⁷²:

«Precisely because hyperlinking (of a sort) appears as a (small) part of so many different activities, there's lots of law scattered about the legal landscape governing hyperlinking activity. Many legal doctrines — trademark law, copyright law, unfair competition, privacy, misrepresentation — touch upon different aspects of the question regarding the extent to which hyperlinking-type activity is, or is not, permissible. [...] But in the face of a medium whose very existence and viability is defined by its hyperlinking capabilities, courts will have to do just that, drawing these disparate strands and fragments together into some sort of coherent whole.»

Nous nous proposons donc d'analyser la question de la responsabilité statutaire des annonceurs relativement à la création de liens hypertextes à la lumière des

²⁷²

D.G. POST, «The Link to Liability», *The American Lawyer*, Juillet-août 1997.

règles applicables en matière de droit d'auteur (a), de marques de commerce et de concurrence déloyale (b).

a) Droit d'auteur

La majorité des auteurs estime que la création d'un lien hypertexte ne constitue pas, en soi, un acte de contrefaçon, dans la mesure où, à l'instar d'une note infra-paginale ou d'un annuaire téléphonique, la société qui crée le lien ne met à la disposition du visiteur que l'adresse Internet permettant d'accéder au contenu du document cible. Or, les adresses URL ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Comme le souligne M.S. Hayes²⁷³:

«Bien que le titulaire du droit d'auteur puisse ne pas apprécier les liens qu'effectue une tierce partie avec l'endroit où sont situées ses oeuvres protégées, il est difficile de voir comment on peut violer de quelque manière le droit d'auteur sur les oeuvres auxquelles mène le lien. La page Web qui sert de lien n'est pas différente d'une note de bas de page ou d'une bibliographie qui oriente un utilisateur vers un autre endroit ou une autre source. La seule information que contient cette page Web est l'URL (adresse Web) de la page de destination, et, à l'instar du titre d'un ouvrage, d'une pièce de théâtre ou d'une oeuvre musicale, une adresse URL ne peut pas faire l'objet d'un droit d'auteur.»

²⁷³

M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, pp. 250-251. Voir également V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192, p. 108; R. RAYSMAN et P. BROWN, «Dangerous Liaisons: The Legal Risks of Linking Web Sites», *The New York Law Journal*, 8 avril 1997; M.B. EISEN, *loc. cit.*, note 271, 411. Soulignons que dans certaines circonstances, une collection de liens hypertextes pourra être protégée par droit d'auteur si elle satisfait, notamment, au critère d'originalité; voir V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192, p. 108; M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, p. 252.

Rappelons que la société qui crée le lien ne reproduit pas le contenu du document cible. Elle ne fait qu'encoder certaines informations (l'adresse URL) qui en permettent le téléchargement par le visiteur²⁷⁴. C'est ce dernier qui, au moment de l'activation du lien, procède à la reproduction du document cible. Mais en supposant que le visiteur commette un acte de contrefaçon²⁷⁵, l'exploitant du site pourra, dans certaines circonstances, voir sa responsabilité engagée en raison de sa participation dans la violation. Comme le souligne un auteur au sujet des liens IMG²⁷⁶:

«When the content or another page is incorporated into one's own page by means of an unauthorized IMG link, there is no direct copyright infringement by the creator of the link. This is because the link's creator never copies the pirated content; she merely provides a visiting browser with instructions to retrieve the image, which is then incorporated into the overall page on the user's machine. Thus the only person who copies the protected image is the final user. This does not mean that the creator of the link escapes liability, however. Copyright law provides that one who knowingly makes an infringement possible can herself be held liable under a theory of contributory infringement.»

Certes, le droit canadien ne connaît pas la doctrine américaine de «*contributory infringement*»²⁷⁷. La responsabilité de l'exploitant du site pourrait

²⁷⁴ Il existe un débat sur la question de savoir si le survol d'un site constitue un acte de contrefaçon. Voir, généralement, sur cette question, M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44.

²⁷⁵ M.B. EISEN, *loc. cit.*, note 271, 411.

²⁷⁶ D.A. TYSVER, *Internet Law: Linking, loc. cit.*, note 252.

²⁷⁷ En vertu de cette doctrine, un tiers pourrait, dans certaines circonstances, voir sa responsabilité engagée s'il a participé à la violation; voir, pour une discussion exhaustive de cette notion, l'affaire *Religious Technology Center c. Netcom On-Line Comm. Services Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

cependant se fonder sur le concept d'autorisation de l'article 3(1) *in fine* de la *Loi sur le droit d'auteur*²⁷⁸. Cette disposition énonce que le titulaire du droit d'auteur est également titulaire du droit d'autoriser l'exercice de l'un ou l'autre des droits prévus à l'article 3(1). La faculté d'autorisation est distincte des autres droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur*²⁷⁹. En consacrant le concept d'autorisation, l'article 3(1) *in fine* élargit le champ de responsabilité en permettant de retenir, outre celle de la personne qui a *personnellement* commis la violation, la responsabilité d'un tiers qui y a contribué en lui donnant son aval²⁸⁰.

Une société doit donc s'assurer qu'il n'existe pas d'ambiguïté dans la manière dont elle invite le visiteur à activer le lien. Non seulement le visiteur doit-il clairement comprendre que lorsqu'il active le lien, il quitte le site de la société et accède à un site exploité par un tiers, mais le lien ne doit pas laisser entendre que la société autorise ou cautionne la reproduction du document cible²⁸¹. Soulignons

²⁷⁸ Précitée, note 28.

²⁷⁹ *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers)*, [1936] 2 All E.R. 1496. Voir également *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

²⁸⁰ Il importe de prêter au concept d'autorisation son sens habituel: «sanctions, approves, or countenances»; voir *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] Ex. C.R. 103. Si l'autorisation peut s'inférer des circonstances, un personne doit néanmoins faire plus que simplement fournir les moyens permettant d'effectuer une contrefaçon; voir, par exemple, *Canadian Performing Rights Society c. Vigneux*, [1945] A.C. 106 (location d'un gramophone), *CBC Songs Ltd. c. Amstard Plc.*, [1986] F.S.R. 201 (mise en marché d'un magnétophone) et de *Tervagne c. Beloeil (Town of)*, (1993) 50 C.P.R. (3d) 419 (location d'une salle). Voir, généralement, M.-H. CÔTÉ, «La responsabilité des intermédiaires à l'égard des violations de droit d'auteur commises par des tiers sur l'Internet», (1998) 10 *Cahiers de propriété intellectuelle* 359.

²⁸¹ Ce pourrait être le cas, par exemple, si un lien avec le dictionnaire Internet publié par l'Office de la langue française mentionnait «Vous pouvez télécharger le dictionnaire Internet de l'OLF en cliquant ici». De façon plus subtile, ce pourrait être le cas si la société autorisait la reproduction du contenu de son site et laissait entendre que la portée de cette autorisation s'étendait au contenu des sites reliés.

que l'autorisation sera davantage susceptible d'être inférée si la société a recours à l'encadrement et aux liens IMG.

Ces deux pratiques soulèvent d'ailleurs d'autres préoccupations en regard de la protection des droits d'auteur. D'aucuns soutiennent que le recours à l'encadrement et aux liens IMG est susceptible de donner lieu à la création d'œuvres dérivées, dans la mesure où l'élément incorporé (une image ou un document) n'apparaît pas à l'écran dans la forme envisagée par son concepteur. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque le cadre masque en partie le contenu du document cible, ou affiche des éléments qui lui sont étrangers²⁸². Le recours à l'encadrement et aux liens IMG pourrait également donner lieu à la violation des droits moraux de l'auteur, notamment s'il y a dénaturation du contenu²⁸³. Enfin, ces pratiques pourraient constituer une violation du droit de communiquer au public par télécommunication²⁸⁴.

Dans un autre ordre d'idées, une société pourrait théoriquement se rendre coupable de contrefaçon si elle faisait usage d'un extrait du contenu du document cible pour désigner le lien (ex. par une phrase, voire même un paragraphe). Cette hypothèse s'est présentée dans l'affaire *Shetland Times Ltd.*²⁸⁵, où la Cour a jugé

²⁸² Voir W.A. EFFROSS, *loc. cit.*, note 253, 679.

²⁸³ Art. 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 28.

²⁸⁴ Art. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans la perspective du droit français, voir V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192, p. 110.

²⁸⁵ Précitée, note 254.

que les manchettes d'articles pouvaient faire l'objet d'une protection. Sa valeur de précédent est toutefois marginale, puisque le jugement a été rendu dans le cadre d'une procédure intérimaire sur la foi d'allégations tenues pour avérées. Cette décision est en outre basée sur la loi anglaise, alors que la législation canadienne n'offre pas de protection spécifique aux émissions par câbles. En droit canadien, la question de savoir si l'utilisation d'un extrait du document cible dans la désignation du lien hypertexte engage la responsabilité de l'exploitant du site sera tranchée en déterminant, dans un premier temps, si le document cible constitue une oeuvre protégée²⁸⁶. Dans l'affirmative, il importera d'établir si la reproduction porte sur une partie importante de l'oeuvre²⁸⁷. Enfin, dans l'hypothèse où la reproduction emportait violation du droit de l'auteur, il faudra déterminer si le créateur du lien peut invoquer l'exception d'utilisation équitable²⁸⁸.

Notons, en terminant, que certains auteurs, notamment américains, soutiennent qu'en affichant sa présence sur le Web, une société concède une licence implicite autorisant la création de liens hypertextes vers son site²⁸⁹. En

²⁸⁶ Cette détermination n'est pas facile à faire sur l'Internet, plusieurs documents ne comportant pas de notices de *copyright*.

²⁸⁷ L'article 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 28, définit en effet le droit d'auteur comme «le droit exclusif de produire ou reproduire une oeuvre, ou une partie importante de celle-ci...» (nous soulignons).

²⁸⁸ Voir, à cet égard, l'article 29 et suiv. de la *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 28. Mentionnons que la défense de «*fair use*» en droit américain est plus généreuse.

²⁸⁹ Voir, notamment, A.J. HARTNICK, «“Framing”: Internet Equivalent of Pirating?», *The New York Law Journal*, 4 et 11 avril 1997: «Analytically, there is an implied license for the person or party creating a link so that users by linking may access material on the pointed site that may encompass copyrighted content». Pour une opinion contraire, voir W.A. EFFROSS, *loc. cit.*, note 253, 675 et suiv.

droit canadien, la question est mieux analysée en fonction de la notion de consentement à l'accomplissement d'un acte réservé au titulaire du droit d'auteur, que recèle l'article 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

b) Marques de commerce et concurrence déloyale

En vertu de l'article 19 de la *Loi sur les marques de commerce*²⁹⁰, le propriétaire d'une marque déposée jouit du droit exclusif de l'employer en relation avec les marchandises ou services auxquels elle se rapporte. L'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce* précise les conditions dans lesquelles une marque sera réputée employée. Ces conditions varient selon que la marque est employée en relation avec des marchandises ou des services²⁹¹. Compte tenu de cette distinction, les situations d'emploi d'une marque en liaison avec des marchandises sur l'Internet seront limitées aux biens qui n'ont pas de support matériel (ex. logiciels)²⁹².

Comme le soulignent M. Racicot *et al.*, «toute personne qui affiche ou diffuse sur Internet un contenu qui renferme la marque de commerce d'un tiers est

²⁹⁰ Précitée, note 28.

²⁹¹ Une marque est réputée employée en liaison avec des marchandises si elle est apposée sur les marchandises au moment de leur transfert. Elle est réputée employée en liaison avec un service si elle est, notamment, employée ou montrée dans l'annonce du service.

²⁹² M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44.

susceptible d'être tenue responsable d'une contrefaçon directe»²⁹³. Aussi, la création d'un lien hypertexte désigné par la marque d'un service exploité par le site cible pourrait, dans certaines circonstances, constituer un emploi et, partant, une violation de la *Loi sur les marques de commerce*. L'exploitant du site qui crée le lien doit donc s'assurer que la marque n'est pas employée à *titre de marque de commerce* ou que son utilisation s'inscrit à l'intérieur des usages autorisés par le détenteur²⁹⁴. Soulignons que le nom commercial d'une société peut toutefois valablement être employé pour la désigner.

Si la création d'un lien hypertexte est susceptible d'avoir des effets positifs, en augmentant, par exemple, l'achalandage *du site cible*, une telle pratique, si elle est répandue, risque paradoxalement d'avoir un impact négatif sur la valeur de l'achalandage *attaché à la marque*. À cet égard, M. Racicot *et al.* font valoir que la diminution de l'achalandage pourrait résulter, notamment, de «la création d'une association inopportune entre le fournisseur d'information ou le site qu'il exploite et le tiers ou ses marchandises»²⁹⁵. Le créateur du lien pourrait ainsi s'exposer à un recours en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, qui interdit l'emploi d'une marque d'une manière susceptible de diminuer la valeur de l'achalandage attaché à cette marque. Une société a donc tout intérêt à contrôler

²⁹³ *Id.*, p. 122. Voir également J.E. LABRÈCHE, *loc. cit.*, note 33, 49 et suiv.

²⁹⁴ Plusieurs sociétés permettent l'utilisation de leurs marques ou logos sur demande, sujet au respect de paramètres pré-définis. Voir, par exemple, l'autorisation consentie par la société Netscape Communications Corporation.

²⁹⁵ M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, p. 124. Voir également J.E. LABRÈCHE, *loc. cit.*, note 33, 50-51. Il s'agissait de l'un des principaux

l'utilisation de ses marques par des tiers. À cet égard, certains logiciels permettent d'identifier les sites qui exploitent des liens hypertextes avec le site cible.

Dans un autre ordre d'idées, le recours à l'encadrement ou aux liens IMG pourrait, dans certaines circonstances, s'inscrire en contravention de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* et donner ouverture à une poursuite en concurrence déloyale («*passing off*») ²⁹⁶. Ce serait le cas, par exemple, si cette pratique entraînait de la confusion quant à la source du matériel encadré ou créait l'impression que l'annonceur endosse les produits ou services du site cible avec son aval. Comme le souligne un auteur ²⁹⁷:

«When inlined images or frames are used, the risks that a viewer will be deceived about the source of goods is greater. This is because, unlike hypertext links, which transfer a viewer to another Web site, inlining and framing: (1) display the contents of the remote framed site under the URL of the first site in which the frame is displayed; (2) do not cause viewing parties to connect directly to new sites and terminate connections to old ones; (3) allow Web authors to choose which elements of a remote site they will include in their own pages; and (4) are automatically activated when a Web site is accessed and cannot easily be distinguished from other content within the site.

reproches formulés par Ticketmaster à l'endroit de Microsoft.

²⁹⁶ Le recours à l'encadrement et aux liens IMG pourrait également donner lieu à un recours de droit commun en concurrence déloyale, en application des règles de la responsabilité civile. Le fardeau de preuve est particulièrement lourd: pour avoir gain de cause, le demandeur devra faire la démonstration d'un comportement empreint de mauvaise foi ou d'une intention de nuire, ayant pour effet de créer de la confusion ou de discréditer. Voir l'opinion de P. Trudel dans M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, p. 174, qui cite notamment l'affaire *Corbeil c. Dufresne*, (1933) 71 C.S. 548.

²⁹⁷ R. RAYSMAN et P. BROWN, «Dangerous Liasons: The Legal Risks of Linking Web Sites», *loc. cit.*, note 273. Voir également W.A. EFFROSS, *loc. cit.*, note 253, 684-685.

Thus, it is possible for images to be inlined into a document and combined with logos, trademarks or text that falsely describe their ownership without a viewer ever becoming aware that the image is derived from an outside source. Similarly, by using frames, text as well as images drawn from remote sites can be simultaneously displayed and juxtaposed with other materials in a manner that may mislead the viewer as to the sources of the framed content.»

En ce qui a trait plus particulièrement à la création de liens aux pages secondaires d'un site cible, il sera difficile, en l'absence d'une intention malicieuse, de conclure à un acte de concurrence déloyale. Comme le souligne V. Sédallian, un lien à une page secondaire est analogue à une référence à la page d'un livre, laquelle a l'avantage d'éviter la lecture intégrale de l'oeuvre pour retrouver le passage pertinent. De même, un lien vers une page secondaire épargne aux visiteurs une navigation fastidieuse, d'autant plus si le site est volumineux²⁹⁸. D'ailleurs, l'alternative — l'absence de lien — ne change rien à l'achalandage du site cible, tandis qu'un lien, fut-il à une page secondaire, incitera peut-être le visiteur à visiter la page d'accueil²⁹⁹.

Diverses techniques peuvent être utilisées en vue de réduire les occasions de litige résultant de la création d'un lien hypertexte. Au chapitre des solutions

²⁹⁸ V. SÉDALLIAN, *op. cit.*, note 192.

²⁹⁹ Dans son action, Ticketmaster allègue, erronément à notre avis:

«As such, a link to Ticketmaster's web site is extremely valuable to other commercial web sites in the Internet marketplace, and the addition of a link to Ticketmaster's site adds value to those other web sites by, inter alia, allowing them to increase their viewership and, thus, their advertising revenue.»

De fait, c'est Ticketmaster qui bénéficie d'un achalandage accru par le biais des liens vers son site.

conventionnelles, une société pourrait conclure des ententes réciproques de création et d'exploitation de liens hypertextes. L'American Bar Association (ci-après l'«ABA») a d'ailleurs publié un guide et un modèle de convention de liens hypertextes³⁰⁰. L'ABA énonce en ces termes l'intérêt de telles ententes³⁰¹:

«The owner of a web site may not have any right to prevent an unadorned hypertext link to his or her site. However, when the link is effectuated by more than such a simple, unadorned hypertext link, the link may implicate rights held by the owner of the linked site. This might be the case, for example, when the site hosting the link falsely suggests an association with the host of the linked page, or incorporates copyrighted or trademarked materials from the linked page without license. For these reasons, a web-link agreement that clearly sets forth the terms of the link is increasingly valuable.»

La convention modèle est divisée en plusieurs parties qui incorporent respectivement des normes portant sur des aspects aussi variés que la nature de la relation entre les parties (publicitaire, transactionnelle), les types de liens autorisés (liens HREF, liens IMG, encadrement), l'étendue des droits et obligations des parties (incluant les conditions d'accès et d'utilisation des liens), l'étendue de la licence consentie et, le cas échéant, les paramètres de la contrepartie monétaire (incluant les revenus découlant de l'usage ou de la publicité de tiers).

³⁰⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Web-Linking Agreements: Contracting Strategies and Model Provisions*, Chicago, American Bar Association, 1997.

³⁰¹ *Id.*, pp. 2-3.

Des solutions technologiques peuvent également être envisagées. Par exemple, le problème de la perte de revenus publicitaires résultant de liens aux pages secondaires d'un site pourrait être résolu en utilisant des logiciels qui achemineront les liens vers la page d'accueil du site. Alternativement, l'exploitant pourrait choisir de diffuser, dans toute l'architecture de son site, les annonces publicitaires, de même que toute indication relative à la désignation de la source du site³⁰².

* * *

L'extension des activités promotionnelles sur l'Internet, que favorise l'environnement hypermédia et interactif, a également une incidence sur la responsabilité civile de droit commun des annonceurs. C'est ce que nous nous proposons d'analyser dans la prochaine section.

³⁰²

D'autres solutions technologiques pourraient être envisagées, par exemple pour remédier aux problèmes soulevés dans les affaires *Ticketmaster* et *Total News*. Comme le souligne D.G. POST, «The Link to Liability», *loc. cit.*, note 272: «These two lawsuits have something else in common: both involve problems for which there are relatively simple technology "fixes." Ticketmaster can easily program its site to prohibit access to anyone coming in from Seattle.sidewalk.com, and, similarly, any news organization can insert a few lines of code in its website program to prevent TotalNews from retaining its frames around the site».

2. Promotion électronique et responsabilité de droit commun

Comme le soulignent P. Trudel *et al.*, «deux éléments distinguent [...] le marketing électronique du marketing traditionnel: expansion de contenu et interactivité»³⁰³. En greffant à leurs messages publicitaires des contenus à valeur ajoutée, dont divers services interactifs, les annonceurs multiplient d'autant les contacts avec les utilisateurs de leur site et, partant, les hypothèses susceptibles d'engager leur responsabilité civile (a). Afin de s'en prémunir, les annonceurs stipulent les conditions d'utilisation de leur site, engendrant ainsi le contrat de promotion avec le consommateur (b).

a) Expansion de contenu, interactivité et responsabilité

Contrairement aux médias traditionnels, un annonceur peut inclure dans son site publicitaire une quantité phénoménale d'information, par exemple en exploitant les potentialités de l'environnement hypermédia ou en constituant des bases de données assorties de moteurs de recherche. Soucieux de développer des sites publicitaires à valeur ajoutée, plusieurs annonceurs mettent également à la disposition des visiteurs de leur site une palette d'applications interactives, dont des forums de discussion (par le biais de listes de distribution ou de groupes de discussion).

³⁰³ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHELF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 18-30.

Nous avons déjà souligné que la diffusion d'information par l'Internet pouvait, dans certaines circonstances, engager la responsabilité pénale d'un annonceur³⁰⁴. Elle est également susceptible, à l'instar des communications qui circulent par l'entremise du réseau, d'engager sa responsabilité civile. Distinguant les services de communication destinés au grand public de ceux qui sont destinés aux professionnels, P. Trudel écrit, au sujet des premiers³⁰⁵:

«L'accès aux services de communication destinés au grand public s'effectue sans contrat préalable entre le producteur de l'information et l'utilisateur. Ces banques de données ont une obligation de prudence et de diligence lorsqu'elles transmettent l'information. Si le service fait preuve de négligence et transmet une information erronée, il sera alors tenu responsable des dommages.»

Les producteurs d'information qui n'est pas destinée à un public spécialisé sont donc tenus à une obligation de diligence raisonnable, quelque soit le médium utilisé pour sa diffusion³⁰⁶. La violation de cette obligation sera sanctionnée par le droit commun de la responsabilité extra-contractuelle, en appliquant les critères énoncés à l'article 1457 du *Code civil du Québec*. Ainsi, dans la mesure où les informations mises à la disposition du public par l'entremise d'un site publicitaire sont susceptibles d'induire un visiteur en erreur, un annonceur pourra

³⁰⁴ Voir le cas de la compagnie Virgin Atlantic Airways, discuté *supra*.

³⁰⁵ M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, p. 169.

³⁰⁶ Voir, notamment, B.B. SOOKMAN, «The Liability of Information Providers in Negligence», (1989) 5 *Computer Law and Practice* 141.

hypothétiquement voir sa responsabilité engagée pour tout préjudice en résultant³⁰⁷.

On peut certes se demander si la faculté de tenir les renseignements à jour sur une base quasi permanente, inhérente au médium, impose aux annonceurs des obligations additionnelles. À notre avis, cette faculté n'a pas d'incidence sur l'intensité de l'obligation, laquelle, du point de vue de l'annonceur, en demeure une de moyens. Elle pourra toutefois avoir un impact sur l'appréciation du caractère raisonnable des moyens employés par un annonceur pour assurer la qualité des informations mises à la disposition des visiteurs, qui sera modulée en fonction des possibilités offertes par la technologie³⁰⁸.

Aussi, tout annonceur qui exploite un site publicitaire devrait non seulement prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la qualité des informations

³⁰⁷ F. THEMENS, *Internet et la responsabilité civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998, p. 37. Ce pourrait être le cas, par exemple, d'un fabricant qui communique des renseignements incomplets ou erronés concernant les propriétés d'un produit ou d'une substance. Voir, généralement, sur la question de la responsabilité pour informations inexactes, J. HUET, «Liability of Information Providers: Recent Developments in French Law Contrasted with Louisiana Civil Law of Liability and United States Common Law of Torts», (1990) 5 *Tulane Civil Law Forum* 101.

³⁰⁸ Voir l'opinion de P. Trudel, dans M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44, pp. 170-171, de même que la jurisprudence citée par l'auteur. Certaines pratiques peuvent exacerber ce problème. Par exemple, la plupart des fournisseurs de services en ligne s'adonnent à la pratique du «caching», soit l'antémémorisation des sites Web les plus souvent visités par leurs clients, afin de réduire l'engorgement des lignes. Lorsqu'un abonné réquisitionne l'adresse d'un site, il télécharge la copie sauvegardée sur l'ordinateur de son fournisseur de services plutôt que la copie hébergée sur le serveur d'origine. S'il s'agit d'un site publicitaire dont le contenu est régulièrement mis à jour, des divergences pourront exister entre les deux versions. L'antémémorisation complique en outre la détermination des revenus publicitaires, en occultant le nombre réel de visiteurs qui accèdent au site.

qu'il met à la disposition des visiteurs, mais également fournir une indication de la date de dernière mise à jour de son site. Pour plus de certitude, une telle indication devrait apparaître sur chacune des pages qui contiennent des renseignements sujets à péremption (ce pourrait être le cas, par exemple, des informations relatives aux prix, quantités ou dates).

Dans un autre ordre d'idées, l'exploitation de forums de discussion est également susceptible d'engager la responsabilité de l'annonceur dans l'hypothèse où des propos préjudiciables y étaient véhiculés. Certes, lorsqu'une liste de distribution est acheminée aux abonnés sans que ceux-ci ne contribuent à son contenu, la responsabilité des annonceurs sera analysée en fonction des critères applicables aux documents publicitaires traditionnels. Mais dans le cas de listes de distribution qui font appel à la participation des visiteurs ou de groupes de discussion (en temps réel ou asynchrones), la question de la responsabilité des annonceurs pour tout préjudice résultant, par exemple, de la communication de propos à caractère diffamatoire *par les participants*, ne sera pas aussi aisée à trancher.

Dans le monde matériel, l'imputation de la responsabilité civile aux participants à la chaîne de production ou de diffusion de l'information, en regard de violations commises par des tiers, est tributaire de la qualification juridique prêtée aux divers véhicules de communication. S'inspirant de ces cadres traditionnels, plusieurs auteurs ont suggéré le recours à des métaphores afin de

qualifier les cas d'espèce sur l'Internet et de dégager les critères d'imputation de la responsabilité civile aux participants à la chaîne de communication. Ceux-ci seront tantôt des éditeurs, tantôt des libraires, tantôt de simples réseaux de communications³⁰⁹.

Par exemple, dans l'affaire *Stratton Oakmont Inc. c. Prodigy Services Inc.*³¹⁰, un tribunal américain a retenu la responsabilité d'un exploitant de services en ligne à l'égard de propos diffamatoires qui avaient été diffusés dans un babillard électronique, au motif que l'exploitant, qui prétendait exercer un certain contrôle éditorial sur les contenus, devait être assimilé à un éditeur. Par contraste, dans l'affaire *Cubby Inc. c. CompuServe Inc.*³¹¹, le tribunal a rejeté un recours en diffamation contre l'exploitant d'un service en ligne commercial, au motif que celui-ci devait être assimilé à une bibliothèque plutôt qu'à un éditeur, relativement aux propos qui étaient affichés par ses abonnés dans des forums de discussion, car il n'exerçait aucun contrôle sur leur contenu.

C'est avec justesse que d'aucuns ont souligné les limites de l'analyse métaphorique³¹². La transposition des cadres juridiques traditionnels à l'Internet

³⁰⁹ Voir, notamment, T.A. CUTRERA, «Computer Networks, Libel and the First Amendment», (1992) 11 *Computer Law Journal* 555, 569 et suiv.; L.E. BECKER, «The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others», (1989) 22 *Connecticut L.R.* 203; M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44; P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 5-2.

³¹⁰ Précitée, note 201.

³¹¹ Précitée, note 200.

³¹² P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32; F. THEMENS, *op.*

soulève en effet plusieurs difficultés, lesquelles sont exacerbées, notamment, par la convergence des médias et la confusion des rôles. Ainsi, en matière de promotion électronique, non seulement l'Internet favorise-t-il l'établissement d'une relation directe entre fabricants ou commerçants, d'une part, et consommateurs, d'autre part, mais il place parfois les premiers — c'est le cas lorsqu'ils exploitent un forum de discussion — dans un rôle d'*intermédiaire* à la communication.

Or, si les métaphores apportent un éclairage utile, d'autres facteurs doivent être considérés dans la détermination de la responsabilité des intermédiaires, plus particulièrement le contrôle qu'ils exercent sur l'information et la connaissance de son caractère préjudiciable³¹³. À cet égard, la notion de contrôle qu'exerce un annonceur sur les informations qui circulent par l'entremise du site qu'il exploite est fondamentale. Comme le soulignent P. Trudel *et al.*³¹⁴:

«L'objet et la portée des droits et responsabilités des différents acteurs qui interviennent dans la communication électronique ne tient pas tellement à leur rôle officiel mais plutôt au degré de contrôle et de maîtrise qu'ils exercent ou qu'ils sont réputés exercer sur l'information et les communications qui se déroulent dans les réseaux ouverts ou sur la partie de ceux-ci sur lesquels ils ont une certaine maîtrise.»

Quant à la connaissance du caractère préjudiciable de l'information, elle sera plus difficilement imputable à l'annonceur *avant* que ce caractère n'ait été

cit., note 307; M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 44.

³¹³ *Id.*

³¹⁴ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. 5-28.

reconnu tel par un tribunal³¹⁵. Cependant, un annonceur devrait prendre les mesures raisonnables pour prévenir une aggravation du préjudice, le cas échéant, lorsqu'il est avisé de l'existence d'une violation commise par l'entremise du site qu'il exploite. Soulignons qu'en pratique, les notions de contrôle et de connaissance vont de pair. Ainsi, plus un annonceur exerce de contrôle sur l'information qui circule par l'entremise du site qu'il exploite, plus il risquera de se voir imputer la connaissance du caractère préjudiciable de l'information.

b) Naissance du contrat de promotion

Dans l'espoir de limiter les hypothèses susceptibles d'engager leur responsabilité, plusieurs annonceurs ont choisi de formaliser les rapports qu'ils entretiennent avec les utilisateurs de leur site, en imposant à ces derniers diverses conditions d'utilisation. La complexité de la «convention d'utilisation» est généralement tributaire de l'importance et du nombre des services offerts. À titre d'exemple, plusieurs annonceurs stipulent des clauses d'exclusion de responsabilité visant l'information erronée, incomplète ou périmée, déclinent toute déclaration ou garantie quant au contenu du site et se réservent la faculté de modifier toute information sans préavis³¹⁶. À titre d'illustration, le Groupe Vidéotron

³¹⁵ *Id.*, p. 5-24.

³¹⁶ En droit québécois, la validité de telles clauses devra certes être déterminée à la lumière de l'article 1474 C.c.Q. et de l'article 10 L.P.C., précitée, note 9. Cette analyse dépasse toutefois le cadre de notre mémoire.

stipule une clause d'exclusion de responsabilité générale quant au contenu de son site *www.infinet.net*:

«L'information fournie sur ce site est fournie "telle quelle", sans garantie aucune, que ce soit expresse ou implicite, incluant mais sans limiter la généralité de ce qui précède toute garantie de qualité marchande pour un usage quelconque, ni quelque garantie quant aux droits, incluant les droits de propriété intellectuelle.

En aucune circonstance, Le Groupe Vidéotron Ltée, ses filiales ou compagnies affiliées, ses fournisseurs, ses agents ni ses mandataires ne seront responsables, directement ou indirectement, de dommages directs, indirects, spéciaux ou économiques, découlant de l'utilisation ou de l'incapacité d'utiliser l'information et/ou les produits présentés sur ce site.»

D'autres annonceurs stipulent, le cas échéant, des clauses régissant les modalités de participation aux forums de discussion, qui précisent les paramètres du contrôle qu'entend exercer l'annonceur sur les messages. Par exemple, dans son contrat d'utilisation du site *seattle.sidewalk.com*, Microsoft prévoit:

«If this Web site contains bulletin boards, chat rooms, or other message or communication facilities (collectively, "Forums"), you agree to use the Forums only to send and receive messages and material that are proper and related to the particular Forum. [...] Further, you acknowledge that chats, postings, conferences, and other communications by other users are not endorsed by Microsoft, and such communications shall not be considered reviewed, screened, or approved by Microsoft. Microsoft reserves the right for any reason to remove without notice any contents of the Forums received from users, including without limitation bulletin board postings.»

Enfin, les annonceurs qui lancent des concours publicitaires sur l'Internet stipulent habituellement une clause d'exclusion de responsabilité visant les bris techniques. À cet égard, Microsoft a prévu une clause d'exclusion de responsabilité au libellé particulièrement englobant:

«Microsoft Canada Co. ne peut être tenue responsable des erreurs, omissions, interruptions, suppressions, défauts, retards liés à l'exploitation ou à la transmission, pannes des lignes de transmission, vols ou destructions, accès non autorisés ou modifications relatifs aux bulletins de participation. Microsoft Canada Co. ne peut être tenue responsable des problèmes ou des déficiences techniques affectant les lignes ou les réseaux téléphoniques, les systèmes informatiques en ligne, les serveurs, les fournisseurs, le matériel informatique, le logiciel, ni des messages électroniques ou bulletins de participation non reçus en raison de problèmes techniques, de congestion sur Internet ou tout site Web, ou d'une combinaison de ces motifs, y compris les blessures ou les dommages connexes subis par les participants ou par toute autre personne, découlant de l'ordinateur, de la participation au concours ou du téléchargement de tout matériel dans le cadre de ce concours.»

Comme on le voit, en étendant la palette des activités publicitaires, les attributs technologiques de l'Internet transforment d'autant le rôle traditionnel des annonceurs et la relation qu'ils entretiennent avec les consommateurs dans la promotion de leurs produits et services. Grâce à l'environnement hypermédia et interactif, les annonceurs sont désormais des *fournisseurs de services*. Or, comme le soulignent les auteurs du *Lamy*³¹⁷, la relation entre un fournisseur de services

³¹⁷M. VIVANT (dir.), *op. cit.*, note 58.

au sens large et ses usagers peut être qualifiée de contractuelle et ce, même en l'absence de formalisation³¹⁸:

«Une page écran présentant le service, posant des obligations et postulant une acceptation de l'utilisateur à travers telle ou telle manipulation (à commencer par continuer à explorer le service en passant à un autre écran) constitue déjà ce «contrat électronique» (en réalité ce contrat passé par le vecteur du réseau) qui ne laisse aucune place au doute quant à la qualification à faire.

Mais il n'en va pas autrement quand même une telle page ne viendrait pas attirer l'attention de l'utilisateur sur le fait qu'en entrant dans un service (*lato sensu*) il s'engage et en réalité même passe contrat (avec l'actif et le passif que cela suppose). On ne peut ignorer que notre droit — comme bien des droits — est dominé par le principe du consensualisme qui signifie, entre autres choses, que, sauf régime particulier, aucune forme n'est requise. Il suffit que la manifestation de volonté puisse être caractérisée.»

Le consentement de l'utilisateur sera, le cas échéant, implicite (il se déduit de l'utilisation du site) ou exprès (l'utilisateur doit activer un lien pour poursuivre la navigation dans le site³¹⁹).

En somme, la multiplication des contacts avec les utilisateurs et, partant, des situations susceptibles d'engager la responsabilité civile des annonceurs, que favorisent l'expansion de contenu et l'interactivité, a engendré le *contrat de*

³¹⁸ *Id.*, p. 1317.

³¹⁹ C'est cette forme de consentement qui a donné naissance à l'expression «contrat *web-wrap*». Cette désignation fait référence aux licences de type «*shrink-wrap*» utilisées pour les programmes d'ordinateur: en déballant le logiciel, l'acheteur accepte d'être lié par les termes de la licence. Par analogie, en pénétrant dans le site, le visiteur en accepte les conditions d'utilisation.

*promotion avec le consommateur*³²⁰ et, avec lui, la transformation de l'encadrement juridique applicable à la publicité. Alors que cette activité était traditionnellement régie par des normes étatiques, la publicité par Internet est désormais assujettie à un régime hybride qui doit être appréhendé tant en vertu du paradigme réglementaire que contractuel.

³²⁰

Plusieurs questions se posent relativement à la qualification du contrat de promotion avec les consommateurs, avec les conséquences que cette qualification emporte sur son interprétation. Quoiqu'il en soit, s'agissant d'un contrat d'adhésion et/ou de consommation, toute ambiguïté devrait être tranchée en faveur de l'utilisateur. Voir, à cet égard, l'article 1432 C.c.Q. et l'article 17 L.P.C., précitée, note 9.

CONCLUSION

Les attributs technologiques de l'environnement publicitaire d'Internet — numérique, ouvert, hypermédia et interactif — ont un impact significatif sur la nature et l'encadrement juridique des activités publicitaires. Alors que, dans les médias traditionnels, la publicité est une activité essentiellement territoriale, unidirectionnelle et assujettie aux normes étatiques, la publicité par Internet déborde l'espace national, transcende la notion de message et est assujettie à un régime hybride de droit public et de droit privé.

Si les activités publicitaires dans le cyberspace sont indubitablement soumises au droit, entendu dans son sens le plus large et, plus spécifiquement, aux normes étatiques, la question du contrôle de l'espace transnational par les États demeure entière. Le caractère virtuel de l'Internet met d'ailleurs en exergue deux de ses nombreux paradoxes: l'Internet encourage l'expression d'opinions dissidentes, mais freine toute intervention des États visant la promotion de valeurs particulières; l'Internet est imprégné d'une philosophie libertaire, mais impose des contraintes aux participants en assujettissant leurs activités aux lois de tous les pays.

Les difficultés liées à l'application des lois nationales et, partant, au contrôle des activités publicitaires sur l'Internet, pourront être surmontées, en partie, par l'harmonisation des lois qui réglementent la publicité. L'harmonisation

n'est toutefois envisageable, à court terme, qu'à l'échelle régionale³²¹. En outre, d'aucuns estiment que si le développement d'un droit international est souhaitable, la technique conventionnelle est mal adaptée. Comme le suggèrent les auteurs du *Lamy*³²², «il faudrait surtout songer sans doute à une véritable *lex mercatoria* qui pourrait résulter de la pratique mais pourrait aussi répondre à une véritable option volontariste de la part des grands États concernés»³²³. Les cadres régionaux pourraient, à cet égard, se révéler être des terrains propices à l'émergence de cette forme de normativité.

Les difficultés liées au contrôle des activités publicitaires sur l'Internet pourront également être résolues, en partie du moins, par l'adoption de normes autorégulatrices par les acteurs du milieu³²⁴. Comme le souligne J. Reidenberg, le paradigme normatif fondé sur les concepts de frontières territoriales et substantives est difficilement applicable à l'Internet³²⁵. Il devra donc céder sa place au paradigme fondé sur ce qu'il a baptisé la «*network governance*»: «Policy

³²¹ Voir, à cet égard, les initiatives de la Communauté européenne, rapportées dans A. BENSOUSSAN (dir.), *op. cit.*, note 118.

³²² M. VIVANT (dir.), *op. cit.*, note 58.

³²³ *Id.*, p. 1260.

³²⁴ Voir, généralement, sur la question de l'autorégulation, P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32; D.G. POST, «Regulating Cyberspace: Governance, Self-Governance, and the Problem of Jurisdiction», conférence présentée dans le cadre du colloque *Communicating and Conducting Business On-Line*, University of Texas School of Law, Austin, 16-17 mai 1996; H.H. PERRITT, *Essay on Self-Regulation of the Internet*, <http://www.law.vill.edu/~perritt/selfreg3.htm>; P. TRUDEL, «Internet et commerce électronique: réglementation et autoréglementation», rapport préparé pour la conférence *Faire affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Montréal, 30-31 août 1995.

³²⁵ J. REIDENBERG, «Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace», dans B. KAHIN et C. NESSON (éd.), *op. cit.*, note 52, p. 85.

makers must begin to recognize network sovereignty and begin to shift the regulatory role of states towards indirect means that develop network rules»³²⁶.

Dans le même ordre d'idée, M. Vivant est d'avis que l'autoréglementation est un instrument normatif éminemment flexible et adaptable, compte tenu du caractère transnational et immatériel de la publicité par Internet³²⁷:

«Mais, dans un domaine où les frontières n'existent plus, où le temps réel est synonyme de fuite permanente du temps (mais la publicité n'est elle pas déjà un art de l'éphémère ?), où le support de la matière fait totalement défaut, où il faut donc, non point faire table rase de l'existant, mais repenser celui-ci, cette même nature de l'autoréglementation, instrument qui peut, comme le réseau, ignorer les frontières, présente la flexibilité, l'adaptabilité qu'on doit attendre ici de la règle de droit.»

L'élaboration et la mise en oeuvre de normes autorégulatrices sera d'autant plus efficace, qu'il existe déjà une tradition d'autoréglementation dans l'industrie de la publicité³²⁸.

Dans l'intervalle, il importe de reconnaître que les risques que sont susceptibles d'encourir les annonceurs relativement à leurs activités publicitaires par Internet sont relativement marginaux, d'autant plus s'ils exploitent les potentiels de la technologie dans la conception de leurs stratégies

³²⁶ *Id.*, p. 96.

³²⁷ M. VIVANT, *loc. cit.*, note 45, 1505.

³²⁸ Voir également N. VARILLE, «Publicité sur Internet. Droit et déontologie», *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997.

promotionnelles dans les environnements électroniques afin de les tailler à la diversité des marchés et des consommateurs cibles.

Par ailleurs, l'environnement hypermédia et interactif qui caractérise l'Internet modifie de façon significative la nature des activités publicitaires. Cette mutation entraîne, en retour, un élargissement de la portée du concept de publicité: la tendance est désormais aux «sites promotionnels» et non plus aux «messages publicitaires». Ce glissement du langage a une incidence sur l'évaluation de la conformité des sites publicitaires aux lois applicables, puisque les critères présidant à la détermination de la légalité d'une publicité sont conçus en fonction du concept de message. D'autre part, l'élargissement du concept de publicité et l'intégration d'activités qui débordent son cadre, telles que la cueillette, l'utilisation et la communication de renseignements personnels, étend l'éventail de la législation applicable.

Mais si la transposition du régime juridique de la publicité à l'espace cybernétique soulève des difficultés d'adéquation, l'intervention du législateur serait, à l'heure actuelle, inopportune. Les organismes qui ont le mandat de veiller à l'application des lois et, le cas échéant, les tribunaux, sont mieux placés pour traduire en concepts opératoires la spécificité du médium et en adapter les multiples manifestations aux cas d'espèce. En outre, les diverses normes cristallisées dans la législation sont probablement suffisamment souples pour s'ajuster aux mutations technologiques.

Enfin, l'expansion de contenu, le recours aux liens hypertextes et l'offre de services interactifs ont également une incidence sur la responsabilité statutaire et de droit commun des annonceurs. Cette question n'est certes pas nouvelle, mais elle est singulièrement exacerbée par les attributs technologiques de l'Internet. Si le recours aux hyperliens ne soulève pas de problèmes dans son principe, certaines pratiques sont plus vulnérables. Un annonceur aura donc intérêt à circonscrire l'utilisation des liens hypertextes par des ententes de réciprocité. Quant au spectre de la responsabilité civile, il engendre déjà le recours à des pratiques conventionnelles visant à définir les paramètres d'utilisation des sites publicitaires, avec, comme conséquence, l'incorporation du modèle contractuel. Comme le soulignent P. Trudel *et al.*, «les catégories disciplinaires pourtant séculaires telles que le "droit public", le "droit privé" [...] sont également mises à mal du fait des interactions dans l'espace cybernétique»³²⁹.

Notre étude a présenté une synthèse des questions soulevées par l'application du cadre juridique de la publicité aux activités promotionnelles sur l'Internet. Les conclusions qui s'en dégagent débordent cependant le strict cadre de la publicité et illustrent, de façon plus générale, les difficultés soulevées par la transposition des normes étatiques aux environnements électroniques, de même que les limites de la *loi* comme technique de contrôle des activités qui s'y déroulent. En corollaire, les conclusions de notre étude mettent en évidence

l'importance, dans la régulation des environnements électroniques, d'adjoindre à l'encadrement étatique des modes de régulation complémentaires, au premier plan l'autoréglementation et l'institution contractuelle. Comme le souligne M. Vivant au sujet de la première: «Loin d'être en concurrence, voire en conflit avec la loi, elle peut contribuer à instaurer sur les réseaux un état de droit où se retrouvent les intérêts de la collectivité, comme ceux des professionnels, en l'occurrence de la publicité qui ont déjà montré la voie. Reste à savoir à en user comme il convient»³³⁰.

³²⁹ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, *op. cit.*, note 32, p. intr-7.

³³⁰ M. VIVANT, *loc. cit.*, note 45, 1505.

SOURCES DOCUMENTAIRES

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes constitutionnels

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), c. F-27

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34

Lignes directrices sur la publicité trompeuse, Directeur des enquêtes et recherches, Consommation et Corporations Canada, 1991

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, L.R.C. (1985), c. C-38

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), c. C-42

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), c. T-13

Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), c. B-9

Textes québécois

Charte de la langue française, L.R.Q., c. C-11

Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., c. C-11, r.9.01

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1

Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales, L.R.Q., c. P-45

Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement, L.R.Q., c. L-6

Règles sur les concours publicitaires, R.R.Q., c. L-6, r.3.1

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.1

Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., c. P-9.1

Règlement sur la promotion, la publicité et les programmes éducatifs en matière de boissons alcooliques, R.R.Q., c. P-9.1, r.7.1

Textes étrangers

Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45

Georgia Computer Systems Protection Act, Ga. Code Ann. § 16-9-93.1(a) (1996)

Lanham Act, 15 U.S.C. § 1125(a)

Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel, Paris, OCDE, 1980

Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996)

TABLE DES JUGEMENTS**Jurisprudence canadienne**

Association pharmaceutique de la Province de Québec c. Eaton, (1931) 50 B.R. 482

Bolduc c. Côté, [1994] C.A.I. 219

Canadian Fur Shop of Saitoh Ltd. c. R., C.C. Toronto, 28 avril 1980

Canadian Performing Rights Society c. Vigneux, [1945] A.C. 106

CBC Songs Ltd. c. Amstard Plc., [1986] F.S.R. 201

Compo Co. c. Blue Crest Music Inc., [1980] 1 R.C.S. 357

Corbeil c. Dufresne, (1933) 71 C.S. 548

De Savoye c. Morguard Investments Ltd., [1993] 4 R.C.S. 289

Faucher c. Commission des liqueurs du Québec, (1931) 50 B.R. 13

Gauthier c. Syndicat des employées et employés de la Bibliothèque de Québec, C.A.I. No 961200 (12 décembre 1996)

Interprovincial Cooperatives Ltd. c. R., [1976] 1 R.C.S. 477

Jardins du Mont Inc. c. Provigo Distribution Inc., J.E. 94-1341

Mailly c. Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud, [1996] C.A.I. 292

Morales Moving and Storage Co. c. Chatigny-Bitton, J.E. 96-72

PEINET Inc. c. O'Brien, (1995) 61 C.P.R. (3d) 334

Pindling c. National Broadcasting Corp., (1987) 49 O.R. (2d) 58

R. c. Encyclopaedia Britannica Publications Ltd., (1977) 28 C.P.R. (2d) 201

R. c. M(J.P.), (1996) 67 C.P.R. (3d) 152

R. c. Opera Diamond Ltd., (1974) 15 C.P.R. (2d) 157

RJR Macdonald c. P.G. (Canada), [1995] 3 R.C.S. 199

Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada, [1994] R.J.Q. 2966

de Tervagne c. Beloeil (Town of), (1993) 50 C.P.R. (3d) 419

Tolofson c. Jensen, [1994] 3 R.C.S. 1022

Transport McGill Ltée c. N.T.S. Inc., J.E. 96-166

Visual Conception Visuel (Vicovi) Inc. c. Bell Sygma Inc., [1997] R.J.Q. 1448

X et Pizza Barba's, C.A.I. No 940369 (mai 1994)

Jurisprudence étrangère

ACLU c. Reno, 929 F.Supp. 824 (E.D. Pa. 1996)

ACLU of Georgia c. Miller, Order No. 1:96-CV-2475-MHS (N.D. Ga. 7 août 1997)

Ash c. Hutchison & Co. (Publishers), [1936] 2 All E.R. 1496

Bensusan Restaurant Corp. c. King, 937 F.Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996)

CompuServe Inc. c. Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996)

Cubby Inc. c. CompuServe Inc., 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991)

Cyber Promotions Inc. c. America Online Inc., 948 F.Supp. 436

Cybersell, Inc. c. Cybersell, Inc., 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997)

EDIAS Software International c. BASIS International, Ltd., 947 F.Supp. 413 (D. Ariz. 1996)

Hearst Corp. c. Goldberger, 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. 26 février 1997)

Inset Systems c. Instructions Set Inc., 937 F.Supp. 161 (D.Conn. 1996)

International Shoe c. Washington, 326 U.S. 310 (1945)

Maritz Inc. c. CyberGold Inc., 947 F.Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996)

McDonough c. Fallon McElligott, 1996 WL 753991 (S.D. Cal. 1996)

- Minnesota (A.G.) c. Granite Gate Resorts Inc.*, 1996 WL 767431 (Minn. Dist. Ct.)
- Playboy Enterprise, Inc. c. Chuckleberry Publishing, Inc.*, 939 F.Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996)
- Religious Technology Center c. Necom On-Line Comm. Services Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)
- Reno c. ACLU*, (1997) 138 L.Ed. 2d 874
- Shetland Times Ltd. c. Wills et al.*, Court of Session, Edinburgh (24 octobre 1996)
- Stratton Oakmont Inc. c. Prodigy Services Inc.*, (1995) 23 Media L.Rep. (BNA) 1794 (N.Y. Sup. Ct.)
- Telco Communications c. An Apple a Day*, 977 F.Supp. 404 (E.D. Va. 1997)
- Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] Ex. C.R. 103
- Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

- BAUDOIN, J.-L., *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1994
- BENSOUSSAN, A. (dir.), *Internet — aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1996
- BENYEKHEF, K., «Les normes internationales de protection des données personnelles et l'autoroute de l'information», dans *Le respect de la vie privée dans l'entreprise*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, pp. 66-101
- BERGERON, M., C. KEMPA et Y. PERRON, *Vocabulaire d'Internet*, 2^e éd., Montréal, Office de la langue française, 1997
- CARROLL, J. et R. BROADHEAD, *1996 Canadian Internet Handbook*, Scarborough, Prentice Hall, 1996

CAVOUKIAN, A. et D. TAPSCOTT, *Who Knows - Safeguarding your Privacy in a Networked World*, Toronto, Random House of Canada, 1995

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990

DESBIENS, L. et D. POITRAS, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, textes annotés*, Montréal, SOQUIJ, 1996

DUFOUR, A., *Internet*, 2^e éd., Coll. Que sais-je, P.U.F., 1996

FRÉMONT, J. et J.P. DUCASSE (dir.), *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Actes du colloque tenu dans le cadre des huitièmes entretiens Jacques Cartier, 5-8 décembre 1995, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 1996

FALQUE-PIERROTIN, I., *Internet. Enjeux juridiques*, Paris, La documentation Française, 1997

GAUTRAIS, V., «Contrats internationaux dans le cyberespace: les éléments de changement», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, pp. 405-428

GROFFIER, E., *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990

GUÉDON, J.-C., *La planète cyber — Internet et cyberespace*, Paris, Gallimard, 1996

HAHN, H., *The Internet Complete Reference*, 2^e éd., Osborne McGraw-Hill, 1996

HANCE, O., *Business et droit d'Internet*, Bruxelles, Best of Editions/McGraw Hill, 1996

HARNOIS, I., «La protection constitutionnelle et quasi-constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et les banques de données informatisées», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, pp. 667-707

HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992

HUITEMA, C., *Et Dieu créa l'Internet...*, Paris, Eyrolles, 1995

JONHSTON, D., D. JOHNSTON et S. HANDA, *Getting Canada Online — Understanding the Information Highway*, Toronto, Stoddardt, 1995

KAHIN, B. et C. NESSON (éd.), *Borders in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 1997

LABRÈCHE, J.E., «Les marques et les noms de domaine: les créatures et effets d'Internet», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, pp. 37-63

LARABIE-LeSIEUR, R., «La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales sous le régime de la Loi sur la concurrence», dans *Développements récents en droit de la consommation (1994)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1994

LEBEAU, F., *La publicité*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980

L'HEUREUX, N., *Droit de la consommation*, 4^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1993

McLAUGHLIN, S. (éd.), *Marketing Law*, Businessstek Publishing, 1990 (édition à feuilles mobiles), chapitre intitulé «Advertising and Marketing in Cyberspace», pp. A303-A314

MICHAUD, M., *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique: de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993

MONTERO, E. (éd.), *Internet face au droit*, Namur, Story scientia, coll. CRID, 1997

MORIN, G. et F. TÔTH, *Loi sur la protection du consommateur et règlement d'application*, Scarborough, Carswell, 1997

MOTULSKY, B., *La publicité et ses normes*, Québec, P.U.L., 1980

NORA, D., *Les conquérants du cybermonde*, Paris, Calmann-Levy, 1995

PIGEON, L.-P., *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1978

QUÉBEC SCIENCE, *Internet — Le guide pratique*, Numéro hors série, automne 1995

ROSENOER, J., *Cyberlaw: The Law of the Internet*, New York, Springer, 1997

SÉDALLIAN, V., *Droit de l'Internet*, Cachan, Éditions Net Press, 1997

SMITH, G.J.H., *Internet Law and Regulation*, Londres, Bird & Bird, 1996

THEMENS, F., *Internet et la responsabilité civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998

TORTELLO, N. et P. LOINTIER, *Internet pour les juristes*, Paris, Dalloz, 1996

TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997

TRUDEL, P. et E. MACKAAY (dir.), *Les autoroutes électroniques: usages, droits et promesses*, Actes du colloque tenu à Montréal le 13 mai 1994, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995

VACHON, P., «La formation des contrats à l'aube des nouvelles technologies», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, pp. 531-626

VASSOS, T., *Strategic Internet Marketing*, Indianapolis, QUE, 1996

VIVANT, M. (dir.), *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1997

YOUNG, D.M.W. et B.R. FRASER, *Canadian Advertising & Marketing Law*, Toronto, Carswell (édition à feuilles mobiles)

Articles de revues

AMSTERDAM, R.R., «Cyberspace and the Globalization of Trade, Technology and the New Media», (1997) 2 *Canadian International Lawyer* 80

BAUMAN, L.I., «Personal Jurisdiction and Internet Advertising», (1997) 14 *The Computer Lawyer* 1

BECKER, L.E., «The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others», (1989) 22 *Connecticut L.R.* 203

BENNETT, S.E., «Canning Spam: *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*», (1998) 32 *University of Richmond L.R.* 545

BLACKWELL, G., «A Jurisdiction Called Cyberspace», (mars 1997) *Canadian Lawyer* 21

BURNSTEIN, M.R., «Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace», (1996) 29 *Vanderbilt J. of Transnational Law* 75

CARICO, J.R., «*Bensusan Restaurant Corp. v. King*: Defining the Reach of the Jurisdictional Net Over the World Wide Web», (1998) 21 *American J. of Trial Advocacy* 693

CÔTÉ, M.-H., «Le contrôle de certaines pratiques commerciales sur l'Internet: l'exemple de la publicité non sollicitée dans les groupes de nouvelles USENET et le courrier électronique», (décembre 1996) *Espacedroit*, <http://www.droit.umontreal.ca/espacedroit>

CÔTÉ, M.-H., «La responsabilité des intermédiaires à l'égard des violations de droit d'auteur commises par des tiers sur l'Internet», (1998) 10 *Cahiers de propriété intellectuelle* 359

CUTRERA, T.A., «Computer Networks, Libel and the First Amendment», (1992) 11 *Computer L.J.* 555

DESPREZ, P. et V. FAUCHOUX, «Les contrats relatifs à la vente et à l'achat d'espace publicitaire sur Internet», (mars 1997) 139 *II Légipresse* 17

DYSART, J., «How to advertise on the Internet without getting flamed», (mars 1995) *The National* 10

EFFROSS, W.A., «Withdrawal of the Reference: Rights, Rules, and Remedies for Unwelcomed Web-linking», (1998) 49 *South Carolina L.R.* 651

EISEN, M.B., «Copyright and the World Wide Web», (1996) 12 *R.C.P.I.* 405

EPPS, B.K. «*Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*: The Expansion of Personal Jurisdiction in the Modern Age of Internet Advertising», (1997) 32 *Georgia L.R.* 237

FRESEN, G., «The Internet: An Introduction to Basic Legal Risks That Impact Consumers», (1998) 10 *Loyola Consumer L.R.* 64

GAUTRAIS, V. et P.E. MOYSE, «Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace: la relation auteur/utilisateur», (1996) 9 *Cahiers de propriété intellectuelle* 9

GILPIN, B.G., «Attorney Advertising and Solicitation on the Internet: Complying with Ethics Regulations and Netiquette», (1995) 13 *Journal of Computer & Information Law* 697

GINSBURG, J.C., «Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace», (1997) 15 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 153

GIOUX, P. «La protection de la langue française et l'Internet marchand» (août-sept. 1997) no 207 *Expertises*

GOOCH, C.J., «The Internet, Personal Jurisdiction, and the Federal Long-Arm Statute: Rethinking the Concept of Jurisdiction», (1998) 15 *Arizona J. of Int. & Comp. L.* 635

HUET, J., «Liability of Information Providers: Recent Developments in French Law Contrasted with Louisiana Civil Law of Liability and United States Common Law of Torts», (1990) 5 *Tulane Civil Law Forum* 101

JOHNSON, D.R. et D.G. POST, «Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace», (1996) 48 *Stan. L.R.* 1367

KIDD, D.L., «Casting the Net: Another Confusing Analysis of Personal Jurisdiction and Internet Contacts in *Telco Communications v. An Apple a Day*», (1998) 32 *University of Richmond L.R.* 505

LAFOND, P.-C., «Contours et ramification de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec», (1996) 56 *R. du B.* 569

MASSE, D.G., «Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute», (1997) 42 *R.D. McGill* 403

MOBERG, M.A., J.W. WOOD et H.L. DORFMAN, «Surfing the Net in Shallow Waters: Product Liability Concerns and Advertising on the Internet», (1998) *Food and Drug L.J.* 213

PLANT, N.K., «Prescription Drug Promotion on the Internet: Tool for the Inquisitive or Trap for the Unwary?», (1998) 42 *Saint-Louis University L.J.* 89

POTT, D., «Web Sites: Liability for Libel on the Internet», (1997) 7 *Canadian Corporate Counsel* 19

READ, T.K., «Pushing the Advertising Envelope: Building Billboards in the Sky along the Information Superhighway», (1995) 23 *Western State University L.R.* 73

REICHERTZ, P.S., «Legal Issues Concerning the Promotion of Pharmaceutical Products on the Internet to Consumers», (1996) 51 *Food and Drug L.J.* 355

RENAULT, C.E., «Sites d'entreprise sur le Web et droit de la communication», (janv.-fév. 1997) 138 *Il Légipresse* 11

ROZENFELD, S., «Internet et langue française», (janv. 1997) no 201 *Expertises*

SANTISI, M.J., «*Pres-Kap, Inc. v. System One, Direct Access, Inc.: Extending the Reach of the Long-Arm Statute Through the Internet?*», (1995) 13 *Journal of Computer & Information Law* 433

SARNA, S.F., «Advertising on the Internet: An Opportunity for Abuse?», (1998) 11 *St. John's Journal of Legal Commentary* 683

SCHEINESON, M.J., «Legal Overview of Likely FDA Regulation of Internet Promotion», (1996) 51 *Food and Drug L.J.* 697

SCHWARTZ, E.I., «Advertising Webonomics 101», *Wired* 4.02, <http://www.wired.com/wired/4.02/webonomics.html>

SCOTT, M.D., «Advertising in Cyberspace: Business and Legal Considerations», (1995) 12 *The Computer Lawyer* 1

SCOTT, S., «Regulation on the Information Highway: Capturing the Elusive Butterfly», (1996) 9 *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* 305

SKIPPEN, J.D. et J. BRESLIN, «Contracting for the Development of a Web Site», (1996) 2 *I.T.L.* 30

SOOKMAN, B.B., «The Liability of Information Providers in Negligence», (1989) 5 *Computer Law and Practice* 141

STAGLIANO, R., «Publicité du troisième type», dans *L'Internet, l'extase et l'effroi*, Le Monde diplomatique, Manière de voir Hors-série, Octobre 1996, pp. 91-92

STRAVITZ, H.B., «Personal Jurisdiction in Cyberspace: Something More Is Required on the Electronic Stream of Commerce», (1998) 49 *South Carolina L.R.* 925

TRUDEL, P., «Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet», (1995) 55 *R. du B.* 521

VEYSSIÈRE, L. et A. VIBERT, «La publicité sur Internet: peut-on "surfer" sans risques?», (1996) 12 *Légicom* 19

WINICK, M.L., D. THOMAS GRAVES et C. CRASE, «Attorney Advertising on the Internet: From Arizona to Texas — Regulating Speech on the Cyber-Frontier», (1996) 27 *Texas Tech L.R.* 1487

ZEMBEK, R.S., «Jurisdiction and the Internet: Fundamental Fairness in the Networked World of Cyberspace», (1996) 6 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 339

Allocutions et conférences

BOUCHER, L., «Les contrats sur Internet», conférence présentée dans le cadre du colloque *Faire des affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Institut mondial du commerce électronique, Montréal, 30 septembre et 1^{er} octobre 1996

DELWAIDE, K., «La protection de la vie privée et de la réputation à l'ère des nouvelles technologies», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997

ERICKSON, C.E., «Negotiating and Drafting Internet Related Agreements», conférence présentée dans le cadre du colloque *Legal issues on the Internet*, Institut canadien, Toronto, 14 mai 1996

GINSBURG, J.C., «Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace», conférence présentée dans le cadre des *Tenzer Lecture*, Benjamin N. Cardozo School of Law, 15 octobre 1996

MERCIER, P., «Mise en place d'une vitrine Internet: aspects juridiques et pratiques», conférence présentée dans le cadre du *Colloque sur la pertinence de l'inforoute*, AQDIJ et ALAI Canada, Montréal, Novembre 1996

PARADIS, P., «L'Internet interroge le droit des marques de commerce», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997

POST, D.G., «Regulating Cyberspace: Governance, Self-Governance and the Problem of Jurisdiction», conférence présentée dans le cadre du colloque *Communicating and Conducting Business On-Line*, University of Texas School of Law, Austin, 16-17 mai 1996

RACICOT, M., «Le commerce électronique sur Internet: comment contracter et s'assurer de la validité des contrats», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997

SOOKMAN, B.B., «Personal Jurisdiction and the Internet: If you Put Material in Cyberspace, Where Can you Be Sued?», Conférence présentée dans le cadre du colloque *Computer and Cyberspace Law*, Dayton, Ohio, 13 juin 1997

STAREK, R.B., «Consumer Protection in the Age of Borderless Markets and the Information Revolution», allocution prononcée dans le cadre de la *Conference on Transborder Consumer Regulation and Enforcement*, Canberra, 7 juin 1995, <http://www.webcom./lewrose/speech/starek.html>

TAKACH, G.G.S., «Law in the World Without Borders», conférence présentée dans le cadre du colloque *Legal issues on the Internet*, Institut canadien, Toronto, 14 mai 1996

TRUDEL, P., «Internet et commerce électronique: réglementation et autoréglementation», Rapport préparé pour la conférence *Faire affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Montréal, 30-31 août 1995

TURNER, M.M., «Legal Issues in Marketing and Advertising», conférence présentée dans le cadre du colloque *Communicating and Conducting Business On-Line*, University of Texas School of Law, Austin, 16-17 mai 1996

VARNEY, C.A., «Privacy in the Electronic Age», allocution prononcée dans le cadre de la *Privacy & American Business Conference*, Washington, 1^{er} novembre 1995, <http://www.webcom.com/lewrose/speech/vprivacy.html>

VAUTOUR, A., «Considérations juridiques en matière de commerce électronique», conférence présentée dans le cadre du colloque *Les aspects juridiques de l'Internet*, Institut canadien, Montréal, 22-23 mai 1997

Mémoire

BARKER, C. et P. GRONNE, *Advertising on the World Wide Web*, mémoire de maîtrise, Copenhagen, Copenhagen Business School, 1996, <http://www.samkurser.dk/advertising>

Articles de journaux

BOURQUE, R.A. et K.L. CONRAD, «Avoiding Remote Jurisdiction Based on Internet Web Site», *The New York Law Journal*, 10 décembre 1996

FREEDMAN, B.J., «Cybersuits challenge the scope of IP rights», *The Lawyers Weekly*, 27 juin 1997, 24

FREELING, K. et J.E. LEVI, «Frame Liability Clouds Internet's Future», *The New York Law Journal*, 19 mai 1997

GLOBE AND MAIL (The), «Internet group strikes conduct code», 2 novembre 1996, B3

HARTNICK, A.J., «Copyright and Trademark on the Internet — and Where to Sue», *The New York Law Journal*, 21 février 1997

HARTNICK, A.J., «“Framing”: Internet Equivalent of Pirating?», *The New York Law Journal*, 4 et 11 avril 1997

HERNANDEZ, D.F. et D. MAY, «Personal Jurisdiction and the Net: Does Your Website Subject You to the Laws of Every State in the Union?», *Los Angeles Daily Journal*, 15 juillet 1996

HORNSBY, W.E., «Ethics Rules for Ads May Cover Web Sites», *The National Law Journal*, 29 janvier 1996, C1

JUN, M., «Been “Framed”? : Impostors Beware!», *The New York Law Journal*, 20 juin 1997

KORNBLUM, J., «Quebec demands site use French», *CNET news.com*, 16 juin 1997

KORNBLUM, J., «Two Links of Separation», *CNET news.com*, 9 mai 1997

KRAKAUR, P., «Internet Advertising: States of Disarray?», *The New York Law Journal*, 15 septembre 1997

LEIBOWITZ, W.R., «Suits-a-Rama: The Virtual World Gets More Litigious — and Weird», *The National Law Journal*, 30 décembre 1996, B20

LEIBOWITZ, W.R., «National Laws Entangle the ‘Net: It’s A Small, Small, Litigious Web», *The National Law Journal*, 30 Juin 1997, B07

LOUNDY, D.J., «Long Arm of the Law Reaches Far into Cyberspace», *Chicago Daily Law Bulletin*, 8 août 1996, 6

MACAVINTA, C., «Surfer tracking limits applauded», *CNET news.com*, 7 avril 1997

MACAVINTA, C. et T. CLARK, «MCI mimics White House on e-commerce», *CNET news.com*, 21 juillet 1997

MADOFF, E., «Freedom to Link Under Attack», *The New York Law Journal*, 23 juin 1997

POST, D.G., «The Link to Liability», *The American Lawyer*, Juillet-août 1997

RAYSMAN, R. et P. BROWN, «Dangerous Liaisons: The Legal Risks of Linking Web Sites», *The New York Law Journal*, 8 avril 1997

RAYSMAN, R. et P. BROWN, «Regulating Internet Advertising», *The New York Law Journal*, 14 mai 1996

REUTERS, «French-only ruling delayed», *CNET news.com*, 24 février 1997

REUTERS, «Germans Weigh Right to Link», *CNET news.com*, 17 janvier 1997

SAMPSON, M.H., «Hyperlink at your Own Risk», *The New York Law Journal*, 24 juin 1997

SCHNEIDERMAN, E. et R. KORNREICH, «Personal Jurisdiction and Internet Commerce», *The New York Law Journal*, 4 juin 1997

VARILLE, N., «Publicité sur Internet. Droit et déontologie», *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997

deVISSCHER, F. et D. GROSSMANN, «Brèves réflexions sur la publicité et Internet en droit belge», *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997

VIVANT, M., «Internet, support publicitaire: régulation et déontologie», *Gazette du Palais*, 22 novembre 1997

Divers

—, *Transmission Jurisdiction: The Power to Adjudicate False Advertising on the Internet*, <http://www.library.law.miami.edu/~cooper/internet.html>

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Web Linking Agreements: Contracting Strategies and Model Provisions*, Chicago, American Bar Association, 1997

BLOCK, M., *Sweepstakes and Contests*, <http://calvin.arentfox.com/features/sweepstakes/articles/sweep.html>

BROWN, P., *Personal Jurisdiction and the Internet: U.S. Courts Evaluate Whether Contact Through a Web Site Is Sufficient for Minimum Contact*, <http://www.brownraysman.com/doclib/webjrxn.html>

CLARKE, R., *Cookies*, Février 1997, <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/II/Cookies.html>

COALITION FOR NETWORKED INFORMATION, *Electronic Billboards on the Digital Superhighway*, Report of the working group on Internet Advertising, 28 septembre 1994, <http://www.cni.org/projects/advertising/www/adpaper.html>

COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Le défi de l'autoroute de l'information*, Rapport final, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1995, <http://www.ic.gv.ca/info-highway/final.report/fra>

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «Le marketing direct», *Contact*, Janvier 1995

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «Au Québec: les conséquences d'une directive européenne sur la protection des renseignements personnels», *Contact*, Septembre 1995

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «L'accès à l'information et la confidentialité des renseignements personnels sur l'autoroute de l'information», *Contact*, Septembre 1995

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, «Le courrier électronique», *Contact*, Mars 1997

ELLSWORTH J.H. et M.V. ELLSWORTH, *The Internet Business Book* (extraits), http://www.oak_ridge.com/ibb.html

FELDMAN, J.P., *FTC Cracks down on Traditional Fraud Perpetrated on the Internet*, <http://calvin.arentfox.com/feature/sweepstake/articles/ftccrackdown.html>

FELDMAN, J.P., *Promoting on the Internet Using Skill Contests (Part I): Skill Vs. Chance*, <http://calvin.arentfox.com/feature/sweepstakes/articles/internetskill1.html>

FELDMAN, J.P., *Promoting on the Internet Using Skill Contests (Part II): Running a Lawful Contest*, <http://calvin.arentfox.com/feature/sweepstakes/articles/internet/skill2.html>

FELDMAN, J.P., *Sweepstakes on the Internet: The Consideration Issue*, <http://calvin.arentfox.com/feature/sweepstakes/articles/considissue.html>

FELDMAN, J.P., *Update at the NAD: Policing Cyberspace Advertising*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/nad.html>

GELMAN, A.B., *False Webvertising? Advertising Regulations on the Web*, <http://www.webmark.com/netcounsel/webads.htm>

GELMAN, A.B., *False Webvertising Part II*, <http://www.webmark.com/netcounsel/webads2.htm>

GREENSTONE, R.J., *The Weak Link*, <http://www.rjg.com/weaklink.html>

HARRIS, B., *Hype About Hypertext Links?*, <http://www.worldserver.pipex.com/icsa/csissues/julyfeat.html#anchor103287>

HOFFMAN, D.L. et T.P. NOVAK, *A New Marketing Paradigm for Electronic Commerce*, 19 février 1996, <http://www2000.ogsm.vanderbilt.edu/novak/new.marketing.paradigm.html>

LOUNDY, D.J., *E-Law: Computer Information Systems Law and System Operator Liability in 1995*, <http://www.leepfrog.com/E-Law/E-Law/contents.html>

MORRIS, G.E., «Local Laws and the Global Village», dans *Advertising & Marketing Review*, http://www.ad-mkt-review.com/public_html/air/air009.html

OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Charte de la langue française annotée*, <http://www.olf.gouv.qc.ca>

OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *La Charte de la langue française et les sites Web*, <http://www.olf.gouv.qc.ca/sites.htm>

PERRITT, H.H., *Jurisdiction in Cyberspace: the Role of Intermediaries*, Université Harvard, Kennedy School of Government, janvier 1996, <http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm>

PERRITT, H.H., *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, Université d'Oslo, octobre 1995

PERRITT, H.H., *Essay on Self-Regulation of the Internet*, <http://www.law.vill.edu/~perritt/selfreg3.htm>

RACICOT, M., M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Rapport préparé pour Industrie Canada, février 1997, <http://strategis.ic.gc.ca/nmd>

REICHERTZ, P.S., *Legal Restrictions on the Advertising and Promotion of Pharmaceutical and Biological Products on the Internet and Other Emerging Technologies*, 8 décembre 1995, <http://www.webcom.com/lewrose/speech/fda.html>

REINBOLT, J.C., *Advertising Rules on the Web*, <http://www.procopio.com/resource/library/articles/net9.htm>

REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, 1995, <http://ftp.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/index.html>

ROSE, L., *FTC Seeking to Regulate Online Privacy*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/ftcprivacy.html>

ROSE, L. et J.P. FELDMAN, *Internet Marketing: Practical Suggestions for International Advertising and Promotions*, <http://www.webcom.com/lewrose/article/intl.html>

TYSVER, D.A., *Internet Law: Linking*, <http://www.bitlaw.com/internet/linking.html>

TYSVER, D.A., *Internet Law: Web Site Legal Issues*, <http://www.bitlaw.com/internet/webpage.html>

VASSILEFF, I., *Les «cookies»: «big browser is watching you»*, 17 décembre 1996