

L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet

Véronique ABAD

Lex Electronica, vol. 10, n°2, Été 2005

<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/abad.pdf>

Le présent document, à jour au 23 avril 2004, a été présenté pour l'obtention du diplôme de Maîtrise en Droit des technologies de l'information de l'Université de Montréal, sous la direction de Monsieur le professeur Vincent GAUTRAIS.

INTRODUCTION	3
PARTIE PRÉLIMINAIRE : L'EFFECTIVITÉ.....	7
A. <i>La notion d'effectivité du droit</i>	7
1. Tentative de définition.....	8
2. Les notions associées à l'effectivité.....	9
B. <i>Le cadre de l'étude</i>	11
1. Problématique spécifique : l'effectivité des recours par rapport à l'effectivité du droit.....	11
2. L'ordre social analysé.....	12
PARTIE I. LES RECOURS JURIDIQUES TRADITIONNELS AU QUÉBEC CONFRONTÉS À LA PUBLICITÉ EN LIGNE .	16
A. <i>Les recours juridiques à la disposition des internautes au Québec</i>	16
1. Les recours en matière de protection du consommateur.....	17
a. Les indications fausses ou trompeuses.....	17
i. La poursuite pénale de l'article 52 (1) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	19
ii. La poursuite civile de l'article 74.01 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	21
iii. Les autres instruments de règlement des affaires (AIR)	21
iv. La poursuite civile de l'article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	21
v. Les recours civils d'après la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	22
vi. La poursuite pénale de l'article 278 de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	22
b. Les autres dispositions	23
2. Les recours en matière de protection de la vie privée.....	24
a. Le droit à la vie privée au Québec.....	24
i. Les données à caractère personnel.....	24
ii. Le contenu des droits.....	26
b. Les recours à la disposition des internautes.....	28
i. La Commission d'accès à l'information.....	28
ii. Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.....	29
B. <i>...ont une effectivité limitée</i>	31
1. L'utilisation des recours traditionnels.....	31
a. Les recours judiciaires	31
b. Les recours administratifs.....	32
c. Les autres règlements des différends et la conciliation	32
2. Les facteurs qui fragilisent l'efficacité des recours traditionnels	34
a. Les limites intrinsèques des recours.....	35
b. L'inadéquation à la réalité virtuelle.....	37
c. La territorialité des recours.....	40
PARTIE II. VERS D'AUTRES SOLUTIONS ?.....	46
A. <i>Les sources de la lex-electronica</i>	48
1. Les normes d'origine institutionnelles.....	48
a. L'OCDE	48
b. Le Conseil de l'Europe	50
c. Les Nations Unies	50
d. Industrie Canada et le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique	51
2. Les normes d'origine commerciale.....	52
a. L'Association canadienne du marketing (ACM) et la Direct Marketing Association (DMA).....	53
b. Les Normes canadiennes de la publicité	54
c. L'Association canadienne de normalisation (CSA)	54
d. La Chambre de Commerce Internationale (CCI).....	55

e.	TRUSTe et BBBOnline	56
3.	Les usages d'origine communautaire	57
B.	Les normes et les recours normatifs alternatifs.....	59
1.	La prise en compte des spécificités de la « cyberpublicité »	61
2.	Les recours organisés par les associations et les labels.....	64
a.	Les recours organisés par les associations professionnelles	65
b.	Les labels	67
3.	Les politiques de confidentialité et l'information des consommateurs	72
a.	Les politiques de confidentialité.....	72
b.	L'information des consommateurs	74
4.	Le formalisme indirect	76
5.	La coopération internationale et l'exequatur	77
C.	Effectivité	81
1.	Les caractéristiques des plaintes	82
2.	Les sanctions des recours normatifs	83
3.	La délégation du pouvoir d'édiction des normes	86
4.	Les normes volontaires et le droit	88
	CONCLUSION	91
	ANNEXE	92
	BIBLIOGRAPHIE.....	93
1.	Table de la législation.....	93
a.	Textes constitutionnels.....	93
b.	Textes fédéraux	93
c.	Textes québécois	93
d.	Textes européens	93
e.	Textes internationaux	94
2.	Table de la jurisprudence	94
3.	Table des normes	95
4.	Monographies et recueils.....	97
5.	Articles de revues	100
6.	Documents officiels, Rapports et Communiqués.....	106
7.	Divers	108

Introduction

[1] Internet, web ou toile, cyberspace, autant de mots pour qualifier ce formidable médium de communication qui se développe depuis déjà une décennie et qui aujourd'hui s'épanouit en une vaste foire commerciale internationale, éden du marketing direct et créatrice de débouchés nouveaux pour des produits désormais vendus à distance, et de plus en plus, par voie de téléchargement. Mais c'est aussi un moyen de communication exceptionnel, qui, tel un Hermès d'une mythologie numérique, relie les ordinateurs et à travers eux l'humanité pour lui permettre de communiquer en temps réel, redéfinissant l'espace et regroupant ses utilisateurs au sein d'un village global.

[2] Or Internet est comme la langue si chère à Ésope ; la meilleure et la pire des choses. En effet, si le web offre de nombreux avantages communicationnels et commerciaux, il recèle aussi bien des dangers, des problèmes, qui inhérents à sa nature, rebutent de nombreuses personnes. Ces dernières considèrent en effet, qu'Internet est le royaume de l'insécurité juridique, un enfer pavé de numéros de carte de crédit volés et tapissé de courriels non sollicités à haut potentiel de heurts de la moralité. Ces réticences sont certainement fort légitimes, mais notons qu'elles génèrent un frein au développement de l'économie numérique¹.

[3] Autre caractéristique du web tel que nous le connaissons aujourd'hui : l'abondante publicité² qui envahit les pages que l'on consulte et même notre boîte aux lettres électronique. Le marché de la « cyberpublicité » est sans cesse grandissant, les publicitaires intégrant désormais naturellement l'Internet dans leurs planifications promotionnelles³.

¹ De nombreux sondages démontrent les réticences des internautes à acheter en ligne, principalement pour des raisons liées à la sécurité des environnements numériques et aux risques relatifs à leur vie privée; voir IPSOS, « Security and Privacy Issues Keeping Millions From Shopping Online », Angus Reid, 27 avril 2000, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1022>, visité le 4 avril 2004, et « Majority (60%) of Canadians Dont Believe Enough is Being done to Protect Internet Consumers From Cyber Crime – And Half Feel Threatened », Angus Reid, 26 mars 2001, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1191>, visité le 4 avril 2004, LEGER MARKETING, « Saviez-vous que... », Juillet 2001, Leger Marketing, disponible sur <http://legermarketing.com/francais.tendances/juillet01-7.html>, visité le 24 juin 2003, LEGER MARKETING, « Canadian Internet Users and Their usage Habits in E-commerce », Leger Marketing, 2002, disponible sur <http://www.legermarketing.com/documents/spclm/020819eng.pdf> visité le 4 avril 2004, et JOURNAL DU NET, « Les internautes de l'e-commerce : 4. Je n'achète pas parce que ... », Journal du Net, 25 juillet 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/030725enquetccommerce4.shtml>, visité le 4 avril 2004.

² Une publicité est « un message destiné à promouvoir un bien, un service ou un organisme », d'après l'article 1 h) de la Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1 (ci après LPC), disponible sur <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/p-40.1/index.html>, visitée le 4 avril 2004. De même, l'article 252 de la LPC définit l'action de faire de la publicité par « le fait de préparer d'utiliser, de distribuer, de faire distribuer, de publier ou de faire publier, de diffuser ou de faire diffuser un message publicitaire ».

³ Voir JOURNAL DU NET, « Internet fait son nid dans les médias-plannings », 13 août 2003, JNNet, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/030813gartner.shtml>, visité le 4 avril 2004, où il est aussi mentionné que le marché de la publicité sur Internet pourrait atteindre jusqu'à 8,43 milliards de dollars, aux USA seulement. De même, le « cybermarché » publicitaire se porte bien en France où un total de 318 millions d'euros ont été dépensés depuis le début de l'année 2003, portant à 2,7% la part des investissements publicitaires pour Internet ; voir, JOURNAL DU NET, « 47% de mieux pour l'e-pub au

[4] Les formes de cette publicité sont multiples, les annonceurs faisant preuve d'une créativité toujours renouvelée nourrie par une imagination qui semble intarissable et qui ne semble limitée que par les capacités technologiques, lesquelles ne cessent, elles aussi, d'évoluer. Ainsi, aux débuts du Net, la communication commerciale se faisait surtout sous la forme de bandeaux publicitaires, assimilables aux encadrés dans la presse en ce qu'ils s'achetaient auprès des entreprises éditrices des pages Internet où ils étaient diffusés et présentaient un message unique, statique, mais contenant un lien hypertexte. La technologie conditionnait l'utilisation de tels procédés en ce que la publicité ne devait pas ralentir le téléchargement des pages consultées. Le message devait donc être présenté sur un format léger, c'est-à-dire n'utilisant pas trop de mémoire, ni de bande passante. Il en était de même pour les publicités envoyées par courriel. Puis des solutions technologiques se sont développées; évolution des langages de programmation, augmentation de la bande passante à l'aide notamment des réseaux câblés et numériques, ce qui a entraîné une augmentation des vitesses de téléchargement. Ces progrès ont eu une influence notable sur les formes de la publicité sur Internet, en permettant d'animer des bandeaux d'abord à l'aide de plusieurs images, les *gifs* animés, qui diffusés les uns à la suite des autres donnent l'illusion d'un message animé. Désormais, les bandeaux peuvent résulter de techniques encore plus élaborées, comme la lecture en transit, la technologie *flash*, et les *applets javas*. Ces technologies allègent le volume des fichiers publicitaires échangés et permettent ainsi la diffusion de vidéo et de son à l'intérieur des bandeaux qui sont alors plus interactifs, qui contiennent plus d'informations, et qui au final sont beaucoup plus attrayants pour l'internaute.

[5] Autres formats publicitaires qui résultent de l'évolution des technologies, les messages interstitiels, les *pops-up* et autres *pops-under*. Ce sont des messages qui s'affichent dans des fenêtres qui s'ouvrent spontanément lorsque l'internaute passe d'une page à une autre. Ils peuvent eux aussi être animés selon les mêmes technologies que pour les bandeaux.

[6] Un des moyens les plus communément utilisés aujourd'hui pour diffuser de la publicité sur Internet est le courriel. L'internaute peut explicitement souscrire à l'envoi de messages de la part d'une entreprise, notamment à travers les *newsletters*, lettres d'information promotionnelles pour le site qui les envoie. Cependant, si un même message est envoyé à de nombreuses personnes qui ne l'ont pas sollicité⁴, nous sommes en présence d'un pourriel, forme de « cyberpublicité » désormais commune, bien qu'elle soit fort décriée par ses récipiendaires. Le pourriel a lui aussi évolué avec les technologies, pouvant se présenter aujourd'hui sous un format html, contenant des images, éventuellement animées, tentant sans doute de dissimuler son caractère intrusif sous un vernis de couleurs et des messages au contenu alléchants.

[7] Tout ceci nous amène à penser que la « cyberpublicité » est sensiblement différente de son pendant sur des supports traditionnels, soulevant des problématiques jusque là inédites. Internet, réseau international, décentralisé et dématérialisé, et où l'espace-temps semble avoir muté, étant plus fonction de la largeur de la bande passante, et donc de la vitesse de transmission des données que de la traditionnelle

premier semestre », 21 août 2003, *JDN*et, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/030821jab.shtml>, visité le 4 avril 2004.

⁴ Thibault VERBIEST, « Publicité et Marketing sur Internet », 22 octobre 1999, p 3, *Juriscom*, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/1/ce19991022.htm>, visité le 4 avril 2004.

rotation de la Terre qui rythmait nos vies depuis les origines de l'homme, offre ainsi de nouveaux défis liés à la communication commerciale.

[8] Mais ce n'est pas tout. La publicité en ligne se caractérise en effet par la possibilité de cibler le destinataire des messages, elle permet donc l'épanouissement du marketing direct⁵. Les « cybermarchands » ont désormais les moyens de connaître les internautes qui visitent leurs sites, de les identifier et de leur proposer une publicité personnalisée, afin de les fidéliser. Il s'agit en effet, de réaliser un profil de l'internaute, à l'aide d'informations recueillies sur lui, et ce parfois à son insu, afin de lui proposer par exemple, une page d'accueil qui lui sera spécifique et des publicités qui rencontreront ses goûts, ses besoins. Cette collecte sera réalisée à l'aide de multiples techniques, comme les fichiers témoins (ou *cookies*), voire à l'aide de logiciels espions ou tout simplement grâce à des questionnaires ou des formulaires que les personnes qui viennent visiter les sites rempliront de leur plein gré⁶. Ces pratiques sont très répandues⁷, et elles soulèvent de nombreuses questions relatives à l'atteinte à la vie

⁵ Voir Bob TEDESCHI, « Targeter marketing confronts privacy concerns », *New York Times*, 5 octobre 1999, disponible sur <http://www.nytimes.com/library/tech/99/05/cyber/commerce/10commerce.html>, cité dans Ann BARTOW, « Women as targets : the gender-based implications of online consumer profiling », *Comment to the Department of Commerce and Federal Trade Commission*, (P994809, Docket N° 990811219-9219-01), 8 novembre 1999, disponible <http://www.ftc.gov/bcp/workshops/profiling/comments/bartow.htm>, visité le 4 avril 2004, Thierry LEONARD, « E-marketing et protection des données à caractère personnel », 23 mai 2000, *Droit et Technologie*, p 2, disponible sur http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=22&motcle=e-marketing&mode=motamot, visité le 4 avril 2004, et Véronique ABAD, « La collecte sur l'Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire », 7 mars 2003, *Droit et Nouvelles Technologies*, disponible sur http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=97, visité le 17 avril 2004.

⁶ Pour des exposés complets sur les techniques de collecte d'informations sur Internet, voir Jean-Marc DINANT : « Les traitements invisibles sur Internet », présenté lors d'une *conférence à l'Institut Universitaire International à Luxembourg*, juillet 1998, disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/Luxembourg.html>, visité le 4 avril 2004, et Stephanie OLSEN « Is your E-mail watching you ? », *CNET.com*, 4 avril 2002, disponible <http://asia.cnet.com/newstech/industry/0,39001143,39036451,00.htm>, visité le 4 avril 2004, CEXX.org : « Advertising spyware : News Upd.exe », disponible sur <http://www.cexx.org/newsupd.htm>, et « Adware, spyware and other unwanted « malware » - and how to remove them », disponible sur <http://www.cexx.org/adware.htm>, et « The trouble with spyware & advertising-supported software », disponible sur <http://www.cexx.org/problem.htm>, visités le 4 avril 2004, PEST PATROL : « Beyond viruses », disponible sur <http://www.pestpatrol.com/Whitepapers/BeyondViruses0302.asp>, visité le 4 avril 2004, Evan HANSEN, John BORLAND et Rachel KONRAD, « Your PC's enemy within » 26 juin 2002, disponible sur <http://news.com.com/2009-1023-937457.html>, visité le 4 avril 2004., COMMISSAIRE À L'INFORMATION ET À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE / ONTARIO : « La vie privée sur Internet : soyez sur vos gardes », août 2001, disponible sur <http://ipc.on.ca/francais/pubpres/papers/primer-f.pdf>, visité le 26 octobre 2002, Major R. Ken PIPPIN, « Consumer privacy on the Internet : it's surfer beware », 47 *A.F.L. Rev.* 125, Garry M. SCHOBBER, Ann BARTOW, Chris HOOFNAGLE, Phyllis BORZI, « Colloquium on Privacy & Security », transcription, 50 *Buff. L. Rev.* 703, printemps / été 2002, et André POST, « The dangers of spyware », *Symantec*, disponible sur <http://securityresponse.symantec.com/avcenter/reference/danger.of.spyware.pdf>, visité le 15 octobre 2002.

⁷ D'après le rapport de la FEDERAL TRADE COMMISSION, « Privacy Online : A Report to Congress », juin 1998, disponible sur <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/exeintro.htm>, visité le 4 avril 2004, 92% des sites web collectent des données personnelles, et d'après Mary J. CULNAN, « Georgetown Internet Privacy Policy Survey : Report to the Federal Trade Commission », disponible sur <http://www.msb.edu/faculty/culnanm/gippshome.html>, 93% des sites collectent de l'information personnelle. Ces statistiques sont citées dans Christopher F. CARLTON, « The right to privacy in Internet

privée des internautes, questions que nous ne manquerons pas d'aborder dans cette étude.

[9] Conséquence du marketing direct, les différentes personnes qui accèdent à une page Internet ne se verront pas proposer les mêmes publicités. Ces procédés se révèlent très efficaces si les informations recueillies sont pertinentes et véridiques⁸, les internautes n'étant pas alors inondés de messages promotionnels qui ne les intéressent pas, et les entreprises voyant leur communication commerciale mieux perçue et mieux reçue par ses destinataires. Le marketing *one-to-one* cherche à recréer les relations client-vendeur qui étaient inexistantes jusque là dans le monde virtuel⁹.

[10] Le tableau que nous venons de dresser de la publicité en ligne laisse déjà présumer que, dans les faits, le potentiel d'avatars est fort grand, et il est donc important de lutter contre ces menaces à l'épanouissement du cyberspace. Dans cette étude, nous nous proposons de présenter les solutions qui sont à la disposition des internautes victimes de procédés malhonnêtes ou tout au moins préjudiciables. Nous centrerons notre analyse sur le pollupostage (communément appelé *spamming*) et la problématique plus générale de la protection des données personnelles, ainsi que sur la protection du consommateur sur Internet. Il s'agira d'évaluer l'effectivité des recours qui sont à notre disposition, qu'ils soient judiciaires (1), ou de nature normative (2), afin d'évaluer l'éventail des solutions.

commerce: a call for new federal guidelines and the creation of an independant privacy commission », 16 *Saint John's Journal of Legal Commentary* 393, printemps/été 2002, p 17.

⁸ Rachel KONRAD, Evan HANSEN et John BORLAND rapportent dans « Your PC's Enemy Within : Spyware, Adware Constroversies Show Why Net Needs New Laws », *loc. cit.* note 6, que lors d'une campagne, la régie publicitaire Gator a ciblé les personnes qui remplissait les trois critères suivants : des mères, qui étaient conscientes de faire attention à leur beauté et qui avaient de l'influence. Les résultats de la campagne en termes de click sur les publicités ont été de 24%, ce qui est un pourcentage énorme comparé au 0,2% habituel pour les pop-ups en général, et le petit 0,01% pour les bannières. L'efficacité du ciblage est donc irréfutable. En revanche, « it's impossible to say whether the better rates translate into higher sales » (*id.*, p 4), ce qui est assez logique, car on peut penser que si le consommateur achète en ligne, il n'achètera pas chez son détaillant habituel, et de plus, il peut aussi consulter le produit en ligne et aller l'acheter dans une boutique traditionnelle. En conséquence, des chiffres sur l'efficacité des publicités en lignes seraient donc difficiles à établir.

⁹ Voir notamment E. BARCHECHAT, « Une lecture critique du one-to-one », *Commerce électronique. Marketing et Libertés*, Cahier Laser n°2, Paris, Ed. 00h00, p 89 à 104, cité dans T. LÉONARD, *loc.cit.* note 5.

Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », *Lex Electronica*, vol.10 n°2, Été 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/abad.pdf>

Partie préliminaire : L'effectivité

[11] Présenter les recours que les internautes peuvent utiliser pourrait être fort utile pour des « cyberconsommateurs » désabusés par une mésaventure en ligne comme pour ceux qui hésitent encore à faire leurs achats sur Internet. Les premiers trouveront en cette étude l'éventail des solutions qui sont à leur disposition et pourront ainsi opter pour celle qui sera la plus susceptible de leur offrir les résultats recherchés. Les seconds pourront être rassurés par un certain sentiment de sécurité lié à une meilleure prévisibilité dans les relations contractuelles, notamment. Analyser l'effectivité de ces recours met en évidence la disparité qui caractérise ces solutions que ce soit relativement à leur origine, que dans leurs degrés de réalisation effective, de leur mise en œuvre, que de leurs effets. En effet, certains recours pourront paraître très bien pensés *a priori*, mais une analyse plus approfondie pourrait montrer qu'ils n'ont pas les moyens d'être effectivement utilisés ou qu'ils sont viciés par des défauts majeurs qui les rendent moins utiles pour régler les différends.

[12] Avant de commencer notre étude, quelques précisions préliminaires sur la notion d'effectivité nous seront fort utiles afin de spécifier notre cadre théorique. Cependant, si de nombreuses études ont été réalisées sur l'effectivité du droit¹⁰, celles spécifiques à l'effectivité des sanctions sont plus rares¹¹. Nous utiliserons donc ces premières afin de transposer les notions qui y ont été définies (A.) ce qui nous aidera à présenter notre cadre d'analyse (B.).

A. La notion d'effectivité du droit

[13] L'effectivité du droit est une notion fondamentale en sociologie juridique, mais qui « n'appartient pas à la définition de la règle de droit »¹². Pourtant, elle est sous-jacente dans le processus d'élaboration de toute norme¹³. En effet, l'institution d'où origine une norme envisage de donner à cette dernière une portée déterminée. Pour ce faire, elle met en place des mécanismes de diffusion de la règle et envisage des sanctions pour condamner sa violation, et ainsi garantir son efficacité¹⁴. Comme le droit s'interprète dans le contexte du cadre juridique dans lequel il a vocation à être appliqué, les textes ne sont pas là simplement pour proclamer des règles et des principes. Les normes sont à la disposition des citoyens pour être utilisées ou non, et incidemment, enfreintes voire contournées. Il est donc logique que leur effectivité soit prise en compte dans leur élaboration, comme postérieurement à leur promulgation, pour notamment, envisager des modifications. Il nous faut donc la définir, ainsi que les notions qui lui sont associées et avec lesquelles il ne faut pas la confondre.

¹⁰ Voir par exemple : Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », (1958) *Année sociologique* p 3, Andrée LAJOIE, A., Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA, in *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Montréal et Bruylant, Bruxelles, 1998, et Erhard BLANKENBURG, « La recherche de l'efficacité de la loi - Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (Le concept d' « implementation ») », 1986, 2 *Droit et Société*, p 59.

¹¹ En fait, nos recherches ne nous ont pas permis d'en trouver ne serait-ce qu'une seule.

¹² J. CARBONNIER, *Id.*

¹³ Voir Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », in A. LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA, in *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, *op.cit.* note 10, p 133, E. BLANKENBURG, *loc.cit.* note 10, et Jean-François PERRIN, *Introduction à la sociologie du droit privé*, Travaux de théorie du droit et de sociologie juridique, CETEL, Faculté de droit, Université de Genève, 1988, p 20.

¹⁴ Il nous faut préciser dès à présent que les termes « effectivité » et « efficacité » ne sont pas des synonymes, et nous nous attacherons à les définir dans les développements qui viennent.

1. Tentative de définition

[14] D'après Guy Rocher, l'effectivité du droit désigne « tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir »¹⁵. Il s'agit alors de s'attacher à analyser tous les effets qui seront engendrés par un texte normatif, tout en gardant à l'esprit qu'il faut analyser également le lien de causalité qui lie les effets à la législation étudiée¹⁶. Bien que cette définition soit plus large que celles que l'on peut trouver dans les dictionnaires juridiques¹⁷ où cette notion est envisagée comme l'application réelle ou la non application de la règle de droit, donc par rapport à l'ineffectivité de celle-ci, nous la trouvons plus pertinente pour notre étude en ce qu'elle permet d'évaluer « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹⁸. Or ce point est important puisque nous envisageons l'analyse de normes non juridiques, comme les pratiques des acteurs de l'Internet. Cette même approche terminologique et méthodologique permet à Valérie Demers de considérer que « la norme juridique sera effective, si suite à son adoption, il s'inscrit une réduction réelle, empirique, de la gravité des conséquences reliées »¹⁹ aux faits.

[15] Ainsi, évaluer l'effectivité du droit c'est analyser ses effets. Notre étude n'est pas spécifique aux recours juridiques, mais la typologie que nous adoptons ne sera pas différente en fonction de la nature du recours analysé. Il s'agira de « retracer la diversité des effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs et indirects, prévus et involontaires, sociaux, politiques, économiques ou culturels »²⁰. Selon cette typologie élaborée par Guy Rocher, il faut notamment distinguer l'effectivité attendue de l'effectivité observée. La première, est celle qui est souhaitée par le législateur ou par l'autorité qui est à l'origine de la règle; elle est « celle qui fait agir »²¹, mais elle n'est « pas automatiquement l'effectivité obtenue »²², aussi appelée l'effectivité observée. Analyser l'effectivité attendue revient à rechercher l'intention du normalisateur ou du législateur au moment où la règle était élaborée, c'est-à-dire quels étaient les objectifs politiques poursuivis. Au contraire, l'effectivité observée est celle qui résulte réellement de la mise en oeuvre de la règle confrontée aux aléas de la société. En effet, des contraintes peuvent avoir été sous-évaluées, et la règle peut produire des effets non intentionnels ou pervers.

[16] De plus, analyser l'effectivité réelle, c'est observer les effets d'une règle confrontée à la société qui l'interprète. En effet, une définition de l'effectivité ne serait pas complète sans une approche plus sociologique, prenant en compte sa dimension humaine. Car, si « tout système normatif est d'abord un arbitrage instable entre les

¹⁵ Voir G. ROCHER, *loc. cit.* note 13.

¹⁶ Voir en ce sens, Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs – Une étude d'effectivité du droit*, Thémis, Montréal, 1996.

¹⁷ Voir par exemple, le terme « Effectivité » dans Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Wilson et Lafleur, 2^e éd., Montréal, 2001, qui est le « caractère d'une règle de droit qui est appliquée réellement ou qui produit l'effet recherché par le législateur ».

¹⁸ Voir Pierre LASCOUMES, « Effectivité », dans André-Jean ARNEAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., Paris, 1993, p 217, cité dans V. DEMERS, *op. cit.* note 16, p 2.

¹⁹ V. DEMERS, *Id.*, p 20.

²⁰ Voir G. ROCHER, *loc. cit.* note 13, p 136.

²¹ Philippe ROBERT, « Remarques sur l'effectivité du droit », dans A. LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, *op. cit.* note 10, p 169.

²² *Id.*

différents intérêts en présence qui coexistent ou s'opposent durablement »²³, alors « beaucoup de phénomènes sociaux que l'on place sous le terme d'ineffectivité sont en fait la manifestation prévisible d'un affrontement d'intérêts, l'actualisation d'une divergence ou d'une opposition originelle »²⁴. Cette approche permet à Pierre Lascoumes de définir l'effectivité par rapport à l'ordre social, « permettant de mesurer, sous différents aspects, l'état de la séparation droit/société », et ainsi l'impact du droit sur les pratiques sociales²⁵.

[17] De cette définition, nous pouvons tirer deux conséquences. D'abord, l'effectivité « se lit comme la résultante d'un jeu complexe entre des acteurs inégaux par leurs enjeux, par leurs façons de jouer et par les ressources qu'ils peuvent mobiliser pour ce jeu »²⁶; ce que Pierre Lascoumes désigne par « le problème de la capacité des acteurs sociaux à mobiliser les ressources juridiques »²⁷. Ensuite, l'effectivité d'une loi va varier dans le temps, avec les modifications du susdit ordre social et la « temporalité très mouvante de la conjoncture politique »²⁸. La société n'étant pas statique, l'effectivité des règles qui la gouvernent ne peut l'être. Cette constatation nous permet de distinguer l'effectivité directe des effets différés d'une règle.

[18] L'ultime dichotomie qui mérite notre attention dans cette analyse est celle qui distingue les effets concrets des effets symboliques²⁹. Les premiers sont ceux qui sont directement observables lors de l'application de la règle, comme son respect c'est-à-dire la modification des comportements pour s'y conformer, ou au contraire comme son ignorance. Les effets symboliques nécessitent un œil plus averti pour être découverts, étant moins flagrants. En effet, la règle peut aussi avoir une influence sur les représentations sociales, en ce qu'elle véhicule certaines valeurs³⁰, et cet impact idéologique est tout aussi important que les effets concrets en ce qu'il peut engendrer des évolutions profondes de la société.

[19] L'analyse des effets de l'effectivité prend donc en considération la société dans laquelle les normes doivent s'appliquer; il est alors essentiel de présenter quels sont les acteurs en présence sur Internet, ce que nous allons notamment faire dans le paragraphe suivant. Auparavant, et pour plus de clarté, l'effectivité doit être distinguée de notions qui lui sont proches, mais avec lesquelles il ne faut pas faire de confusion, l'efficacité et l'efficience.

2. Les notions associées à l'effectivité

[20] L'effectivité est différente de l'efficacité d'une norme. Ainsi, « le concept d'efficacité permet d'évaluer si la règle de droit a atteint l'objectif pour lequel elle a été adoptée »³¹, « ou si ce n'est celui là même, à tout le moins un effet qui se situe

²³ Voir Pierre LASCOUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », dans A. LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ Voir Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et Société* 101.

²⁶ *Id.*

²⁷ P. LASCOUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », *Ibid.*, p158.

²⁸ Voir aussi en ce sens, P. ROBERT, *loc cit* note 21.

²⁹ Voir en ce sens l'excellente analyse de V. DEMERS, *op. cit.* note 16, p 68 et s.

³⁰ *Id.*, p 72.

³¹ V. DEMERS, *Id.*, p 19.

dans la direction souhaitée par l'auteur et non pas en contradiction avec elle »³². Ainsi pour évaluer l'efficacité d'une loi, il faudra comparer les résultats qu'elle engendre par rapport à la volonté initiale du législateur. L'effectivité de cette même loi sera donc plus large, prenant en considération tous ses effets, comme nous l'avons précédemment défini. De plus, selon François Rangeon, ces deux notions sont basées sur des valeurs fondamentalement contradictoires³³. L'efficacité est un bilan des coûts et des bénéfices tirés d'une législation, alors que l'effectivité fait référence à l'ensemble des principes juridiques de la norme.

[21] Ainsi, le législateur se doit de chercher à faire en sorte que ses lois soient effectives et pas seulement efficaces. En effet,

« que le droit lui-même abandonne ses propres valeurs et se réduise à un simple instrument de recherche d'efficacité serait une démission, et en tout cas un recul de l'État de droit. Réduire le droit à une technique utilitaire de gestion des rapports sociaux visant la seule efficacité serait en faire un outil aux mains de n'importe quel pouvoir. Assimiler la démarche juridique à une démarche technologique cherchant à améliorer l'outil juridique, à le rendre plus performant, ce serait transformer le juriste en ingénieur social et oublier que le droit est aussi et peut-être avant tout un système de valeurs »³⁴.

Une loi garantissant une liberté d'agir aux individus qui ne serait pas utilisée ne pourrait pas être considérée comme efficace, mais nous ne pourrions pas pour autant la qualifier d'ineffective. Le droit de vote par exemple est fondamental à toute démocratie, or il n'est pas toujours utilisé par les citoyens. L'important, ce qui fait son effectivité, c'est le fait qu'il soit disponible, qu'il existe, que les contribuables puissent choisir de faire entendre leur voix ou non³⁵. Cette valeur symbolique du droit est très éloignée de la notion d'efficience.

[22] L'effectivité comme l'efficience confrontent la réalité à un modèle³⁶, mais l'efficience est une notion économique, reposant sur une analyse comparative des résultats de la norme juridique (son efficacité) avec les ressources, les moyens humains et financiers nécessaires pour les atteindre³⁷. Une norme sera alors efficiente « si elle a atteint le résultat voulu au moindre coût »³⁸. Cette analyse exclut tout effet politique d'une loi et cette citation illustre bien la différence entre ces deux notions qui pouvaient sembler synonymes à première vue.

[23] La notion d'effectivité étant définie et précisée, il nous faut maintenant définir le cadre dans lequel nous allons l'étudier.

³² G. ROCHER, *loc.cit.*, note 13.

³³ Voir François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans Danièle LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p 131 et s.

³⁴ *Id.*, p 132.

³⁵ Voir en ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.* note 10, p 6.

³⁶ Voir F. RANGEON, *Id.*, p 133.

³⁷ Voir V. DEMERS, *Id.*, p 21.

³⁸ *Ibid.*

B. Le cadre de l'étude

[24] La question des moyens d'assurer le respect des droits sur Internet et de celles qui, de par leur importance et de par le volume de problématiques soulevées, ne peut être traitée dans son intégralité dans un exposé comme le notre, mais pourrait plutôt faire l'objet de plusieurs thèse de doctorats.

[25] Il nous est donc important de mieux cibler notre problématique. Ainsi nous nous attacherons à traiter spécifiquement la question de l'effectivité des recours (1) qui sont à la disposition des internautes. Il nous faudra également présenter quels sont les acteurs impliqués et quels sont les intérêts en jeu (2), afin de tenter d'expliquer les rationalités qui fondent l'ineffectivité ou l'effectivité des susdits recours.

1. Problématique spécifique : l'effectivité des recours par rapport à l'effectivité du droit

[26] Notre analyse aura une portée à la fois plus réduite et plus large que la notion d'effectivité du droit. Elle sera d'abord plus restrictive, car nous nous attacherons à évaluer l'effectivité des recours, qui ne forment qu'une partie du contenu de la norme juridique et en conséquence, de son effectivité. En effet, si l'on se réfère à Yves Poullet, l'effectivité d'une norme se doit d'être envisagée sous deux aspects que sont la connaissance et le respect des principes de fond de la norme (niveau général) et ensuite, seulement, la résolution des problèmes (niveau particulier), notamment à l'aide des recours juridiques qui y sont inscrits³⁹. Étudier ces derniers revient à occulter une partie importante de l'effectivité de la norme, et il nous faut garder cette remarque à l'esprit tout au long de notre analyse, afin de s'assurer de garder les recours dans leur contexte, sans les dénaturer ni risquer de créer de contresens. Ainsi il sera important de présenter les textes qui organisent ces recours, même s'ils ne constitueront pas le point central de notre analyse.

[27] Ensuite, notre étude sera plus large que la notion d'effectivité du droit, puisque nous analyserons des recours et des solutions non juridiques, qui ne font pas partie de la définition du « droit » telle qu'elle est présentée par les positivistes⁴⁰. Nous envisagerons donc la question de l'effectivité des recours normatifs d'une façon similaire à celle des recours judiciaires. Cependant, nous ne négligerons pas leur différence fondamentale qui réside dans leur nature⁴¹.

³⁹ Yves POULLET, Bénédicte HAVELANGE et Axel LEFEBVRE, « Élaboration d'une méthodologie pour évaluer l'adéquation du niveau de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel », rapport réalisé pour la DG XV, décembre 1996, chap. 3, B, disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/privacy/tbdf/chapitre3.pdf>, visité le 4 avril 2004.

⁴⁰ Par exemple, le doyen Jean CARBONNIER explique que « la loi est la souveraine incontestée, sur la jurisprudence et la doctrine on discute, en se demandant quelques fois si elles sont mieux que de simples autorités ; la coutume vient à son tour. Elle est admise en général, pourvu que ce soit à une place modeste. Il n'est pas surprenant que, dans une civilisation d'imprimés et de signatures, on lui demande ses papiers », Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^e Ed., LGDJ, 2001, p 131.

⁴¹ En effet, ce qui caractérise une règle de droit, d'après Pierre Trudel, c'est le fait que la sanction repose sur l'autorité de l'état. Ainsi, « la contrainte étatique donne à la règle de droit sa spécificité », les normes ne sont pas soutenues par un pouvoir contraignant et répressif de la même nature ni certainement de la même portée, comme nous l'expliquerons plus loin. Voir, Pierre TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1989) 19 R.D.U.S. 247, p 256. Voir aussi, pour une analyse sociologique, Jean CARBONNIER, Sociologie juridique, PUF, Paris 1978, p 187 et suiv. qui explique que « la contrainte du

[28] Enfin, s'agissant de l'analyse proprement dite de l'effectivité des recours, nous utiliserons une méthodologie inspirée de celle définie par Yves Poulet⁴². Ainsi, il nous paraît important d'étudier les conditions de saisine de l'autorité qui met en œuvre les sanctions ainsi que les conditions procédurales de l'instruction et du prononcé des sanctions, en analysant des indicateurs tels que la transparence des procédures, indépendance de l'organisme, ainsi que l'adéquation des sanctions et leur accessibilité.

[29] Mais il nous faudra aussi mesurer le degré de crainte des auteurs des créateurs et des diffuseurs publicitaires, et évaluer les conditions de mise à la connaissance des internautes de l'existence des recours. Enfin, il nous faudra étudier le volume d'utilisation de ces recours, et d'évaluer si possible le niveau de satisfaction qui en résulte. Ceci nous permettra d'avoir une idée précise de leur impact, notamment quant à leur habilité à réparer les préjudices subits par les « cyberconsommateurs ».

[30] Nous centrerons notre analyse sur deux corpus d'atteintes : celles relatives à la vie privée des internautes, et celles relatives aux droits du consommateurs tels qu'ils sont garantis par les lois nationales. Ceci nous permettra d'avoir un éventail relativement complet des problématiques qui peuvent être rencontrées quotidiennement sur Internet en matière de publicité.

2. L'ordre social analysé

[31] Cependant, l'effectivité des recours doit s'examiner dans un contexte défini⁴³, nous devons donc présenter en guise de prolégomènes à toute analyse, les acteurs de la « cyberpublicité » et les intérêts qui sont en jeu.

[32] Les premiers destinataires de la publicité en ligne sont les individus (et à travers eux, parfois, les entreprises), souvent appelés la communauté virtuelle des internautes⁴⁴. Si communauté il y a, elle est on ne peut plus variée, non seulement quant à ses origines géographiques, mais aussi quant à ses cultures et surtout quant au niveau de connaissance informatique des internautes. Ce dernier point est important car il conditionne l'utilisation qui sera faite d'Internet, et, en conséquence, il influe sur les écueils auxquels un internaute peut avoir à faire face. En effet, une personne peu à l'aise avec l'informatique et qui ne sait se servir que de son logiciel de courriel pourra être confrontée avec du pourriel, mais dans des proportions bien différentes de celle qui visite quotidiennement les sites de discussion en ligne⁴⁵. De plus, si cette dernière

droit (...) est celle qui a son origine dans un organe différencié, spécialisé : l'organe qui a le nom État dans les sociétés modernes est constitué par les gouvernants, les chefs, les détenteurs du pouvoir. La contrainte de mœurs, au contraire, est celle qui suinte de l'ensemble du corps social, de la masse populaire, sans que sa source puisse être localisée d'avance en un point déterminé », p 190.

⁴² Voir Y. POULLET, B. HAVELANGE et A. LEFEBVRE, « Élaboration d'une méthodologie pour évaluer l'adéquation du niveau de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel », *loc.cit.* note 39. Bien que cette méthodologie ait été originalement élaborée pour l'analyse spécifique de l'effectivité des législations en matière de vie privée, elle met en œuvre des principes généraux qui sont aussi applicables à d'autres thématiques.

⁴³ Voir P. LASCOUMES, *op.cit.* note 23, p 155.

⁴⁴ Voir Howard RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles*, (Trad. Lionel Lumbroso), 1995, Paris, Addison-Wesley France.

⁴⁵ Une étude de la Federal Trade Commission menée en 2002 démontrait que cent pour cent des adresses courriels postées sur un site de chat et que 86% de celles qui étaient diffusées dans un newsgroup recevaient du pourriel, parfois dans les 9 minutes qui suivaient leur affichage, voir FTC CONSUMER ALERT, « Email Address Harvesting : How Spammers Reap what You Sow », *Federal Trade*

achète régulièrement sur Internet, elle pourra aussi être impliquée dans des différends, relativement à de la publicité mensongère par exemple. Les entreprises de marketing étudient les usages des internautes⁴⁶, afin de mieux connaître leur public. Ainsi, si le courrier électronique est l'usage le plus répandu⁴⁷, l'information est aussi très recherchée⁴⁸. On remarque aussi que les utilisations d'Internet varient en fonction de l'âge. Ainsi si les jeunes sont plus enclins à jouer en ligne ou à télécharger de la musique⁴⁹, les personnes plus âgées semblent plus intéressées par la recherche d'un emploi par exemple. Autre facteur qui influe sur les utilisations du web : la vitesse de connexion. Ainsi les abonnés haut débit font-ils l'objet d'études spécifiques⁵⁰, car ils sont en général de plus grands consommateurs d'Internet en terme de durée de connexion.

[33] Les intérêts des internautes sont donc multiples, reflétant leur diversité. Cependant, relativement à la publicité, nous pouvons présumer qu'en règle générale ils désirent obtenir une information objective leur permettant de faire des choix éclairés. Pour cela, ils sont prêts à partager leur information personnelle avec les entreprises de leur choix afin d'accéder à des interfaces personnalisées qui facilitent leur navigation, voire leur processus d'achat⁵¹. Par ailleurs, il est fort probable qu'ils préfèrent que la publicité qu'ils voient ne soit pas trop intrusive, et qu'ils désireraient recevoir le moins de pourriel possible.

[34] Les entreprises sont la seconde catégorie d'acteurs de la « cyberpublicité ». Il y a d'abord celles pour le compte desquelles la publicité est faite. Leur intérêt est de générer du trafic sur leur site d'améliorer leur image de marque et d'augmenter les ventes. Elles sont aidées en cela par les entreprises qui réalisent les campagnes publicitaires⁵², dont nous avons déjà souligné la créativité et dont l'intérêt principal est de réaliser une bonne campagne publicitaire avec l'impact le plus important afin de conserver et d'attirer un maximum de clients. Mais il ne faut pas négliger une spécificité de la « cyberpublicité », qui réside dans le fait que les messages commerciaux sur Internet sont indépendants du support qui les véhicule. En effet, si une publicité était publiée dans la presse écrite à une page spécifique ou diffusée par une radio ou une chaîne de télévision particulière à une heure déterminée, sur Internet, la

Commission, novembre 2002, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/alerts/spamalert.htm>, visité le 4 avril 2004. Ainsi, les personnes qui limitent l'usage qu'ils font d'Internet au seul envoi de courrier électronique seront nettement moins susceptibles de recevoir du pourriel que ceux qui en font une utilisation plus soutenue ou plus axée vers les discussions publiques en lignes.

⁴⁶ Les statistiques que nous allons présenter proviennent d'études publiées par le Journal du Net et sont disponibles sur <http://www.journaldunet.com/chiffres-cles.shtml>, visité le 4 avril 2004.

⁴⁷ Ainsi en moyenne, en Europe 79% des internautes utilisent le courrier électronique, et 78% des internautes américains possèdent plus d'une adresse de courriel.

⁴⁸ Par exemple, soixante-quatorze pour cent des internautes européens cherchent des nouvelles en ligne.

⁴⁹ Par exemple, soixante-douze pour cent des jeunes internautes américains entre 15 et 24 ans jouent et/ou téléchargent de la musique.

⁵⁰ Voir par exemple un sondage réalisé par IPSOS (France) « Génération haut débit », [Ipsos.fr](http://www.ipsos.fr), novembre 2002, disponible sur <http://www.ipsos.fr/canalipsos/articles/1028.asp?rubId=23&print=1>, visité le 4 avril 2004.

⁵¹ Voir Michel PASTORE, « Web Users Will Share Information for Better Service », Cyberatlas, 5 avril 2000, disponible sur http://cyberatlas.Internet.com/markets/advertising/article/0,1323,5941_335011,00.html, visité le 4 avril 2004.

⁵² Par exemple : le groupe Cossette Communication, ou Publicis.

situation est bien différente. Les régies publicitaires en ligne⁵³ ont un rôle, une tâche sensiblement différente de celle de leurs équivalents traditionnels, elles diffusent la publicité, en étant le plus souvent externes aux sites cocontractants⁵⁴. Ainsi, l'espace qui est mis à leur disposition et qui leur permet de personnaliser les publicités en fonction de l'internaute qui accède aux pages, est hors du contrôle de l'éditeur du site. Notons que certains sites disposent d'une régie publicitaire interne (notamment certains fournisseurs d'accès à Internet). Ils ont des pratiques et des objectifs identiques à ceux des régies externes. Leur intérêt est similaire à celui des entreprises publicitaires; c'est-à-dire que la publicité soit performante, qu'elle suscite des clics et l'intérêt de l'internaute. Pour cela, il est important que le ciblage du consommateur soit pertinent et adéquat. En conséquence leur économie dépend de la véracité et de l'exhaustivité des informations personnelles recueillies qui permettent la personnalisation de la publicité. Et enfin, il ne faut pas oublier les éditeurs de site qui vendent de l'espace aux régies publicitaires. Leur intérêt est que leur site soit le plus visité possible, cela faisant augmenter les prix des publicités, et donc leurs revenus.

[35] Un des éléments fondamentaux pour la réussite de leurs campagnes publicitaires réside donc dans la qualité du ciblage qui est réalisé, de la personnalisation des annonces. Pour ce faire l'information détenue sur les internautes se doit d'être la plus exacte et complète possible. Or les internautes sont parfois réticents à dévoiler leurs informations personnelles, ce qui influencera la qualité des bases de données publicitaires⁵⁵. Les « cybermarchands » insistent même sur le fait qu'il est dans l'intérêt des internautes de leur communiquer des données véridiques, afin d'éviter de recevoir de la publicité qui ne les intéresserait pas. Cependant, afin d'améliorer la qualité des

⁵³ Les régies publicitaires externes sont des entreprises dont la raison d'être est de commercialiser de l'espace publicitaire situé sur des sites éditeurs de contenus qui souhaitent délocaliser cette activité. Elles sont donc chargées de vendre de l'espace publicitaire. Ceci est bénéfique pour les annonceurs qui disposent ainsi d'une gestion centralisée de l'espace disponible sur une multitude de sites. Le choix des pages où sera diffusée leur annonce peut même être fonction du contenu éditorial, ce qui maximise les résultats. Les sites éditeurs de contenus trouvent également cette solution avantageuse puisque cela leur permet de réduire les coûts publicitaires, et de se concentrer sur leur activité principale. En effet, un site de taille modeste ne dispose pas forcément d'une régie publicitaire interne pour commercialiser son espace. L'exemple le plus célèbre de régie publicitaire externe est la très décriée entreprise DoubleClick (<http://www.doubleclick.com>).

⁵⁴ Notons que le phénomène de régie publicitaire externe n'est cependant pas spécifique à l'Internet. En effet, les stations de radio confient une partie de leur communication commerciale à une régie publicitaire qui est une entreprise externe, autorisée à prendre le contrôle de l'antenne à des horaires déterminés pour diffuser la publicité à l'aide d'une connexion satellite (ce qui s'appelle un décrochage). Il s'agit par exemple du G.I.E., « Les Indépendants » (<http://www.lesindependants.com/>, visité le 4 avril 2004), qui gère les publicités de ses stations membres, en France. L'équivalent canadien de ce genre de régie se retrouve en matière de publicité télévisée des chaînes américaines câblées. Lorsqu'elles sont proposées à un public canadien, la publicité qui y est diffusée provient d'un signal canadien qui couvre le signal original en provenance des Etats-Unis. Ces hypothèses sont différentes, car elle sont ponctuelles, à l'intérieur d'un programme et il n'est certainement pas possible de différencier les messages en fonction des auditeurs, ni de dissocier la capsule publicitaire du signal hertzien, digital ou numérique qui la véhicule, et qui reste sous la responsabilité de la radio ou de la chaîne de télévision.

⁵⁵ La qualité des bases de données est en effet un problème qui semble sérieux. D'après Fredrick Anterro, un technicien en matière de vie privée d'une entreprise de publication qui a demandé à ce que le nom de son employeur ne soit pas dévoilé, « We have a suspicious amount of 98-year-old Albanian millionaire grandmothers with Hotmail addresses who own 200-plus computers and head up a tech firm who are interested in reading our newspaper ». et il ajoute « We can extrapolate some information when they sign on, throwing up ads that suit whatever they are reading that day, but everyone knows these databases are polluted with lies », cité dans Michelle DELIO, « Who's Winning Privacy Tug of War? », *Wired News*, 17 mars 2003, disponible sur <http://www.wired.com/news/print/0,1294,58064,00.html>, visité le 4 avril 2004.

données dont ils disposent, le secteur de la « cyberpublicité » a développé des solutions technologiques pour corriger et récolter l'information, à l'insu des internautes⁵⁶.

[36] Ces entreprises sont souvent membres d'associations professionnelles. Ces dernières, nous le verrons, jouent un rôle normatif important, dans le but de promouvoir leur métiers et ainsi de garantir la pérennité de la profession. Pour ce faire, elles sont à l'origine de codes de pratiques, qui ont pour but de définir les comportements recommandés ou acceptables, notamment vis-à-vis des consommateurs. En effet, un consommateur content est fidèle à son commerçant. Notons que d'autres institutions sont génératrices de normes, en matière technologique principalement, comme l'IETF. Elles définissent les standards techniques d'Internet sur lesquels vont reposer les communications, et en ce sens leur rôle est important.

[37] Enfin, les États sont les ultimes acteurs de la « cyberpublicité », bien que cela puisse ne pas être évident dans un médium international⁵⁷. Ainsi, même sur Internet « l'État pose des règles régissant le statut des personnes, met en place des mécanismes et instruments afin de faciliter l'identification des personnes pour certaines fins spécifiques et détermine les conditions auxquelles est collectée, détenue et diffusée l'information relative aux transactions. Rien n'indique que ces activités régulatrices des États vont prendre fin avec Internet »⁵⁸. Nous pouvons d'abord considérer qu'ils ont pour mission de protéger leurs ressortissants-consommateurs, sur Internet comme sur leur territoire. De plus, des consommateurs heureux signifient que le commerce est florissant, ce qui est bénéfique à l'économie, et donc aux revenus des pays. Les intérêts des états, en tant qu'acteurs de la publicité en ligne, sont donc multiples.

⁵⁶ Voir Melissa Data, un logiciel qui corrige les données d'une base de données sur <http://www.melissadata.com/Lookups/>, visité le 4 avril 2004, et voir aussi les logiciels qui identifient la localisation d'un internaute qui visite un site à l'aide de son adresse IP, comme IP2LocationTM, que l'on peut tester sur <http://www.melissadata.com/DOT/ip2location.asp>, visité le 4 avril 2004.

⁵⁷ Ainsi des courants doctrinaux ont rejeté toute intervention étatique dans l'encadrement du cyberspace. Ainsi, John Perry BARLOW, dans sa « Déclaration d'indépendance du cyberspace » basait sa position sur la perception, peut-être un peu idéaliste, d'un cyberspace, « new home of mind », un monde virtuel à construire, où les inégalités et les injustices du monde réel ne seraient pas reproduites. Ce serait aussi un monde où les gouvernements n'auraient aucune légitimité pour intervenir car toute mesure serait équivalente à de la censure, ayant pour conséquence de restreindre la diffusion des idées. Ainsi libéré du joug des lois perpétuées par une « industrie de l'information obsolète », les internautes eux-mêmes pourraient alors « créer la civilisation de l'esprit dans le Cyberspace. Qu'elle soit plus humaine et plus loyale que le monde que [vos] gouvernements ont construit jusque là ». Voir John Perry BARLOW, « Declaration of the Independence of Cyberspace », 9 février 1996, Electronic Frontier Foundation, disponible sur <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, visité le 4 avril 2004. Plus mesurés et surtout plus juridiques dans leurs réflexions, David POST et David JOHNSTON rejetaient eux aussi l'intervention étatique qui, selon eux, ne pouvait être légitime dans un monde sans frontières. Leur article, intitulé « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace » (48 Stanford Law Review 1367, (1996), disponible sur http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html, visité le 4 avril 2004) pose avec acuité le problème de la territorialité des lois, qui est toujours d'actualité aujourd'hui.

⁵⁸ Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », Sociologie et Sociétés, vol. 22 n°2, automne 2000, pp. 189-209, p. 194, disponible sur <http://www.erudit.org/> visité le 15 mars 2003.

Partie I. Les recours juridiques traditionnels au Québec confrontés à la publicité en ligne

[38] La publicité est une activité légale, protégée par l'article 2b) de la *Charte Canadienne des droits et libertés*⁵⁹ et par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁰ qui garantissent la liberté d'expression. De plus, d'après la jurisprudence, il serait inconstitutionnel d'« écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie »⁶¹.

[39] Faire de la publicité revient donc à utiliser son droit à la liberté d'expression, que ce soit sur Internet comme sur des supports plus classiques. En effet, La *Charte canadienne* précise que ce droit est entendu pour « la liberté de la presse et des autres moyens de communication »⁶². De même, la législation qui encadre cette activité ne fait pas de référence au support, étant rédigés dans des termes très génériques et larges⁶³. De plus, l'expression « de quelque manière que ce soit » de l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*⁶⁴ est caractéristique de l'intention de rendre la loi applicable à tous les supports de communication. Enfin, le Bureau de la concurrence du Canada a confirmé cette interprétation dans un guide intitulé *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet* où il est explicitement dit que « la Loi s'applique aux indications fausses ou trompeuses sans égard au média utilisé »⁶⁵, car ses dispositions pertinentes « portent sur le contenu des indications plutôt que sur les moyens utilisés pour les communiquer »⁶⁶.

[40] Ainsi la publicité en ligne est encadrée par les textes législatifs nationaux, ce qui est un constat pour le moins rassurant puisqu'elle est à l'origine de nombreux problèmes pour les consommateurs. Or, pour que ces derniers puissent avoir des recours, il faut que leurs droits existent et soient garantis. Ainsi, avant d'en évaluer leur effectivité (B.), il nous faut les présenter, ainsi que les lois qui les organisent (A).

A. Les recours juridiques à la disposition des internautes au Québec ...

[41] En matière de publicité, les principaux recours sont ceux qui sont prévus par la *Loi sur la concurrence*⁶⁷ et par la *Loi sur la protection du consommateur*⁶⁸.

⁵⁹ *Charte Canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1982), App. II, n°44, ann. B, partie 1, ci-après la *Charte canadienne*, disponible sur http://www.ijcan.org/ca/const_fr/const1982.html, visitée le 4 avril 2004.

⁶⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c-12, ci après la *Charte québécoise*, disponible sur <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/c-12/index.html>, visitée le 4 avril 2004.

⁶¹ *Procureur Général du Québec c. Irwin Toy Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁶² Art. 2 b) de la *Charte canadienne*.

⁶³ La seule référence au support est celle qui est faite par l'article 52.1 relativement au télémarketing, c'est-à-dire le démarchage téléphonique.

⁶⁴ *Loi sur la concurrence*, L.R. 1985, c. C-46, disponible sur <http://www.canlii.org/ca/loi/c-34/>, visité le 4 avril 2004.

⁶⁵ BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02500f.html>, visité le 3 avril 2003, p 1.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Loi sur la concurrence*, précitée note 64.

Cependant, la promotion commerciale sur Internet met aussi en cause les droits à la vie privée, et il ne faudra donc pas négliger les recours qui sont mis à notre disposition par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁶⁹ et par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques*⁷⁰. Ainsi, deux principaux thèmes peuvent être déterminés ; les recours peuvent se baser sur des législations en matière de protection du consommateur (1) ou sur celles qui garantissent le respect de la vie privée (2).

1. Les recours en matière de protection du consommateur

[42] La *Loi sur la protection du consommateur* et la *Loi sur la concurrence* sont deux textes qui tendent à rétablir un certain équilibre dans les relations entre les commerçants et les consommateurs, les pouvoirs de négociations des parties n'étant pas similaires⁷¹. Les principales dispositions en matière de publicité visent à interdire des « indications fausses ou trompeuses » (a), elles constitueront donc l'essentiel de ce point. Mais il nous faudra aussi évoquer les autres dispositions (b) dont pourrait se prévaloir un « cyberconsommateur ».

a. Les indications fausses ou trompeuses

[43] Les dispositions sur les indications fausses ou trompeuses forment la partie la plus importante des mesures en matière de protection du consommateur. En effet, leur raison d'être est de garantir que les particuliers reçoivent une information véridique et, dans la mesure du possible, objective afin d'être à même de faire des choix éclairés dans leur processus d'achat⁷².

[44] Ainsi, trois articles encadrent la véracité des messages commerciaux à destination des consommateurs. L'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence* dispose que

« nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important ».

Ensuite, l'article 74.01 de cette même loi crée une interdiction générale de donner

« au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou

⁶⁸ LPC, précitée note 2.

⁶⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39, disponible sur <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/p-39.1/index.html>, visité le 4 avril 2004.

⁷⁰ *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, disponible sur <http://www.canlii.org/ca/loi/p-8.6/>, visité le 4 avril 2004.

⁷¹ Voir Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e édition, Les Editions Yvon Blais Inc., Cowansville, 2000, p 15 et s., et Vincent GAUTRAIS, « L'encadrement juridique du « cyberconsommateur » québécois », in Vincent GAUTRAIS (dir), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Editions Thémis, 2002, p 266.

⁷² N. L'HEUREUX, *Id.*, p305.

l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques [...] des indications fausses ou trompeuses sur un point important »⁷³,

Sont aussi concernés par cette interdiction les qualités d'un produit comme son rendement, son efficacité⁷⁴, et même sa garantie⁷⁵. Et enfin, selon les termes de l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur*, « aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur ». Ces dispositions pourraient permettre au consommateur de réagir contre un bandeau publicitaire ou une page web qui ferait la promotion d'un bien en exagérant ses qualités.

[45] En outre, la diffusion sur Internet vulnérabilise le consommateur. En effet, la communication numérique est sensiblement différente de son pendant papier. Des études ont en effet démontré que la lecture à l'écran était malaisée, les internautes ne lisant qu'environ 25% des textes et ce, plus lentement⁷⁶. Notons que les annonceurs connaissent ces caractéristiques, puisqu'ils développent des techniques pour attirer l'attention des internautes sur leurs produits. Il serait alors facile pour eux, et ce même s'il n'existe pas d'obligation d'information aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur*⁷⁷, de mettre leur expertise au profit de l'information complète des « cyberconsommateurs », et ainsi de ne pas risquer de faire des représentations fausses ou trompeuses. Force nous est de constater que ces pratiques d'information ne sont hélas pas généralisées sur Internet. Les articles de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur la protection du consommateur* pourraient alors être à la disposition de ceux qui voudraient réagir contre le paiement de frais de ports cachés⁷⁸, ou contre l'existence de restrictions non annoncées dans les zones de livraison desservies, voire des limites de disponibilité de produits qui n'auraient pas été précisées.

[46] Ces dispositions pourraient être également utiles à ceux qui auraient été induits en erreur par la présence de *métatags*⁷⁹. En effet, si un internaute lance une requête pour trouver des renseignements sur la guérison du cancer par exemple, et si une entreprise pharmaceutique indique « guérison du cancer » dans le code source de son site web, les résultats de la recherche pourront contribuer à faire croire au consommateur que cette entreprise a développé un produit qui permettrait de guérir cette maladie. Enfin, ces articles pourraient aussi trouver leur utilité dans une plainte

⁷³ *Loi sur la concurrence*, article 74.01 (1) a)

⁷⁴ *Id.*, article 74.01 (1) b)

⁷⁵ *Id.*, article 74.01 (1) c)

⁷⁶ Voir l'étude de Jacob NIELSEN, « Différence Between Paper and Online Presentation », *Sun Microsystems*, disponible sur <http://www.sun.com/980713/webwriting/wftw1.html>, visité le 13 novembre 2002, et voir aussi Hervé BOURGES, « Ethique et déontologie des nouveaux médias », in *Ethique et société de l'information*, Danièle BAHU-LEYSER et Pascal FAURE (dir), La documentation Française, Paris, 2000, p 129.

⁷⁷ Voir V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 71, p 267, citant Benoît MOORE, « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 R.J.T. 177, note 95.

⁷⁸ Elles pourraient alors être combinées à l'article 1437 du *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64, disponible sur <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/index.html>, visité le 4 avril 2004) qui considère que les clauses externes à un contrat de consommation ou d'adhésion, c'est-à-dire entre un exploitant d'entreprise et un consommateur, sont des clauses abusives qui peuvent entraîner la nullité du contrat.

⁷⁹ Les *métatags* sont des mots clés présents dans le code source d'une page web, mais ils ne s'affichent pas à l'écran. Ils sont utilisés par certains moteurs de recherche afin de classer le contenu des pages, par thème et éventuellement par pertinence.

contre un site Internet qui utiliserait la fonction *mouseover text*⁸⁰ afin de faire des représentations erronées des éléments sur lesquels les internautes dirigeraient leur souris⁸¹.

[47] Ces dispositions donnent lieux à plusieurs types de recours qu'il nous faut maintenant présenter.

i. La poursuite pénale de l'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence*

[48] D'abord, des recours en matière pénale peuvent être engagés sur les bases de l'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence*. En effet, un consommateur qui verrait ses droits bafoués pourrait déposer une plainte au Bureau de la concurrence⁸². Le Commissaire à la concurrence évalue le dossier, et s'il est convaincu qu'il est dans l'intérêt du public d'intenter une poursuite criminelle, il peut décider de le transmettre à un procureur de la Couronne, fédéral ou provincial⁸³. Les tribunaux compétents pour écouter l'affaire sont la Cour Fédérale (auparavant appelée Cour Fédérale, division de première instance), une Cour criminelle provinciale ou la Cour supérieure provinciale⁸⁴. Il s'agira alors de démontrer que l'information litigieuse provient d'individus ou de personnes morales qui avaient l'intention d'agir à des fins publicitaires⁸⁵. Le standard pour cette exigence est minimal⁸⁶, et permet d'appréhender « la publicité directe ou implicite en dehors des pauses publicitaires reconnaissables »⁸⁷. En effet, nous l'avons évoqué, la *Loi de la concurrence* s'applique pour toutes les situations de communications commerciales, faites « de quelque manière que ce soit », c'est-à-dire quelque soit la technologie utilisée, et quelque soit la forme des messages⁸⁸.

⁸⁰ La fonction *mouseover text* permet l'affichage d'un petit texte lorsque la souris se déplace sur une image affichée à l'écran, afin d'apporter des précisions supplémentaires qui ne sont pas initialement contenues à l'écran, et ce, souvent, dans le but de faciliter la lisibilité et d'améliorer la clarté des informations.

⁸¹ Il nous faut préciser que ces derniers exemples ne sont hélas pas issus de l'imagination débordante de l'auteur, mais que ce sont des cas réels qui ont été soumis à la FTC en 1999 et en l'an 2000. Pour plus de détails, voir FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Hits Internet Health Fraud in Continuation of Operation Cure all », disponible sur <http://www.ftc.gov/opa/2000/04/cure-all2.htm>, visité le 4 avril 2004.

⁸² Article 66.1 de la *Loi sur la concurrence*, précitée note 64.

⁸³ David M. W. YOUNG et Brian R. FRASER, *Canadian Advertising & Marketing Law*, Toronto, Carswell, 1990, p 1-121.

⁸⁴ Articles 73 et 34 (2) de la *Loi sur la concurrence*. Voir aussi N. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 71, p 333.

⁸⁵ La doctrine considère que d'après la jurisprudence, cette exigence est très facilement satisfaite pour peu qu'il soit question de promouvoir la vente ou l'utilisation d'un article ou d'un service, voire de toute activité commerciale. Voir en ce sens D. M. W. YOUNG et B. R. FRASER, *Canadian Advertising & Marketing Law*, *Id.*, p1-9, et *R. c. McKay's Television and Appliances Ltd.*, (1970), 65 C.P.R. 126 (Ont. Co. Ct.), *R. c. Park Realty Ltd.*, (1978), 43 C.P.R. (2d) 29, *R. c. Readers Digest Assn. (Canada) Ltd.*, (1974), 17 C.P.R. (2d) 173, *R. c. Garibaldi Lifts Ltd.*, (1977), 33 C.P.R. (2d) 8, et *R. c. Imperial Optical Co. Ltd.*, (1972), 7 C.P.R. (2d) 146.

⁸⁶ D. M. W. YOUNG et B. R. FRASER, *Canadian Advertising & Marketing Law*, *Id.*, p 1-14.

⁸⁷ CRTC, *Circulaire n° 350, 8 août 1988*, à l'intention des titulaires de toutes les entreprises de télédiffusion, p 4, cité dans Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la Radio et de la Télévision*, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, Éd. Thémis, Montréal, 1991, p 487.

⁸⁸ Ceci se traduit aussi de l'interprétation jurisprudentielle qui a par exemple considéré que l'association d'une photo d'une maison dans une publicité pour vendre des maisons constituait une indication fautive et trompeuse car dans les faits, les maisons vendues étaient totalement différentes de celle qui était présentée. Voir *R. c. R.M. Lowe Real Estate Ltd.*, (1978), 39 C.P.R. (2d) 266. Bien que cette affaire ait été réglée suivant la procédure civile, cet exemple reste pertinent, car il n'y a pas de différence dans la signification de la mention « de quelque manière que ce soit » entre les deux régimes.

[49] Ensuite, il faut que la publicité ait été faite à destination du public. Une question se pose alors ; la communauté des internautes peut-elle être considérée comme « le public » ? D'après la doctrine, « the representations made "to the public" would include representations made to the community at large, even only directed at a particular section of that community »⁸⁹, et ainsi les milliards d'internautes qui surfent quotidiennement dans le monde pourraient être considérés comme constituant une communauté suffisamment étendue pour qu'une publicité diffusée sur une page web soit considérée comme étant communiquée au public.

[50] Enfin, l'interdiction contenue dans l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*, et qui, notons le, est similaire à celle de l'article 74.01, pèse sur les représentations fausses ou trompeuses sur un point important. La doctrine nous éclaire sur ces points. D'abord, une représentation est fausse « lorsqu'elle est relative à une situation de fait contraire à la réalité »⁹⁰, et « une indication est trompeuse lorsqu'elle a la capacité de tromper »⁹¹. Ensuite, ce qu'il faut prendre en considération, c'est l'impression générale qui se dégage de l'annonce⁹², ainsi que le public visé par l'annonce⁹³. Enfin, pour savoir si l'information a la capacité de tromper, il faut appliquer le test du consommateur moyen⁹⁴.

[51] L'une des spécificités du régime pénal ne réside pas dans l'interprétation de ces différentes notions, mais bien dans le régime de preuve, puisqu'il faut établir l'intention malicieuse ou la négligence de la personne qui est à l'origine de la représentation fausse ou trompeuse, et ce hors de tout doute raisonnable⁹⁵. Le fardeau de preuve est donc assez conséquent. La preuve serait cependant établie si le commerçant persistait dans la conduite qui lui est reprochée après que les consommateurs eurent porté plainte auprès de lui⁹⁶.

[52] Les peines pourront aller d'une amende maximale de 200 000 dollars et/ou d'un emprisonnement maximal d'un an, dans le cadre d'une procédure sommaire, à une amende dont le montant est laissé à la discrétion du tribunal et/ou d'une peine

⁸⁹ D. M. W. YOUNG et B. R. FRASER, *op.cit.* note 83, p 1-21.

⁹⁰ N. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 71, p 281.

⁹¹ *Id.*, p 283.

⁹² Voir l'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409, p 426, où le juge Clément explique que « l'entière mosaïque doit être considérée plutôt que chaque carreau séparément. Le public acheteur n'étudie pas avec soin ou ne pèse pas chaque mot dans une annonce. L'impression ultime sur l'esprit du lecteur se forme de la somme totale non seulement de ce qui est dit, mais aussi de tout ce qui peut être raisonnablement induit ».

⁹³ Voir *R. c. Eaton Co. Ltd.*, (1976) 26 C.P.R. (2d) 118 (S.C. Atla), et *R. c. Tremco Manufacturing Co. (Canada) Ltd.*, (1974) 15 C.P.R. (2d) 232 (C.C. Ont.). Il est à noter que cette théorie est issue d'une doctrine américaine élaborée à partir de la jurisprudence, notamment *F.T.C. c. Sterling Drug Inc.*, 1963, 317 F.R. (2d) 669 (U.S.C.A.) (second circuit) et *R. c. Tege Investments Ltd.*, (1981) 51 C.P.R. (2d) 216 (P.C. Atla).

⁹⁴ En effet, d'après *R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, précité note 92, « la loi n'est pas faite pour protéger les experts mais pour protéger le public, cette vaste multitude qui inclut l'ignorant, le crédule et l'irréfléchi qui, en faisant ses achats, ne s'arrête pas pour analyser mais est souvent gouverné par les apparences et l'impression générale ».

⁹⁵ Cet élément intentionnel n'existait pas avant la réforme de la loi de 1999 qui a créé le double régime pénal et civil, voir D. M. W. YOUNG et B. R. FRASER, *op.cit.* note 83, p 1-23, et N. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 71, p 309.

⁹⁶ BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Bulletin d'information – Indications et pratiques commerciales trompeuses : choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence », 20 septembre 1999, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01181f.html>, visité le 3 avril 2004, ligne directrice 1 a).

d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans, dans l'hypothèse d'une procédure par mise en accusation⁹⁷.

ii. La poursuite civile de l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence*

[53] Ensuite, des recours en matière civile peuvent être introduits grâce à l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence*. Suite à une plainte d'un internaute, le Bureau de la concurrence peut aussi choisir de poursuivre l'affaire devant les juridictions civiles, c'est-à-dire devant le Tribunal de la concurrence, devant une cour supérieure provinciale ou devant la Cour fédérale. Il nous faut préciser qu'afin de garantir les droits de la défense, la loi prévoit que le Bureau doit choisir le mode de procédures qu'il souhaite utiliser et qu'une fois les poursuites amorcées, il n'est plus possible de changer⁹⁸. Le choix n'est pas toujours offert entre les deux types de poursuites, en effet, certaines infractions ne sont prévues que pour le régime criminel, comme les dispositions relatives aux systèmes de commercialisation à paliers multiples et de vente pyramidales⁹⁹, par exemple. De plus, un bulletin d'information a été publié par le Bureau de la concurrence¹⁰⁰. Il en ressort que le choix du régime civil se fait pour les infractions les moins graves et que des preuves manquent quant à l'existence de l'intention malicieuse ou de la négligence du commerçant.

[54] Les sanctions qui peuvent frapper le commerçant ou le publicitaire à l'origine de la représentation fausse ou trompeuse sont variées. Ainsi le tribunal peut émettre une ordonnance de ne pas se comporter ainsi ou de manière semblable¹⁰¹, et/ou une ordonnance de diffuser un avis visant à informer les victimes potentielles de la décision de justice¹⁰², et/ou le commerçant peut être condamné à payer une sanction pécuniaire administrative pouvant aller jusqu'à 50 000\$ pour la première infraction d'une personne physique, le double en cas de récidive, et jusqu'à 100 000\$ pour une personne morale, sanction qui sera de 200 000\$ pour toute ordonnance ultérieure¹⁰³.

iii. Les autres instruments de règlement des affaires (AIR)

[55] Le Bureau peut aussi choisir avant de poursuivre devant les tribunaux, d'essayer de régler d'une manière différente les affaires qui sont sous sa compétence. En effet, sous la menace d'une procédure judiciaire, les contrevenants sont fortement incités à régulariser leurs pratiques. Ils peuvent le faire officiellement en signant un consentement¹⁰⁴ qui porte sur le contenu de toute ordonnance qui pourrait être rendue par un tribunal. Ainsi cet accord formel peut contenir des interdictions de refaire les comportements répréhensibles qui sont reprochés, voire même une sanction administrative pécuniaire. Il est publié dès sa signature.

iv. La poursuite civile de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*

⁹⁷ Article 52(5) a) et b) de la *Loi sur la concurrence*, précitée note 64 .

⁹⁸ *Id.*, articles 52 (7) et 74.16.

⁹⁹ *Id.*, articles 55 et 55.1.

¹⁰⁰ BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Bulletin d'information – Indications et pratiques commerciales trompeuses : choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence », *Ibid.*

¹⁰¹ *Id.*, article 74.1 (1) a).

¹⁰² Article 74.1 (1) b) de la *Loi sur la concurrence*, précitée. Le secteur géographique de la diffusion des informations trompeuses est alors pris en considération par le tribunal, ainsi que les moyens de diffusion utilisés.

¹⁰³ *Id.*, article 74.1 (1) c).

¹⁰⁴ *Id.*, article 74.12. et 74.13.

[56] Cependant si un particulier dont les droits garantis par l'article 52 ont été bafoués par un commerçant ne désire pas s'adresser au Bureau de la concurrence, un recours lui est réservé par l'article 36 (1) a) de la loi. Il lui faudra prouver l'élément intentionnel de la fausse représentation ou la négligence de son auteur, et que son dommage résulte de la violation des dispositions pénales en matières d'indications fausses ou trompeuses. Ceci est fort similaire au régime de preuve qui est utilisé pour les procédures basées sur l'article 52 poursuivies par le Bureau de la Concurrence.

v. Les recours civils d'après la *Loi sur la protection du consommateur*

[57] Les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* viennent s'ajouter à celles du *Code civil*¹⁰⁵. Elles permettent au particulier d'obtenir la nullité ou la réduction des obligations contractées notamment suite à la représentation trompeuse¹⁰⁶. Ceci se fait notamment à l'aide de l'article 1401 du *Code civil* qui sanctionne le dol dans la formation des contrats, et d'une présomption de dol de l'article 253 pour toutes les pratiques interdites, c'est à dire celles qui sont visées par le titre II de la Loi¹⁰⁷ qui contient les dispositions relatives aux représentations fausses ou trompeuses. Cette disposition facilite la tâche probatoire du consommateur. Il peut porter sa plainte devant les Petites créances pour les litiges d'un montant inférieur à 7 000 dollars (sans tenir compte des intérêts)¹⁰⁸. Si la somme est plus importante, la Cour supérieure sera compétente pour écouter l'affaire.

vi. La poursuite pénale de l'article 278 de la *Loi sur la protection du consommateur*

[58] Les dispositions en matière de publicité trompeuse de la *Loi sur la protection du consommateur* sont d'ordre public¹⁰⁹, le procureur général sont donc compétents pour poursuivre les commerçants ou les annonceurs dont se plaignent les particuliers. Les sanctions pénales viennent donc en guise de complément aux recours civils mis à la disposition des consommateurs, car elles ont une portée plus large, permettant de sanctionner des comportements extracontractuels. Or ceci est important en matière de publicité, puisque le but des annonces commerciales est d'encourager la création d'un contrat, et que les relations entre les commerçants et les consommateurs ne peuvent alors être qualifiées de contractuelles.

[59] D'une façon très similaire à l'interprétation que nous avons donné des articles de la *Loi sur la concurrence*, les représentations fausses ou trompeuses sont interdites. Cette notion de représentation est entendue de manière très large, puisqu'elle couvre les comportements comme les omissions¹¹⁰. De plus, il faut là aussi tenir compte de l'impression générale qui se dégage de l'annonce¹¹¹. Il n'est pas nécessaire de

¹⁰⁵ Article 270 *LPC*, précitée note 2. Nous n'aborderons pas ici les recours de l'article 252, 253 et 272 de la *LPC*, car nous faisons acquiesçons aux réflexions de Nicole L'Heureux, qui considère que la portée de cet article 252 est trop restrictive pour pouvoir traiter de l'ensemble des pratiques interdites. Voir N. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 71, p. 256 et s.

¹⁰⁶ *LPC*, article 8.

¹⁰⁷ *LPC*, article 215.

¹⁰⁸ Article 953 *Code de procédure civile*, L.R.Q. C-25, disponible sur <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/c-25/index.html>, visité le 4 avril 2004.

¹⁰⁹ Voir article 261 de la *LPC* selon lequel « on ne peut déroger à la présente loi par une convention particulière ».

¹¹⁰ *Id.*, article 216.

¹¹¹ *Id.*, article 218.

prouver l'intention malicieuse ou la négligence du commerçant ou de l'annonceur¹¹². Ce dernier peut cependant s'exonérer de sa responsabilité s'il arrive à prouver sa bonne foi, et qu'il avait des motifs raisonnables de se fier aux informations fournies par le commerçant ou par le fabricant, le cas échéant ou s'il arrive à démontrer qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable.¹¹³

[60] Les sanctions pécuniaires prévues par les recours en matière pénale sont de moindre importance par rapport à celles qui sont organisées par la *Loi sur la concurrence*. En effet, le montant des amendes varie de 600 dollars à 15 000 dollars pour une personne physique et de 2 000 dollars à 100 000 dollars pour une personne morale, ce montant étant doublé en cas de récidive¹¹⁴. Pour déterminer le montant de l'amende, le tribunal va tenir compte du préjudice causé par l'infraction ainsi que des avantages que l'auteur de l'infraction en a retirés¹¹⁵, il peut même « demander à l'Office de protection du consommateur de lui soumettre un rapport sur les activités économiques du contrevenant »¹¹⁶.

[61] Ensuite, le tribunal peut aussi émettre une ordonnance rectificative¹¹⁷ afin d'informer les consommateurs. Il peut s'agir d'une ordonnance de divulgation c'est-à-dire contenant des informations absentes de la publicité originale et dont l'omission constituait le caractère trompeur, ou d'une ordonnance corrective, qui va chercher à compenser les effets néfastes de l'annonce originale¹¹⁸. Enfin, la Cour supérieure peut aussi prononcer une injonction interlocutoire afin de suspendre la diffusion des annonces litigieuses pendant la durée des procédures¹¹⁹.

b. Les autres dispositions

[62] La *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur la protection du consommateur* contiennent aussi d'autres dispositions qui peuvent être utiles en matière de « cyberpublicité ».

[63] D'abord, les systèmes de commercialisation à pallier multiples et les ventes pyramidales sont strictement encadrés, voire proscrits, par les articles 235 et 236 de la *Loi sur la protection du consommateur*, ainsi que par les articles 55 et 56 de la *Loi sur la concurrence*. Ces dispositions pourraient trouver leur utilité afin de lutter contre certains pourriels qui proposent de fabuleuses opportunités d'emploi à domicile, en faisant notamment miroiter une forte rémunération, et qui se révèlent souvent être des montages financiers dits pyramidaux.

[64] De plus, l'interdiction de l'article 238 de la *Loi sur la protection du consommateur*, de faussement « prétendre qu'un tiers recommande (...) un bien ou un service » et de « déclarer comme sien (...) une identité » et pourraient même être utilisés par ceux qui aurait été trompés par un site web vantant les mérites d'un produit

¹¹² Voir R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S.1299.

¹¹³ LPC, article 287.

¹¹⁴ Id., article 278.

¹¹⁵ Id., article 280.

¹¹⁶ Claude MASSE, Loi sur la protection du consommateur, analyses et commentaires, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1999, p 1081, faisant référence à l'article 289 de la LPC.

¹¹⁷ Id., article 288.

¹¹⁸ Voir en ce sens N. L'HEUREUX, op. cit. note 71, p 420 et s.

¹¹⁹ LPC, article 290.

ou d'un service comme s'il était un tiers indépendant, donc objectif dans son analyse, alors qu'il serait en réalité affilié voire même directement édité par l'entreprise fabriquant le susdit produit ou service¹²⁰.

[65] Enfin, les articles 74.04, 74.05 de la *Loi sur la concurrence* ainsi que les articles 224 et 225 de la *Loi sur la protection du consommateur* encadrent les mentions sur les prix dans les messages publicitaires. Elles pourraient être utilisées notamment par un consommateur déçu qui aurait suivi un lien dans un bandeau promotionnel vers une offre alléchante et qui n'aurait pas été en mesure de retrouver cette offre sur le site marchand.

[66] Les recours qui pourraient être engagés sur les bases de ces articles ne diffèrent pas de ceux qui nous avons précédemment présentés, il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder.

[67] Comme nous pouvons le constater, de nombreuses dispositions ont vocation à s'appliquer afin de protéger les consommateurs des dérives publicitaires sur Internet. Mais ce ne sont pas les seules.

2. Les recours en matière de protection de la vie privée

[68] En effet, nous l'avons vu, ce qui caractérise la publicité sur Internet, c'est le marketing direct qui permet de cibler les destinataires des messages promotionnels. Or, afin d'individualiser un internaute et d'identifier ses goûts et ses préférences, les publicitaires ont besoin de le connaître, et donc de collecter et d'analyser des informations le concernant. Cela soulève de nombreuses interrogations quant au respect du droit à la vie privée.

a. Le droit à la vie privée au Québec

[69] Le droit à la vie privée est reconnu au Québec par les articles 35 à 37 du *Code civil du Québec*¹²¹, qui dispose que « toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise », ainsi que par un document de nature quasi-constitutionnelle, la *Charte des droits et libertés de la personne dans son article 5*¹²². Sur Internet, et compte tenu de la connotation technologique et informatique, les éléments relatifs à la vie privée sont appelés des « données à caractère personnel ».

i. Les données à caractère personnel

[70] Cette notion est définie par deux textes qui ont vocation à s'appliquer au Québec. D'abord selon les termes de la *Loi sur la protection des renseignements*

¹²⁰ Pour cette infraction, voir FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Hits Internet Health Fraud in Continuation of Operation Cure all », *loc.cit.* note 81.

¹²¹ *Code civil du Québec*, précité, note 78.

¹²² *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée note 60. L'article 5 de la *Charte québécoise* dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée ». Cette rédaction est très proche de celle de l'article 9 du *Code civil* français, dont on peut sentir l'influence sur le système juridique québécois.

*personnels et des documents électroniques*¹²³, texte fédéral, constitue un renseignement personnel « tout renseignement concernant un individu identifiable, à l'exclusion du nom et du titre d'un employé d'une organisation¹²⁴ et des adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail »¹²⁵. La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹²⁶, texte provincial, a adopté une définition un peu plus large, ne faisant pas de limitation quant aux informations relatives au lieu de travail d'un individu. Ainsi, elle prévoit, à son article 2, qu' « est un renseignement personnel, tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier ». Le critère est donc celui de l'identification d'une personne.

[71] Quels sont les éléments qui peuvent permettre l'identification ? Un « cyberpublicitaire » peut identifier un internaute à partir de nombreux éléments : son nom et son prénom, son numéro de téléphone, son adresse de courrier électronique, son numéro de carte de crédit, son adresse IP¹²⁷, par exemple.

[72] Il nous faut préciser que sur Internet, il n'y a pas que les informations personnelles ou nominatives qui sont collectées. Une multitude d'autres données le sont également ; comme les habitudes de consommation, sur quel site l'internaute va surfer, sur lesquels il achète, quelles sont les requêtes qu'il lance sur les moteurs de recherche, la configuration de son ordinateur et ses composantes. Il s'agit de déterminer un profil détaillé de l'internaute. Deux sortes de profils sont alors réalisables. D'abord, des profils sectoriels, qui visent une catégorie de la population, et contenant des informations non nominatives, sont créés afin d'étudier les caractéristiques des groupes sociaux, afin d'adapter les communications marketing. Ne contenant pas de données personnelles, elles ne sont pas visées par les dispositions législatives. Cependant, si elles sont croisées avec des données nominatives, alors elle retombent sous l'application de la loi¹²⁸.

¹²³ *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques*, précitée note 70, Adoptée à l'aube du nouveau millénaire elle a été très inspirée par un texte international fondamental dans l'histoire de la protection de la vie privée : *Les lignes directrices de l'OCDE*, du 23 septembre 1980, et ratifiées par le Canada en 1984. Voir ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données de caractère personnel*, Paris, 23 septembre 1980, disponibles sur http://www.oecd.org/document/57/0,2340,fr_2649_201185_1815225_1_1_1_1_00.html, visité le 4 avril 2004. Cette loi fédérale n'est pas encore complètement en vigueur, d'après l'article 72 de la *Loi C-6*. La première partie de la Loi est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001 et s'applique à toute organisation gouvernementale et à toute entreprise qui génèrent des flux trans-provinciaux de données personnelles. Ensuite, pour les organisations qui gèrent des renseignements personnels relatifs à la santé, elle s'applique depuis le 1^{er} janvier 2002. Enfin, elle est entrée en vigueur à compter du premier janvier 2004 pour toutes les entreprises qui collectent, ou utilisent des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales, c'est-à-dire par exemple pour les annonceurs et autres entreprises publicitaires.

¹²⁴ L'article 2 (1) de cette même loi précise que sous le terme organisation, il faut entendre « notamment des associations, sociétés de personnes, personnes et organisations syndicales ».

¹²⁵ Article 2 (1) *Loi C-6*.

¹²⁶ Précitée note 69.

¹²⁷ Quelques précisions sont à apporter au sujet de l'adresse IP. Il s'agit de l'adresse informatique de l'ordinateur avec lequel une personne communique, sous forme d'un numéro elle permet d'identifier un ordinateur à un moment donné. Il existe deux sortes d'adresses IP ; les statiques, qui ne changent pas ou peu et les dynamiques, qui sont modifiées à chaque connexion. D'après Jean-Marc DINANT, dans le cas d'une adresse IP statique, il serait possible d'identifier la machine et son utilisateur, in « Les traitements invisibles sur Internet », présenté lors d'une conférence à l'Institut Universitaire International à Luxembourg, juillet 1998, disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/Luxembourg.html>, visité le 4 avril 2004.

¹²⁸ Ces pratiques sont fréquentes dans le monde publicitaire sur Internet. C'est ce qui s'est passé par exemple avec le rachat de Abacus, une compagnie de télémarketing détenant des données personnelles

Ensuite, des profils personnalisés peuvent être réalisés afin de cibler la publicité à une personne en particulier. C'est ce que l'on appelle le marketing direct. Il s'agira de recréer les relations client-vendeur¹²⁹ qui étaient jusqu'alors difficilement virtuellement réalisables, compte tenu des particularités des communications numériques¹³⁰.

[73] Une question se pose alors. Ces pratiques sont-elles légales ? En fait, cela va dépendre de la façon dont elles vont être réalisées. En effet, les lois provinciales et fédérales encadrent ces activités au Québec.

ii. Le contenu des droits

[74] Un premier principe qui se dégage de ces textes est la notion de consentement. D'après l'article 4.3 de l'Annexe 1 de la *Loi C-6*¹³¹,

« toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire ».

De plus, l'article 4.3.1 précise

« [qu'] il faut obtenir le consentement de la personne concernée avant de recueillir des renseignements personnels à son sujet et d'utiliser ou de communiquer les renseignements recueillis ».

Il se dégage donc de ces textes l'exigence que le consentement soit préalable à la collecte. C'est ce qui est communément appelé un système d'opt-in. Qu'en est-il des dispositions sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* ? Aucun article ne traite spécifiquement du consentement préalable à la collecte des informations personnelles, et la loi semble concentrer l'exigence du consentement sur les utilisations des données. Mais d'après Cynthia Chassigneux, la rédaction des

par DoubleClick, entreprise publicitaire en ligne détenant notamment des profils non nominatifs obtenus à l'aide de fichiers témoins. Les termes de la politique de vie privée de DoubleClick spécifiaient que les données récoltées à l'aide de ces témoins étaient uniquement non nominatives. En achetant Abacus, la régie publicitaire en ligne recevait aussi son fichier de clients et se proposait de combiner ces bases de données. Devant l'immense volume de protestations des consommateurs et des associations de défense de la vie privée comme l'EPIC soulevé par ce projet, un arrangement a eu lieu dans cette affaire le 21 mars 2002: DoubleClick acceptant notamment qu'une entreprise externe « nettoie » la base de données d'Abacus en enlevant les identifiants personnels qu'elle contenait. Voir : *In re DoubleClick Inc. Privacy Litigation*, 154 F. Supp. 2d, disponible sur <http://www.epic.org/privacy/internet/cookies/dblclkproposedsettlement.pdf>, visité le 4 avril 2004.

¹²⁹ Voir E. BARCHECHAT, « Une lecture critique du one-to-one », *loc.cit.* note 9.

¹³⁰ Nous faisons ici référence notamment à l'éloignement physique des divers acteurs de l'Internet, et au fait qu'avant l'avènement de ces techniques de marketing direct, il était fort vrai que « nobody knows your're a dog ». (Cette célèbre expression est tirée d'une caricature de Peter Steiner publiée dans le *New Yorker*, du 5 juillet 1993, Vol.69 (LXIX) no. 20 en page 61, disponible sur <http://www.unc.edu/courses/jomc050/idog.html>, visité le 24 novembre 2003.)

¹³¹ Précisons que la *Loi C-6* intègre dans son Annexe 1, par son article 5 (1), les Principes énoncés dans la norme nationale du Canada intitulée : *Code type sur la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA – Q 830-96, adoptée par l'ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, disponible sur <http://www.csa.ca/standards/privacy/code/Default.asp?language=french>, visité le 4 avril 2004.

articles 13 et 14 de la *Loi québécoise* implique « que le consentement à la collecte est sous-entendu »¹³².

[75] Quelques exceptions existent. Il s'agit notamment des hypothèses où la collecte est faite à des fins statistiques, voire pour transmission ultérieure à des services de police ou pour répondre à une situation d'urgence mettant en danger la vie d'un individu¹³³, ou enfin dans les hypothèses où la connaissance de la collecte fausserait l'exactitude des données transmises¹³⁴ et où « la collecte du renseignement est manifestement dans l'intérêt de l'intéressé et [que] le consentement ne peut être obtenu auprès de celui-ci en temps opportun »¹³⁵.

[76] Ainsi, les entreprises en lignes et les « cyberpublicitaires » devraient obtenir le consentement de l'internaute avant de collecter des informations nominatives le concernant. Ce consentement doit avoir plusieurs caractéristiques pour être valable ; il doit être libre et éclairé¹³⁶ et accordé par la personne concernée¹³⁷. De plus, il doit aussi être donné à des fins spécifiques¹³⁸, et il est limité dans le temps¹³⁹.

[77] En effet, l'utilisation des renseignements personnels recueillis doit être limitée à la « durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles [le consentement] a été demandé »¹⁴⁰. Ainsi les entreprises devraient informer les internautes des finalités

¹³² Cynthia CHASSIGNEUX, « L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne », thèse de doctorat, Université de Montréal, Université Panthéon-Assas (Paris II), 3 juillet 2003, à paraître aux Editions Thémis, p152. En effet, cet article traite du « consentement à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel » (nos soulignements). Voir aussi, Raymond DORAY, « Le respect de la vie privée et la protection des renseignements personnels dans un contexte de commerce électronique », in V. GAUTRAIS (dir.), op. cit. note 71, p 352. Notons que cette exigence est fort critiquée par Pierre Trudel, qui considère que le recours au consentement comme préalable à la collecte des données personnelles dans les environnements numériques est un artifice qui permet de pallier à l'interprétation rigide qui est désormais faite du principe de finalité et à ce qu'il appelle la négation de la légitimité des espaces publics. Il soutient de plus que le « consentement libre et éclairé » tel qu'il est appliqué aujourd'hui par la Commission d'accès à l'information n'est pas celui qui est prévu par les textes législatifs et que « l'effet pervers de ce genre de dérive est de faire porter les efforts sur la recherche et la gestion du consentement plutôt que sur la protection effective de la vie privée des personnes ». Voir Pierre TRUDEL, « Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'État en réseau », Centre de recherche en droit public, Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Faculté de droit, Université de Montréal, mars 2003, disponible sur http://www.aiprp.gouv.qc.ca/publications/pdf/Rapport_Me_Pierre_Trudel.pdf, visité le 16 avril 2004.

¹³³ Articles 7 (1), 7 (2) et 7 (3) de la Loi C-6.

¹³⁴ Article 7 (1) b) de la Loi C-6 et article 6. 2° de la Loi Québécoise.

¹³⁵ Article 7 (1) a). Nous pouvons nous demander ce qui est entendu par la notion de « *temps opportun* ». En effet, une des particularités des communications électroniques réside dans l'interactivité et l'instantanéité des communications, les situations où cette exception pourrait être invoquées ne sont donc pas évidentes.

¹³⁶ Article 14 de la Loi québécoise. La Loi C-6 diffère un peu sur ce point, ne parlant que de l'obligation d'informer les personnes à propos de la collecte (article 4.3) et d'obtenir simplement son consentement (article 4.3.2). Les caractéristiques du consentement « libre et éclairé » ne figurent pas dans le texte de la Loi C-6 où le législateur, par l'intermédiaire de l'Association canadienne de normalisation qui a rédigé l'Annexe 1, s'est plutôt attaché à proposer des formes pour se consentement, c'est-à-dire l'opt-in ou l'opt-out.

¹³⁷ Articles 12 de la Loi québécoise et 4.3.1. de l'Annexe 1 de la Loi C-6.

¹³⁸ Articles 4.3.2 de l'Annexe 1 de la Loi C-6 et article 14 de la Loi québécoise.

¹³⁹ Article 14 de la Loi québécoise et 4.5 de l'Annexe 1 de la Loi C-6.

¹⁴⁰ Article 14 Loi québécoise.

pour lesquelles elles désirent collecter l'information, l'objet du dossier qu'elles constituent, les personnes qui y auront accès, l'endroit où il sera stocké et les droits d'accès et de rectification¹⁴¹ des personnes concernées¹⁴². Ces exigences pourraient par exemple être satisfaites par la rédaction d'une politique de vie privée par les entreprises. Enfin, les entreprises ont une obligation de confidentialité¹⁴³, et elles doivent retirer les noms des personnes qui en font la demande des listes nominatives qu'elles gèrent¹⁴⁴. Ainsi, notons que d'après les dispositions de la *Loi québécoise*, si les entreprises ont une obligation d'information quant aux renseignements collectés, elles n'ont pas à préciser quels sont les moyens utilisés pour ce faire.

[78] Cependant, ces droits et obligations ouvrent des recours pour les consommateurs.

b. Les recours à la disposition des internautes

[79] Deux organismes administratifs sont compétents pour écouter les recours présentés en matière de protection des données personnelles. Il s'agit de la Commission d'accès à l'information¹⁴⁵, qui peut être saisie pour la violation des droits garantis par la *Loi québécoise* (i), et du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada qui est chargé de connaître des plaintes relatives à la *Loi C-6* (ii).

i. La Commission d'accès à l'information

[80] D'après l'article 42 de la *Loi québécoise*,

« toute personne intéressée peut soumettre à la Commission d'accès à l'information une demande d'examen de mécontentement relative à l'application d'une dispositions législative portant sur l'accès ou la rectification d'un renseignement personnel ou sur l'application de l'article 25 »,

Rappelons que l'article 25 est relatif au droit d'avoir son nom retiré d'une liste nominative. Il faut premièrement remarquer que la CAI peut examiner des mécontentements entre les particuliers et le gouvernement ou les entreprises qui détiennent des renseignements personnels sur eux. Ceci signifie que les particuliers doivent préalablement faire valoir leurs droits auprès des entreprises. C'est seulement lorsque cette étape se révèle infructueuse qu'ils peuvent s'adresser à la CAI. Ensuite, les compétences de la CAI se limitent aux problèmes relatifs à l'accès, à la rectification d'une donnée nominative ou au droit de retrait. Il n'est nullement fait mention des situations pouvant relever du défaut de consentement préalable à la collecte, pour lesquelles aucun dispositif n'est envisagé. Ainsi, si un système d'opt-in semble être sous-entendu dans la rédaction de la loi, au contraire, les recours mis en place rendent effectif un système d'opt-out. La CAI pourrait donc écouter les plaintes des internautes relatives au droit de retrait sur la liste d'un polluposteur, comme sur les demandes

¹⁴¹ Les droits d'accès sont prévus par les articles 27 et 11 de la *Loi québécoise* ainsi que par les articles 4.9. de l'Annexe 1 de la *Loi C-6*, et 38 à 41 du *Code civil du Québec*. Ils permettent de garantir l'exactitude des renseignements personnels.

¹⁴² Article 8 de la *Loi québécoise*.

¹⁴³ Articles 10 de la *Loi québécoise* et 4.1.3. de l'Annexe 1 de la *Loi C-6*.

¹⁴⁴ Articles 24, 25 et 26 *Loi québécoise*.

¹⁴⁵ Ci-après la CAI.

d'accès à des renseignements personnels détenus par une entreprise. Par contre, il semble qu'un particulier ne pourrait pas lui soumettre une plainte relative à une utilisation de ses données personnelles qui n'aurait pas été divulguée au moment du consentement. Il nous apparaît donc que les recours organisés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* ne viennent pas assurer l'effectivité de tous les droits garantis par cette même Loi.

[81] S'agissant de la procédure, la plainte doit être déposée par un individu ou par un groupe de personnes¹⁴⁶, par écrit, et elle doit exposer brièvement les raisons qui la soutiennent¹⁴⁷. La CAI peut aider à la rédaction de la demande¹⁴⁸, et elle se charge de communiquer la plainte à l'entreprise en cause¹⁴⁹. Une entreprise peut aussi faire une requête à la CAI, demandant à ce qu'elle soit autorisée à ne pas tenir compte de demandes d'accès manifestement abusives¹⁵⁰.

[82] Dans le processus de règlement des différends, la CAI peut d'abord jouer un rôle de médiateur¹⁵¹, mais si aucune entente n'est possible, alors elle examinera l'affaire¹⁵², à moins que celle-ci ne soit frivole¹⁵³. La CAI peut rendre « toute ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des parties »¹⁵⁴, c'est-à-dire qu'elle peut par exemple, ordonner à une entreprise de communiquer ou de rectifier une donnée personnelle, cette décision étant exécutoire dans les trente jours suivant la date de réception par la partie en cause¹⁵⁵. Si elle émet ordonnance selon laquelle la partie en cause doit cesser un comportement, cette décision est exécutoire dès sa transmission¹⁵⁶. Enfin, la décision de la CAI « devient exécutoire comme un jugement de la Cour supérieure, et en a tous les effets à la date de son homologation en Cour supérieure »¹⁵⁷, homologation qui se réalise simplement par le dépôt d'une copie conforme de la décision au bureau du greffier de la Cour supérieure du lieu d'établissement de l'entreprise¹⁵⁸.

[83] Les procédures devant la CAI semblent donc relativement simples et faciles à mettre en oeuvre. Il est donc regrettable que les compétences de la CAI ne soient pas plus étendues. En revanche, si les internautes désirent porter plainte sur un motif autre qu'une mésentente concernant une demande d'accès, ils disposent d'un autre moyen de recours, devant une autorité administrative fédérale.

ii. Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada

[84] Contrairement aux dispositions de la *Loi québécoise*, les plaintes qui peuvent être déposées auprès du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada peuvent concerner des infractions à tous les droits garantis par la *Loi sur la protection*

¹⁴⁶ Article 45 de la *Loi québécoise*.

¹⁴⁷ *Id.*, article 44 §1 et 2.

¹⁴⁸ *Id.*, article 47.

¹⁴⁹ *Id.*, article 44 §3.

¹⁵⁰ *Id.*, article 46.

¹⁵¹ *Id.*, article 48.

¹⁵² *Id.*, article 49.

¹⁵³ *Id.*, article 52.

¹⁵⁴ *Id.*, article 55.

¹⁵⁵ *Id.*, article 56 §1.

¹⁵⁶ *Id.*, article 56 §2.

¹⁵⁷ *Id.*, article 58 §1.

¹⁵⁸ *Id.*, article 58 §2.

des renseignements personnels et les documents électroniques, ainsi que par son *Annexe I*¹⁵⁹. La portée de l'action du Commissaire est donc beaucoup plus large que celle de la CAI, qui rappelons-le est limitée aux litiges relatifs aux demandes d'accès aux renseignements personnels détenus par une entreprise. Le cas échéant, le Commissaire peut même prendre l'initiative d'une plainte¹⁶⁰, et il « donne avis de la plainte à l'organisation visée par celle-ci »¹⁶¹.

[85] Pour examiner les requêtes qui lui sont présentées, le Commissaire dispose de pouvoirs étendus¹⁶², comme celui d'assigner les témoins à comparaître devant lui, ou de visiter les locaux d'une organisation par exemple. Il peut aussi essayer de régler les différends qui lui sont présentés à l'aide de la médiation ou de la conciliation¹⁶³. A la fin de son examen, ou de la conciliation, le Commissaire présente un rapport présentant ses conclusions et recommandations, et éventuellement, demandant à l'organisation de faire un suivi des mesures prises pour donner suite à ces recommandations¹⁶⁴.

[86] Dans les quarante-cinq jours suivant la transmission du rapport du Commissaire¹⁶⁵, le plaignant peut porter l'affaire devant la Cour fédérale¹⁶⁶. Cependant, le Commissaire a compétence pour ce faire, et ce même si ce n'est pas une plainte dont il a pris l'initiative, tout comme il peut comparaître au nom du plaignant, ou comme partie à la procédure¹⁶⁷.

[87] La Cour fédérale peut sanctionner l'entreprise qui ne respecte pas les droits garantis par la *Loi C-6* en l'ordonnant de revoir ses pratiques, et/ou de publier un avis énonçant les mesures prises pour se conformer à la loi. Elle peut même accorder au plaignant des dommages et intérêts¹⁶⁸.

[88] Ainsi les recours basés sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* sont eux aussi en plusieurs étapes. S'ils viennent garantir plus de droits que ceux organisés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, ils paraissent cependant un peu plus compliqués à mettre en œuvre, notamment par ce qu'ils nécessitent l'intervention non seulement du Commissaire, mais aussi de la Cour fédérale, ce qui allonge certainement les délais de traitement des litiges. Cependant, l'éventail des situations dans lesquelles ils peuvent être mis en œuvre est plus grand sous le régime fédéral, et le fait que le Commissaire puisse prendre l'initiative d'une plainte et comparaître au nom du plaignant (et donc de limiter les coûts pour celui-ci) sont des éléments qui nous font préférer cette solution. Mais que pouvons nous en conclure quant à leur effectivité ?

¹⁵⁹ Article 11 (1) de la *Loi C-6*.

¹⁶⁰ *Id.*, article 11 (2).

¹⁶¹ *Id.*, article 11 (4). Cette faculté élargit aussi considérablement la portée de l'action du Commissaire par rapport à celle de la CAI, puisque cette dernière ne peut se saisir d'une affaire, et qu'au contraire elle ne peut être saisie qu'après une demande d'accès préliminaire n'ait pas donné satisfaction à son auteur.

¹⁶² *Id.*, article 12 (1).

¹⁶³ *Id.*, article 12 (2).

¹⁶⁴ Article 13 (1) alinéas a), b) et c). Toutefois, l'article 13 (2) contient quelques exceptions, et le Commissaire n'est pas tenu de faire un rapport si, par exemple, la plainte est futile ou si la plainte « pourrait être avantageusement instruite... selon des procédures prévues par le droit fédéral ».

¹⁶⁵ Article 14 (2) de la *Loi C-6*.

¹⁶⁶ *Id.*, article 14 (1).

¹⁶⁷ *Id.*, article 15.

¹⁶⁸ *Id.*, article 16, alinéas a), b), et c).

B. ...ont une effectivité limitée

[89] Un des indices très révélateurs de l'effectivité des recours est leur utilisation. En effet, un recours dont les effets recherchés sont réellement obtenus sera plus utilisé qu'une solution qui n'amènerait que peu de résultat. Il nous faut donc préalablement examiner quelles sont ceux qui sont privilégiés par les internautes et les juristes et ceux qui sont négligés (1), avant de chercher les raisons qui expliqueraient les choix des « cyberconsommateurs » (2).

1. L'utilisation des recours traditionnels

[90] Le réflexe de tout justiciable comme celui de tout juriste est de se tourner vers les tribunaux de son pays pour leur soumettre leur problème. Pourtant en matière de « cyberpublicité », le volume de jurisprudence est relativement faible, qu'il s'agisse de recours judiciaires (a), administratifs (b) ou des autres moyens de règlement des différends (c) et ne reflète certainement pas l'étendue des infractions.

a. Les recours judiciaires

[91] S'agissant des recours devant les tribunaux, qu'il s'agisse de ceux des articles 52, 74.01 ou 36 de la *Loi sur la concurrence*, ou ceux, civil ou pénal prévus par la *Loi sur la protection du consommateur*, voire même ceux devant la Cour fédérale en matière de protection de la vie privée, il nous faut reconnaître qu'ils ne sont pas légion dans la jurisprudence québécoise et canadienne relative à la publicité sur Internet ! En effet, celle-ci se limite à une unique décision¹⁶⁹ du Tribunal de la concurrence¹⁷⁰.

[92] En effet, le Tribunal de la concurrence a eu à juger d'une violation des dispositions de l'article 74.01 de la *Loi sur la concurrence* par l'entreprise P.V.I. International Inc., qui avait diffusé notamment à l'aide de son site Internet, des indications fausses ou trompeuses, sur les capacités de réduction de la consommation de carburant grâce à leur dispositif, le « Platinium Vapor Injector ». Le Tribunal a prononcé une interdiction de promouvoir le dispositif litigieux ou tout autre similaire en utilisant ces fausses informations, par quelque moyen que ce soit, y compris donc, à l'aide de leur site en ligne, et ce pendant dix ans. L'entreprise a aussi été condamnée à payer des sanctions administratives pécuniaires pour un montant total de cent vingt-cinq mille dollars. Aujourd'hui, le site Internet de P.V.I. International Inc.¹⁷¹ est toujours actif, mais quelques pages ont été supprimées, bien que les liens existent toujours (ou plus précisément, elles sont « en construction », et ce depuis l'arrêt du Tribunal de la concurrence). Par exemple, il s'agit de celles relatives au résumé des bénéficiaires du dispositif et à l'historique et aux tests pratiqués sur le produit. On peut noter la présence

¹⁶⁹ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, 30 mai 2002, 2001 CACT 24, n° numéro de dossier : CT200001, numéro de greffe : 0075a, disponible sur <http://www.canlii.org/ca/jug/cact/2002/2002cact10028.html>, visité le 4 avril 2004.

¹⁷⁰ Nous devons préciser que l'absence de jurisprudence en matière de violation des droits à la vie privée par des entreprises de « cyberpublicité » ne devrait pas être interprété comme le signe d'un total et absolu respect de la loi par les dites sociétés. Cet état de fait s'expliquerait plutôt par le fait que la Loi fédérale ne s'appliquait pas encore pour les entreprises du secteur privé, sauf si elles généraient des flux trans-provinciaux de données personnelles. Les tribunaux sont peut-être saisis de plus de plaintes depuis le premier janvier 2004.

¹⁷¹ <http://www.pvitech.com/>, visité le 2 septembre 2003.

d'un important avertissement accessible depuis la page d'accueil, qui met en garde contre la véracité des témoignages. En effet, les lettres de clients satisfaits faisant état des avantages et des bénéfices qu'ils ont retirés de l'utilisation du produit sont, eux, toujours en ligne. Cette affaire est aujourd'hui en appel.

[93] Précisons que deux autres procès sont actuellement en cours, grâce aux efforts du Bureau de la Concurrence. Les entreprises All Communications Network of Canada Co. et NSV Nutrinautes Inc. sont inculpées respectivement de huit et de onze chefs d'accusation, en vertu des articles 55 et 55.1 de la *Loi sur la concurrence*, c'est-à-dire des dispositions encadrant la promotion des systèmes de vente pyramidale¹⁷².

[94] Il nous faut reconnaître que le faible volume de jurisprudence ne permet pas actuellement de tirer des conclusions générales sur l'efficacité des recours judiciaires en matière de « cyberpublicité ». En revanche, s'agissant de l'efficacité de ces recours, leur mauvaise popularité que l'on peut déduire du peu de jurisprudence qui en découle, nous permet de conclure qu'elle est considérée comme peu reluisante par les internautes, qui préféreront se tourner vers d'autres solutions.

b. Les recours administratifs

[95] Le Bureau de la concurrence a aussi été saisi d'une affaire similaire à celle de PVI, mais qui s'est réglée grâce à un consentement. Étaient en cause les annonces pour les appareils de stimulation musculaire Abtronic, réalisés notamment à l'aide d'infopublicités à la télévision et d'un site Internet, qui contrevenaient aux dispositions de l'article 74.01, car elles donnaient faussement l'impression que le produit faisait perdre du poids et permettait de développer de fantastiques muscles abdominaux, et ce, sans effort. L'entreprise Thanés Direct Canada Inc. a accepté d'arrêter de commercialiser et de promouvoir le produit, ou tout produit similaire, par quelque moyen que ce soit, y compris par Internet. Elle a également consenti à diffuser une annonce rectificative sur deux grandes chaînes de télévision canadiennes, à publier une notice sur son site Internet pendant huit semaines à partir de la date de la première diffusion de l'annonce télévisuelle, notice qui contiendrait des hyperliens vers le site du Tribunal de la concurrence. Elle a également dû payer une sanction administrative pécuniaire de soixante quinze mille dollars. Cet accord est valable pour une période de dix ans. Dans les faits, on ne trouve plus le produit Abtronic sur les sites canadiens¹⁷³ ni américains. En revanche, il est toujours disponible sur les sites britannique, français, allemand, et du Moyen Orient.

[96] Le volume des recours administratifs au Canada est donc lui aussi peu élevé en matière de publicité trompeuse sur Internet.

c. Les autres règlements des différends et la conciliation

[97] Pour être tout à fait exhaustif quant aux activités du Bureau de la concurrence, il nous faut préciser qu'il est intervenu pour permettre la résolution de deux autres affaires, grâce aux « Autres instruments de règlement des cas ». Ainsi, en

¹⁷² BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Dirigeants d'une société de commercialisation à paliers multiples accusés de tromper les participants », 19 juillet 2002, disponible sur <http://www.bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02330f.html>, visité le 4 avril 2004.

¹⁷³ <http://www.thane.ca>, visité le 2 septembre 2003.

janvier 2003, il a joué un rôle de médiateur après avoir reçu une plainte concernant des indications trompeuses données par une société, relativement à des frais de service applicables à des appels téléphoniques interurbains, frais qui n'étaient pas indiqués sur le site Internet de la compagnie¹⁷⁴. Rapidement, après qu'un cadre de l'entreprise ait été averti des plaintes, la société a modifié son site. Puis, en février 2003, le Bureau a reçu des plaintes concernant la diffusion d'indications trompeuses contre une entreprise faisant la promotion d'une trousse de renseignements sur les programmes de prêts et contributions du gouvernement, notamment à l'aide d'un site web. « Pour apaiser les inquiétudes du Bureau, l'entreprise a convenu d'arrêter la diffusion des indications trompeuses alléguées et de soumettre au Bureau, pour examen, toutes les annonces pendant deux ans »¹⁷⁵. On voit bien dans ces derniers exemples que la résolution des affaires a été rapide, et que c'est un signe de l'efficacité et de l'efficience des dispositions relatives aux autres instruments de règlement des cas.

[98] En matière de protection des données personnelles, les examens du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada sont aussi plutôt prisés¹⁷⁶, surtout si on les compare à ceux de la CAI. En effet, d'après les documents publiés sur son site, cette dernière n'a jamais été sollicitée en matière de « cyberpublicité ». En revanche, depuis 2001, le Commissaire a eu à connaître de trois plaintes¹⁷⁷.

[99] La première était en matière de pourriel¹⁷⁸. Une cliente s'est plainte que son fournisseur d'accès Internet lui envoyait des messages électroniques non sollicités. Considérant que le fournisseur d'accès avait explicitement prévu l'envoi de messages commerciaux dans les modalités et conditions d'abonnement, et que la cliente avait, bien que son affaire n'était alors pas réglée, renouvelé son abonnement, le Commissaire a estimé que la plainte n'était pas fondée.

[100] Ensuite, une plainte a été déposée contre un radiodiffuseur qui, à l'aide de son site Internet, essayait de recueillir des renseignements personnels sur les internautes¹⁷⁹. Chaque fois que le plaignant, équipé d'un garde barrière (firewall) qui détectait et rejetait les tentatives d'intrusion sur son ordinateur, essayait de naviguer sur le site du radiodiffuseur, son garde barrière lui rapportait une démarche de collecte de l'information NetBIOS¹⁸⁰ de son ordinateur par le serveur publicitaire du susdit site.

¹⁷⁴ Voir BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Autres instruments de règlement des cas », janvier 2003, disponible sur http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/h_ct02071f.html, visité le 4 avril 2004.

¹⁷⁵ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Id.*, février 2003.

¹⁷⁶ Nous estimons que les examens du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada font partie de la catégorie « Autres instruments de règlement des cas et conciliation », car le rapport du Commissaire ne contient que des recommandations et n'a donc pas de force exécutoire. En revanche, les plaintes portées devant la Cour fédérales sur les bases du rapport, sont elles de nature judiciaire, et ne rentreraient pas dans cette catégorie. Cependant, aucune jurisprudence n'est actuellement disponible en l'espèce.

¹⁷⁷ Ceci nous indique que les internautes préfèrent eux aussi les recours proposés par le Commissaire à ceux de la CAI.

¹⁷⁸ Voir COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, Sommaire du cas LPRDPÉ #2, 3 juillet 2001, disponible <http://www.ijcan.org/ca/jug/cvpc/2001/2001cvpc10025.html>, visité le 27 mars 2004.

¹⁷⁹ Voir COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, Sommaire du cas LPRPDÉ #25, 20 novembre 2001, disponible sur <http://www.ijcan.org/ca/jug/cvpc/2001/2001cvpc10002.html>, visité le 27 mars 2004.

¹⁸⁰ L'information NetBIOS fait référence à l'adresse IP de l'ordinateur, et permet d'avoir accès à des renseignements tels que les sites visités, et même les mots de passe récemment utilisés. Dans cette affaire,

Informé de la plainte et après avoir fait une enquête interne, le radiodiffuseur a reconnu les faits et les a attribués à une négligence dans la configuration des logiciels nécessaires à la gestion du réseau. Il a ensuite pris les mesures nécessaires afin de faire cesser les collectes de données.

[101] Enfin, une compagnie aérienne s'est vue reprocher par un particulier non seulement de collecter des renseignements personnels à l'insu des internautes et sans leur consentement à l'aide de fichiers témoins, mais aussi de refuser l'accès au site à ceux qui configureraient leurs fureteurs de manière à désactiver les fichiers témoins¹⁸¹. Les fichiers témoins servaient à diriger les consommateurs vers les pages demandées en fonction de leurs préférences linguistiques. Informée, la compagnie a constaté que c'était un problème informatique qui était à l'origine du problème et elle a pris les mesures nécessaires pour que les visiteurs ayant configuré leurs fureteurs afin de se prémunir des fichiers témoins puissent utiliser le site. De plus, reconnaissant que sa politique de vie privée n'était pas exacte quant à l'utilisation des fichiers témoins, elle a indiqué qu'elle allait en produire une qui serait plus complète.

[102] Les comptes rendus de ces affaires n'étant disponibles que sous une forme caviardée, c'est-à-dire que toutes les informations qui permettraient d'identifier les parties sont supprimées, afin, sans doute, de préserver les droits à la vie privée, et ce bien que cela soit un peu curieux lorsqu'il s'agit d'entreprises, il ne nous est pas possible de vérifier l'application réelle des engagements pris devant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada. Cependant, nous pouvons quand même remarquer que l'intervention du Commissaire semble avoir facilité, voire incité les parties à réagir, si ce n'est promptement, tout au moins diligemment afin de régulariser la situation.

[103] Ainsi, il se dégage de l'analyse jurisprudentielle que les solutions judiciaires ne sont pas celles qui sont le plus souvent utilisées, mais que les internautes préfèrent se tourner vers la médiation ou vers les autres instruments de règlement des différends. Cependant, reconnaissons que, compte tenu du nombre modique d'affaires qui a été porté à la connaissance des autorités administratives, ces systèmes de règlement des différends ne peuvent pas être considérés comme la solution miracle aux plaintes relatives à la « cyberpublicité ».

2. Les facteurs qui fragilisent l'efficacité des recours traditionnels

[104] En effet, certains facteurs fragilisent l'efficacité des recours et n'incitent donc pas les internautes à faire appel aux solutions juridiques traditionnelles, mais plaident plutôt en faveur de solutions alternatives à la résolution des différends. Trois catégories de facteurs peuvent être distingués ; d'abord, les recours traditionnels sont peu appréciés en raison de leurs limites intrinsèques (a), ensuite, ils peuvent être en inadéquation avec la réalité virtuelle (b), et enfin, ils sont organisés en vertu de lois

le plaignant disposait d'une connexion Internet par câble, donc d'une adresse IP permanente. Voir supra note 127.

¹⁸¹ Voir COMMISSAIRE A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, Sommaire du cas LPRPDÉ #162, 16 avril 2003, disponible sur <http://www.canlii.org/ca/jug/cvpc/2003/2003cvpc10049.html>, visité le 27 mars 2004.

territoriales, ce qui pose des problèmes dans un médium international comme Internet (c).

a. Les limites intrinsèques des recours

[105] La principale limite qui caractérise les recours traditionnels est leur lenteur. En effet, la justice a besoin de sérénité et de recul pour apprécier les faits et interpréter les lois. Ainsi, on parle de délais de plusieurs mois entre la date du dépôt de la plainte et celle du jugement. Ainsi, dans l'affaire PVI, l'avis de demande a été déposé le premier mars 2001 et la décision a été rendue le 30 mai 2002, soit plus d'un an après. Similairement, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* prévoit un délai d'un an à partir du dépôt de la plainte pour que le Commissaire rende son rapport¹⁸².

[106] Or sur Internet, il est important de faire cesser les comportements préjudiciables rapidement, compte tenu de la facilité de transmission des information et donc de l'étendue potentielle des dommages, mais aussi parce que la particularité des campagnes publicitaires est d'être limitée dans le temps. Ainsi, il faudrait être en mesure de la faire suspendre dans de brefs délais, car si elle ne dure que trois semaines, par exemple, obtenir un jugement un an après a un intérêt modéré pour les consommateurs floués. Bien sûr, nous l'avons vu, il est possible de demander des injonctions au tribunal afin de faire cesser les messages litigieux pendant la durée des procédures¹⁸³. Mais là nous nous heurtons à une autre problématique.

[107] Les recours traditionnels peuvent aussi rebuter les internautes qui, souvent, répugnent à mettre en œuvre la lourde justice administrative, à devoir prendre conseil auprès d'un avocat éventuellement. De plus, le fardeau de preuve est relativement lourd, surtout lorsqu'il s'agit de prouver l'intention malicieuse ou la négligence d'un annonceur. Or tout ceci a un coût, qui peut paraître disproportionné comparé aux dommages en jeu. En effet, d'après les statistiques, les « cyberconsommateurs » font surtout des petits achats, étant principalement intéressés par les livres, les logiciels, les vêtements et l'équipement informatique¹⁸⁴. De plus, encore une fois, en matière de publicité, les problèmes ne surgissent pas toujours dans un cadre contractuel. Au contraire, le plus généralement des « cyberconsommateurs » ne peuvent qu'agir que sur le plan délictuel, déposant par exemple une plainte pour n'avoir pu acheter le produit au prix annoncé. Enfin, les dommages résultant de l'irrespect des dispositions protectrices des données personnelles sont excessivement difficiles à quantifier. Les sommes en jeu ne sont donc pas importantes, contrairement aux intérêts, et ce simple fait peut décourager de nombreuses personnes à tenter de longs et coûteux procès¹⁸⁵. La question du droit applicable, que nous aborderons plus

¹⁸² Article 13 (1) de la *Loi C-6*.

¹⁸³ Comme il est prévu par exemple, par les dispositions de l'article 74.11 de la *Loi sur la concurrence*.

¹⁸⁴ Voir le sondage LEGER MARKETING, « Canadian Internet Users and Their Usage Habits in E-commerce », 19 août 2002, disponible sur <http://www.legermarketing.com/documents/spclm/020819eng.pdf>, visité le 4 avril 2004. Ce même sondage précise que la majorité des internautes dépense un maximum de 200 dollars sur une période de quatre semaines. Ceci nous donne bien une idée du faible montant des transactions en ligne. Ce qui fait la force du commerce électronique n'est alors pas la valeur de ces transactions, mais bien leur nombre, sans cesse grandissant dans un marché mondial.

¹⁸⁵ Voir E. BLANKENBURG, *loc. cit.* note 10, p 59, qui explique que : « le fait de ne pas concrétiser la revendication de ses droits par le recours aux institutions juridiques peut constituer un choix rationnel, étant donné le coût de cette démarche et termes de temps et d'argent et étant donné le coût de la

loin, vient elle aussi compliquer la donne. Il nous semble donc que l'efficacité des recours classiques, c'est-à-dire le rapport coûts-résultats obtenus, laisse un peu à désirer.

[108] Ceci encourage certainement le dépôt des plaintes auprès des autorités administratives qui prennent alors le contrôle des poursuites et qui simplifient alors les procédures pour les individus, et diminue d'autant l'investissement financier qu'ils doivent y consacrer. Mais même cette solution a des défauts. En effet, les individus perdent alors tout contrôle sur le déroulement des procédures, quant à l'attitude agressive à adopter ou non par exemple, voire même sur leur existence. Ainsi, la Commission d'accès à l'information peut encourager les parties à s'entendre à l'aide de la médiation avant d'examiner l'affaire¹⁸⁶, le Commissaire à la protection de la vie privée peut décider de ne pas rendre de rapport (et ainsi de ne pas permettre le recours devant la Cour fédérale) s'il est convaincu que d'autres moyens seraient plus appropriés pour régler la plainte¹⁸⁷, et le Bureau de la concurrence peut choisir de poursuivre les contrevenants au civil ou au pénal. Notons aussi que chacune de ces autorités est chargée de ne faire respecter qu'une seule loi, et que des poursuites se basant sur plusieurs moyens, pour des infractions en matière de vie privée et en matière de publicité trompeuse¹⁸⁸ ne sont donc pas envisageables, mais qu'il faudrait alors choisir le moyen de droit qui aurait le plus de chance de rencontrer des résultats. Enfin, les fonds dont dispose l'Office de la protection des consommateurs sont forts limités, ne jouissant pas d'une très grande priorité en termes de ressources budgétaires au Québec, et l'OPC pourrait également ne pas être en mesure de traiter une plainte rapidement, si elle ne correspond pas aux priorités préalablement fixées¹⁸⁹.

[109] Enfin, pour pouvoir déposer une plainte contre une entreprise qui ne respecterait pas les droits des « cyberconsommateurs », il faut pouvoir identifier l'auteur des infractions. Or ceci peut se révéler délicat sur Internet. En effet, les sociétés peuvent être fictives, voire situées dans un autre pays et ne pas afficher leurs coordonnées sur leur site. S'agissant des pop-ups ou de toute autre forme de publicité gérée par une régie publicitaire externe, les choses sont déjà plus compliquées, puisqu'elles ne signent pas toujours leurs communications. Bien sûr, il est toujours possible de chercher parmi les fichiers témoins qui sont installés sur notre disque dur celui qui aurait été placé là par une régie en ligne, mais les chances sont grandes que nous en ayons un très grand nombre et qu'il ne soit pas possible d'identifier celui qui a permis l'affichage de la publicité litigieuse. Ensuite, identifier l'auteur d'un pourriel est une entreprise bien compliquée puisque trente-trois pour cent contiennent de fausses indications dans la

régulation des rapports interpersonnels par les moyens de règlement formels et avec l'aide de médiateurs extérieurs ».

¹⁸⁶ Article 48 de la Loi québécoise.

¹⁸⁷ Article 13 (1) de la Loi C-6.

¹⁸⁸ Par exemple moult pourriels de type « spam nigérien » où un directeur de banque se propose de partager avec vous des sommes non réclamées dans des comptes (voir annexe 1) caractérisent à la fois des violations des droits à la vie privée -comment se sont-ils procurés notre adresse ?, et des violations des lois en matière de protection des consommateurs -ces annonces contiennent des affirmations mensongères et trompeuses, bref, ce sont manifestement des arnaques. Pourtant il semble que certains consommateurs s'y laissent prendre malgré tout, voir le reportage de La facture, émission 240 du 25 février 2003 « Une arnaque de 25 000\$ », disponible sur <http://radio-canada.ca/actualite/lafacture/>, visité le 27 mars 2004, voir aussi la mise en garde de la GRC « Lettres frauduleuses provenant du Nigeria », disponible sur http://www.rcmp-grc.gc.ca/scams/nigerian_f.htm, visité le 27 mars 2004.

¹⁸⁹ André ALLARD, avocat, Office de la protection du consommateur du Québec, dans un entretien téléphonique mars 2004.

ligne « De » ou « *from* »¹⁹⁰, que les adresses émettrices de pourriel sont souvent temporaires et que souvent, il n'est pas possible d'y répondre pour joindre une personne physique¹⁹¹. Enfin, s'agissant de la transmission de données personnelles sans le consentement des personnes intéressées, cette infraction est elle aussi très difficile à constater, si ce n'est que justement à cause de la réception de pourriel. La nature de l'information personnelle, intangible, numérique, facilement et furtivement transmissible et surtout le fait que de la transmettre à une personne ne signifie pas que l'on en soit dépossédé, sont à l'origine de cette difficulté à retracer la violation des droits. Ainsi, l'efficacité des recours, basés sur une procédure classique opposant un défendeur et un demandeur, est sérieusement affaiblie puisque la saisine des autorités compétentes est rendue excessivement ardue à cause des difficultés inhérentes à la localisation de l'auteur d'une infraction. Or l'efficacité est une composante de l'effectivité, en ce qu'elle évalue l'adéquation des effets réels aux effets attendus. En influant sur l'efficacité des recours, ces facteurs vont donc aussi avoir un impact sur leur effectivité. Mais ils ne sont pas les seuls.

b. L'inadéquation à la réalité virtuelle

[110] Les recours que nous avons présentés ont été, dans leur grande majorité¹⁹², organisés par des lois antérieures à Internet. Or bien que ces textes s'appliquent à Internet, il n'en reste pas moins qu'ils n'ont pas été élaborés dans l'optique d'encadrer ce moyen de communication si différent des autres.

[111] Or la manière de diffuser une publicité ou tout autre message a une influence profonde sur sa portée. En effet, pour reprendre une célèbre maxime, « the medium is the message »¹⁹³. Ainsi, d'après Marshall McLuhan, « en réalité et en pratique, le vrai message c'est le médium lui-même »¹⁹⁴. Ainsi, « le "message" d'un médium ou d'une technologie, c'est le changement d'échelle, de rythme ou de modèles qu'il provoque dans les relations humaines »¹⁹⁵. Et en effet, on peut constater que la diffusion d'une annonce sur Internet diffère sensiblement de sa publication dans la presse et de sa diffusion à la télévision notamment à cause de l'interactivité qui y est possible, voire même à cause de son potentiel intrusif¹⁹⁶.

[112] Ainsi, l'encadrement juridique de la publicité en ligne ne peut se satisfaire des dispositions encadrant la communication commerciale traditionnelle. Bien sûr, ces dernières sont un préalable, ou plutôt un minimum nécessaire afin de protéger

¹⁹⁰ Voir FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Measures False Claims Inherent in Random Spam », 29 avril 2003, disponible sur <http://www.ftc.gov/opq/2003/04/spamrpt.htm>, visité le 4 avril 2004.

¹⁹¹ Voir Florence SANTROT, « Sur la trace d'un spam : « vends adresses d'email de Français pour \$39... » », Journal du Net, 31 janvier 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0301/030131spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

¹⁹² En effet, à l'exception de la Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques, toutes les autres lois ont été prévues afin d'encadrer des situations litigieuses classiques, dans les médias traditionnels.

¹⁹³ Marshall MCLUHAN. : Pour comprendre les médias : les prolongements technologiques de l'homme, traduit de l'anglais par Jean Paré, Montréal, Éd. Hurtubise HMH, 1972, p24.

¹⁹⁴ Id., p 23.

¹⁹⁵ Id., p 41.

¹⁹⁶ Voir aussi Heidi KITROSSER, « From Marshall McLuhan to anthropomorphic cows: communicative manner and the first amendment », 96 Northwestern University Law Review, 1339, été 2002, pour une analyse de l'influence du médium sur la liberté d'expression aux USA. Voir également Ian MACNEIL, The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations, Yale University Press, 1981.

les internautes. Cependant, les effets étant fonction du médium, les rapports entre les annonceurs en ligne et les « cyberconsommateurs » ne sont pas les mêmes que ceux qui existent dans le marché traditionnel, et en conséquence, assurer un équilibre entre les droits des différents acteurs ne peut se faire à l'aide des mêmes dispositions. Les théories de McLuhan nous amènent donc à désapprouver le principe de neutralité technologique, qui est, rappelons-le, le principe selon lequel la rédaction d'un texte législatif qui ne distingue pas les différents supports où elle a vocation à s'appliquer afin de pouvoir être utilisée sur les nouveaux médiums qui pourraient se développer¹⁹⁷.

[113] La première raison à cela est que la réglementation de la publicité en ligne ne vise que le contenu du message publicitaire. Elle ne permet pas, par exemple, de prendre en considération le changement dans les rapports entre les annonceurs et les « cyberconsommateurs ». Ce changement est principalement causé par l'abolition des distances et l'instantanéité des communications. L'internaute n'a plus les mêmes possibilités pour prendre du recul et analyser, comparer les offres qui lui sont faites. Le lien hypertexte contenu dans la publicité va l'amener directement sur le site commerçant, et les annonceurs espèrent ainsi encourager les achats impulsifs. Les techniques de vente sont puissantes, et le processus d'achat est très facile, peut être parfois trop.

[114] De plus, la limite entre la publicité et l'offre d'achat a subi de profondes mutations, elle est aujourd'hui très mince. En effet, traditionnellement, un consommateur recevait de la publicité, prenait la décision d'acheter et soit, il se déplaçait pour le faire, soit, il téléphonait, mais il devait changer de médium pour ce faire. Ce changement facilitait certainement la prise de conscience de l'acte d'achat. Ensuite, avec le développement du télémarketing, l'offre et l'acte d'achat qui peut suivre, se font lors du même appel téléphonique, ce qui a motivé une intervention législative afin de protéger les consommateurs¹⁹⁸. Ainsi, la technologie numérique a « l'inconvénient de faciliter la fraude et les pratiques déloyales », à cause de « la facilité d'accès et du faible coût initial »¹⁹⁹ ; elle « ouvre d'autres voies aux pratiques déloyales » et « la victime ne jouit plus de la protection inhérente au temps et à la distance »²⁰⁰ de sorte que « l'escroquerie peut donc être commise beaucoup plus rapidement ». Il serait alors logique que la loi vienne encadrer spécifiquement les annonces sur Internet.

[115] De plus, la doctrine²⁰¹ s'est interrogée sur la manière de différencier une annonce commerciale sur Internet d'une offre de contracter. L'article 1388 du Code civil du Québec définit cette notion comme « la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». On peut déduire de cette définition que la page d'un site qui propose à la vente des produits en indiquant son prix et ses caractéristiques constitue

¹⁹⁷ Voir aussi en ce sens, Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *C.P.I.* 61-130, qui considère que « le concept de neutralité technologique est donc une fiction, un dogme... », « une fiction qui selon nous n'aurait dû être utilisée qu'en dernier recours », p109-110.

¹⁹⁸ Voir l'article 52.1 de la Loi sur la concurrence.

¹⁹⁹ Rachel LARABIE-LESIEUR, « Publicité trompeuse sur Internet : Application du droit de la concurrence au marché électronique », Bureau de la concurrence, 19 septembre 1996, disponible sur <http://www.bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01505f.html>, visité le 4 avril 2004, p4.

²⁰⁰ Id., p5.

²⁰¹ Voir Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYKHELF et Sophie HEIN, Droit du cyberspace, Ed. Thémis, Montréal, 1997, p 18-38.

une offre de contracter. Or, cette même page constitue aussi un moyen de promouvoir lesdits produits. De même, un bandeau publicitaire qui contient lui aussi les informations pertinentes sur les services dont il fait la promotion et dont le lien hypertexte mène directement vers la page où il est possible d'acheter les services, ne pourrait-il pas constituer une offre de contracter ? Ainsi, sur Internet la publicité et les relations précontractuelles sont intimement entrelacées, rendant difficile leur individualisation.

[116] Autre difficulté que rencontrent les « cyberconsommateurs » ; l'identification des auteurs des infractions. Nous avons déjà évoqué la question, nous ne la développerons donc pas plus. Mais elle est représentative des nouvelles problématiques auxquelles les internautes doivent faire face.

[117] En outre, si le contenu des annonces est encadré, certains annonceurs bénéficient du vide juridique concernant quelques comportements générateurs de nuisances. D'abord, l'envoi massif de courriels commerciaux non sollicités n'est pas visé par la législation québécoise ou canadienne²⁰². Quelques recours seraient envisageables si le pourriel contenait des indications fausses ou trompeuses, ou si l'adresse de courriel avait été obtenue par des moyens contraires aux principes contenus dans les lois fédérales et provinciales sur la protection des données personnelles. Cependant, ces recours sont des moyens détournés pour contrer le pourriel, mais qui sont juridiquement acceptables si l'on considère que le pourriel est aussi un moyen de jouir de son droit à la liberté d'expression. En outre, sur un médium dématérialisé comme Internet, où la simple mention de l'adresse de courriel ne permet pas d'identifier si son détenteur est un enfant, la prolifération du pourriel de nature pornographique est un problème qui mériterait peut-être un encadrement spécifique de cette forme d'expression, dans le respect des droits garantis par la Charte québécoise.

[118] Ensuite, certaines publicités ont recours à des procédés sournois qui n'ont pas d'équivalent dans les médias traditionnels, et dont la légalité ne peut être examinée au regard de dispositions législatives. En effet, aucun texte n'encadre aujourd'hui des procédés tels que la désactivation des flèches « page précédente » sur nos fureteurs par des sites désireux de garder captifs leurs visiteurs, ce qui a pour conséquence que l'internaute est gêné dans sa navigation, puisqu'il doit faire afficher la liste des pages précédemment consultées afin de choisir celle sur laquelle il veut retourner. Rien n'est plus prévu quant à la prolifération excessive, voire abusive, de fenêtres pop-up ou pop-under, qui gênent la navigation et utilisent inutilement les ressources de nos ordinateurs. Ne parlons pas non plus de certaines publicités ou de quelques sites qui changent arbitrairement les pages de démarrage telles qu'elles avaient été configurées dans les fureteurs par les utilisateurs...

[119] Les recours juridiques ne sont donc pas vraiment adéquats pour traiter des problèmes spécifiques à Internet, les lois ne leur donnant pas les moyens de les appréhender. Cela a par conséquent un impact sur leur effectivité. Mais s'agissant des lois, leurs caractéristiques profondes ont une influence sur les effets des recours.

²⁰² En revanche, de plus en plus d'états américains adoptent des mesures législatives pour lutter contre ce fléau. Pour un aperçu des législations disponibles aux USA et de l'abondante jurisprudence qui s'y développe, voir le site de David E. SORKIN, disponible sur <http://www.spamlaws.com/us.html>, visité le 4 avril 2004. La situation américaine est donc bien différente de celle qui règne au Canada. Nous regrettons qu'elle sorte de notre sujet et que nous ne puissions l'aborder ici.

c. La territorialité des recours

[120] Il nous faut ajouter à propos de ces recours juridiques, une précision fondamentale. Ils sont à la disposition des consommateurs québécois voire canadiens, et ils se basent sur des législations qui imposent des obligations aux entreprises québécoises ou canadiennes. Or, Internet est un médium international, et les internautes québécois ne vont pas limiter leurs visites à des sites maintenus par des entreprises situées dans leur province ! Et ce, surtout lorsque l'on sait que plus de la moitié du contenu disponible sur Internet provient des Etats-Unis, pays qui entretient d'anciennes et fructueuses relations commerciales et culturelles avec le Canada ! Or à une exception près, les recours que nous avons mentionnés ne sont pas applicables pour régler des plaintes contre une entreprise dont le siège social ne serait pas situé au Québec ou au Canada.

[121] En effet, seuls les recours basés sur la *Loi sur la protection du consommateur* seraient utilisables dans une procédure contre une entreprise qui ne serait pas située au Québec, et ce grâce à une disposition spécifique de ce texte provincial. En effet, l'article 21 de cette loi dispose que « le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur ». Or un contrat à distance se définit comme « un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont en présence l'un de l'autre ni lors de l'offre, qui s'adresse à un ou à plusieurs consommateurs, ni lors de l'acceptation... »²⁰³. On peut donc considérer qu'un contrat conclu sur Internet remplit ces conditions. Or le lieu de formation d'un contrat est un des critères utilisés par le juge afin de déterminer la loi applicable²⁰⁴, et ces dispositions reviendraient donc à assujettir à la loi québécoise tous les contrats passés sur Internet par un consommateur québécois. Cependant, ces dispositions ne constituent pas une panacée en matière de protection du consommateur. En effet, même si la loi du consommateur est applicable, il reste qu'il faudra à que dernier fasse reconnaître son jugement dans le pays où l'entreprise a son siège social. Or la procédure d'exequatur est compliquée et coûteuse, ce qui nous ramène aux critiques initialement évoquées contre les recours traditionnels. On peut en conclure que les internautes québécois ne disposent pas en pratique des même recours et donc des même droits suivant la nationalité des sites qu'ils visitent, et ce alors que la notion même de frontière n'a pas de sens sur Internet.

[122] Si cette dernière remarque est non seulement regrettable pour les consommateurs, mais aussi plutôt absurde pour un membre du « village global », qui lui a une situation géographique et une nationalité fixe, il n'en demeure pas moins qu'elle est parfaitement justifiable.

[123] En effet, les lois (et les recours qu'elles organisent sont frappés des mêmes caractéristiques) sont l'expression du pouvoir souverain d'un état. Ce pouvoir est par définition, territorial et l'expression de la volonté d'un peuple. Les procédures démocratiques d'élaboration des normes sont les bases de la légitimité des lois²⁰⁵. Et

²⁰³ Article 20 de la *LPC*.

²⁰⁴ Voir en ce sens, V. GAUTRAIS, *loc. cit.* note 71 p 285 et s. et qui rappelle aussi les dispositions similaires de l'article 3117 du *Code civil du Québec* en matière de contrat de consommation.

²⁰⁵ Voir en ce sens, Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, développé dans Benoît FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation du Roi Baudouin, Bruxelles, 1998, et dans A. Michael FROOMKIN, « Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », *Harvard Law Review*, vol. 116, n°3, janvier 2003.

ainsi la participation des citoyens dans le processus d'élaboration des lois est nécessaire à leur légitimité. En effet,

« on estime que si l'écart entre la législation et le public devient trop grand, les gens cesseront de respecter la loi, en partie parce qu'ils auront perdu confiance et respect envers ses agents, et en partie parce qu'il est trop difficile de suivre des lois qu'on ne comprend ni n'approuve... »²⁰⁶.

Ainsi, la légitimité d'une loi, et donc celle du discours politique qui l'accompagne, sont des conditions nécessaires à son respect par la population. En conséquence, la légitimité est une condition de l'effectivité.

[124] Or, si une loi élaborée dans un cadre national, on peut s'attendre à ce qu'elle soit efficace et donc effective dans ce cadre national. En revanche, dans l'hypothèse d'un médium international, fréquenté par des internautes de multiples origines géographiques et ignorant le concept de frontière, une loi étatique manquera d'effectivité, puisque, sourde au discours social virtuel, la discussion démocratique n'ayant pas eu lieu, elle souffrira d'un défaut de légitimité.

[125] À titre d'exemple, la Directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données²⁰⁷, prône une approche internationale de la problématique de la gestion des données personnelles, voulant garantir les droits des européens auprès des entreprises situées hors de l'Union européenne. Pour ce faire, l'article 25 (1) prévoit que

« le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat »²⁰⁸.

Les articles 25 (5) et (6) viennent alors encourager les pays tiers ne disposant pas d'un niveau de protection adéquat à engager des discussions avec la Commission en vue d'arriver à un accord. Ce sont sur ces bases que se sont appuyées les négociations du *Safe Harbor*. Or cet accord a été fortement critiqué aux Etats-Unis, certains considérant que

²⁰⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport sur la décriminalisation, Strasbourg, 1980, pp 99-130, cité dans P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », op.cit. note 25, p 111.

²⁰⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23 novembre 1995, p. 0031 – 0050, ci après « la Directive de 1995 »

²⁰⁸ Notons que le niveau de protection des renseignements personnels assuré par le droit canadien a été considéré comme « adéquat » par la Commission Européenne, par sa décision du 20 décembre 2001, C (2001) 4539, Journal Officiel n° L 002 du 04/01/2002 p. 0013 - 0016 disponible sur http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=32002D0002&model=guichett, visité le 20 mars 2004.

« a unilateral decision by a small group of countries is not the most effective way to create a widely accepted standard »²⁰⁹. De plus, « perhaps most troubling to U.S. companies on a global level is the fact that compliance with the Directive requires changes in the way they do business [...] thus it is likely that compliance with the Directive will create the impression that the EU is dictating to Americans how they should run their companies »²¹⁰.

Si l'on ajoute à cela que des critiques se sont levées aussi du côté européen, considérant que trop de compromis avaient été réalisés et que les droits des citoyens du vieux continent n'étaient pas garantis²¹¹, alors nous ne pouvons que constater que cette tentative de régler internationalement par une entité territoriale est loin de soulever l'unanimité et de rencontrer les résultats espérés. Et ceci s'explique notamment par le déficit de légitimité de la *Directive de 1995* aux Etats-Unis.

[126] Les recours disponibles au « cyberconsommateur » québécois peuvent être légitimement utilisés pour traiter des plaintes contre des entreprises canadiennes ou québécoises. Mais même s'ils étaient applicables dans des situations faisant intervenir des sociétés étrangères, ils souffriraient d'un déficit de légitimité, donc d'effectivité. En conclusion, le fait que l'internaute québécois ne puisse les utiliser dans ces situations, n'est pas, dans les faits, une aberration juridique. Par contre, ceci est très représentatif de l'inadéquation des lois et des recours traditionnels à la réalité d'Internet.

[127] Confrontés aux difficultés soulevées par Internet, les législateurs ont adoptés plusieurs attitudes, qui coïncident avec la dichotomie développée par Vittorio Villa²¹², qu'il convient de présenter maintenant. D'après cet auteur italien, le droit peut d'abord être constructiviste, c'est-à-dire qu'il s'agit d'appliquer les théories et les fictions juridiques préexistantes à des situations nouvelles. Le terme constructiviste réfère au fait que ces constructions juridiques représentent le progrès de la connaissance, obtenu par « accumulation progressive de [ce] savoir ponctuel »²¹³, qui débouche ainsi sur la création d'une réalité empirique. Cette dernière est souveraine et s'impose à la réalité factuelle, puisque les théories juridiques seront développées, étirées, voire déformées ou dénaturées pour faire face à des conjonctures et à des problèmes inédits, et ce, afin de prétexter une évidente continuité juridique. Un exemple

²⁰⁹ Julia M. FROMHOLZ, « Berkeley Technology Law Journal Annual Review of Law and Technology: VI. Foreign & International Law. The European Union Data Privacy Directive », 15 *Berkeley Tech. L.J.* 461, 2000.

²¹⁰ Voir Barbara CRUTCHFIELD GEORGE, Patricia LYNCH et Susan F. MARSNIK, « U.S. Multinational Employers: Navigating through the “Safe Harbor” Principles to comply with the EU Data Privacy Directive », 38 *Am. Bus. L.J.* 73, été 2001.

²¹¹ Voir par exemple, Franklin DEHOUSSE, « Synthèse des contributions internationales » in Charlotte VIER (dir.), *L'Internet et le droit : droit français, européen et comparé de l'Internet : actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Légipresse, Victoires-Éditions, 2001, où il explique qu'« on peut se demander à cet égard [de la question des données] si l'accord de compromis qui est intervenu entre les États-Unis et l'Europe ne constitue pas une forme de capitulation de la vision européenne sur la vision américaine. A titre tout à fait personnel, c'est alors avec étonnement que j'ai remarqué que les dispositions de la *Directive de 1995* semblent avoir été pour le moins mises à mal [...] ». Voir aussi l'article très critique de Joel R. REIDENBERG, « E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy », 38 *Houston Law Review* 717, automne 2001.

²¹² Vittorio VILLA, *La science du droit*, traduit par Odile et Patrick Nerhot, LGDJ, Paris, 1990.

²¹³ *Id.*, p 116.

est nécessaire afin d'expliciter cette première option législative qui est relativement compliquée.

[128] Par exemple, l'attitude des différents législateurs concernant les lois sur le droit d'auteur peut certainement être qualifiée de constructiviste. En effet, le cyberspace n'est pas un lieu d'expression approprié pour le droit d'auteur. Il a été développé à l'origine autour d'une architecture qui reflétait les convictions idéalistes de ses fondateurs²¹⁴, où tout serait gratuit et où la récompense des auteurs qui publieraient sur le réseau serait la fierté personnelle d'avoir contribué à l'expansion de la connaissance commune, universelle²¹⁵. Ainsi, la numérisation des documents, leur facile dissémination ainsi que le (relatif) anonymat qui définissent l'Internet, rendent non seulement inefficaces, mais aussi peu appropriées, puisque contraires à la philosophie cybernétique, les lois étatiques sur le droit d'auteur. Malgré tout, les législateurs essaient d'imposer ces dispositions et principes en transposant par exemple, les Traités de l'OMPI de 1996²¹⁶, qui encouragent l'utilisation de mesures techniques de protection des œuvres en criminalisant leur contournement. Ceci a pour conséquence de donner aux auteurs des droits exorbitants comparés à ceux qu'ils détiennent dans « le monde réel », notamment quant aux exceptions du droit d'auteur, qui trouvent difficilement leur place dans les mécanismes techniques de protection des œuvres, moins subtils que la théorie juridique.

[129] On peut ainsi se demander si cette approche est adaptée pour régler des difficultés soulevées par Internet. En effet, les résultats qu'elle engendre ne sont pas entièrement satisfaisants. De plus, on peut considérer que cette attitude reflète un immobilisme juridique, puisque les législateurs consacrent tous leurs efforts à essayer de préserver une situation législative et factuelle qui n'est pas transposable dans le cyberspace.

[130] L'autre approche, selon Vittorio Villa, est celle du descriptivisme, « thèse qui représente la connaissance scientifique comme un rapport direct et non ambigu entre théorie et faits »²¹⁷. Elle prône donc le contact du droit avec la réalité telle qu'elle évolue. En conséquence, le droit devrait s'adapter pour prendre en considération les nouvelles spécificités d'Internet. Et c'est ainsi que le Québec a adopté la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²¹⁸ où les règles de preuve (certification, signature électronique) sont redéfinies afin de les adapter à la réalité virtuelle. Cette seconde solution est susceptible de donner des résultats plus probants que l'approche constructiviste car elle ne va pas à l'encontre des spécificités du cyberspace.

²¹⁴ D'après Laurence Lessig, « *code is law* », c'est à dire l'architecture du réseau est normative. Voir en ce sens Laurence LESSIG, *Code and other laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p74 et s..

²¹⁵ Voir en ce sens Dan L. BURK, « Cyberlaw and the Norms of Science », 1999 *B.C. Intell. Prop. & Tech. F.* 060502, disponible sur http://infoeagle.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/commentary/content/burk.html, visité le 17 mars 2003.

²¹⁶ *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, disponible sur : <http://clea.wipo.int/PDFFILES/French/WO/WO034FR.PDF>, visité le 4 avril 2004, et traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, disponible sur <http://clea.wipo.int/PDFFILES/French/WO/WO033FR.PDF>, visité le 4 avril 2004.

²¹⁷ V. VILLA, *op.cit.* note 212, p 118.

²¹⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32, dite « Loi 161 », disponible sur <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/c-1.1/index.html>, visité le 4 avril 2004.

[131] Cependant, pour conclure sa distinction, Vittorio Villa remarque que ces deux approches ne sont peut-être pas si différentes, puisque « l'acte d'observation renferme des processus interprétatifs qui présupposent la présence de théories en mesure d'attribuer un sens particulier à ces perceptions »²¹⁹. Ainsi, les faits et la réalité sont toujours interprétés, puisqu'ils sont vus à travers le prisme du juriste, membre et acteur d'un système de droit. Ainsi, « on peut même dire que c'est tout le contexte du système juridique en vigueur qui joue le rôle de schéma de sélection et de qualification de ces faits »²²⁰. Or la volonté du législateur québécois lors de l'adoption de la Loi 161 n'était-elle pas en fait, de créer des règles de preuve pour le cyberspace afin de permettre et faciliter la transposition des activités et des principes juridique vers le milieu numérique ? L'objectif était donc le même que celui qui est poursuivi par l'approche constructiviste : la continuité du droit.

[132] Il n'existe donc pas de solution évidente et parfaite quant à l'approche législative à adopter face à Internet. Peut-être cela tient-il du fait que la loi n'est pas le véhicule normatif le plus approprié pour encadrer le cyberspace. En effet, ce nouveau médium, qui se caractérise par un important potentiel de mutation des rationalités va influencer sur les rapports sociaux. Pierre Trudel constate ainsi que « les modes d'intervention ainsi que les techniques d'énonciation du droit connaissent des mutations »²²¹, ce qui nous amène à envisager une approche régulatrice différente, et par conséquent des recours d'une toute autre nature pour les « cyberconsommateurs ».

[133] Ceci nous amène à une autre réflexion. Les recours traditionnels sont peu efficaces, et leur légitimité sur Internet est remise en question, et en conséquence, les internautes les négligent pour se tourner vers de nouvelles formes de règlement des différends. Ceci ne pourrait-il pas être considéré comme un effet des recours, conséquence de leur inadéquation à un médium qui a vocation à opérer de profondes mutations sur les rationalités du droit ? En d'autres termes, ne pourrait-on pas considérer que le développement des normes et des solutions techniques est un élément de l'effectivité des recours traditionnels et des lois qui les organisent ? Il s'agirait alors d'effets, involontaires, voire accidentels et certainement sociaux ou culturels, en ce qu'ils entraînent de profondes modifications des pratiques juridiques et des mentalités. Nous pouvons en l'espèce identifier un lien de causalité entre l'inefficacité et l'inadéquation des recours et le développement des modes de règlements alternatifs des différends. De plus, si ces derniers permettent d'atteindre les objectifs des premiers²²², c'est-à-dire de garantir un meilleur équilibre dans les relations entre les internautes et les marchands en ligne, il semblerait donc que nous pouvons considérer que le développement des modes alternatifs de règlement des différends et des solutions techniques est une conséquence de l'inefficacité, c'est-à-dire de l'effectivité des recours traditionnels.

²¹⁹ V. VILLA, *op.cit.* note 212, p 149. Voir aussi en ce sens Peter BLUME, « The Shaping Shape of Legal Sources », in Peter SEIPEL (dir.) *From Data Protection to Knowledge Machines*, coll. Computer Law Series, Deventer, Boston, Kluwer, 1990, p167, p 171 selon lequel « It is possible to construct a meaningful theory on legal sources and that this theory combines a descriptive and normative perspective », cité dans Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2001, p 56.

²²⁰ *Id.*, p 194.

²²¹ Pierre TRUDEL, « Les mutations du droit à l'âge numérique », *Droit & Toile*, Vol.1, juillet-octobre 2002, disponible sur <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>, visité le 3 mars 2004.

²²² Voir V. DEMERS, *op.cit.* note 16.

[134] Aussi inattendue que peut être cette conclusion, nous estimons qu'elle peut se justifier par le besoin de sécurité juridique des internautes et des entreprises, qui étant les acteurs sur Internet, disposent de moyens plus souples et plus universels que les processus d'élaboration des lois pour créer des normes et ainsi organiser les rapports sociaux sur Internet.

[135] Il nous faut maintenant étudier des normes et ces nouveaux modes de règlement de différends et évaluer leur effectivité, afin que notre panorama des recours disponibles aux internautes en matière de « cyberpublicité » soit complet.

Partie II. Vers d'autres solutions ?

[136] L'expression « communauté des internautes » fait référence à l'ensemble des personnes qui naviguent sur le web, qui achètent en ligne, qui y interagissent et qui y diffusent des informations. Nous avons vu que cette communauté était très hétéroclite. Cependant, cette multitude de cultures ne fait pas obstacle au sentiment communément partagé d'appartenir à un groupe ; d'être un internaute. Or, toute communauté même virtuelle, développe des usages et des pratiques qui lui sont propres. En effet, c'est le propre de la société de générer des normes de comportement. L'homme est un animal politique²²³, la virtualité des communications ne change pas cette caractéristique profonde, et surtout ne fait pas diminuer le besoin de règles. En effet, ces dernières permettent d'anticiper certains comportements et ainsi de créer une certaine sécurité dans les rapports sociaux. Les entreprises en ont autant besoin que les internautes. Il s'agit pour elles de générer la confiance des internautes, confiance qui est fondamentale pour le développement du commerce électronique²²⁴.

[137] Il nous faut expliquer cette affirmation, dans un monde où les interactions sont pour le moins déshumanisées, à distance, par écrans interposés, résultant d'impulsions électriques et personnalisées à l'aide de logiciels qui analysent des données collectées, et ce, pas toujours ouvertement. Pourquoi donc, dans un tel monde informatique et moderne, les relations et le commerce sont-ils tellement dépendants d'un sentiment fondamentalement humain, et étudié depuis quelques centaines d'années²²⁵ ?

[138] Comme premier élément de réponse nous pouvons d'abord constater que la technicité des moyens de communication ne change pas l'essence même des relations humaines. Au contraire, l'absence de contact interpersonnel direct qui permet traditionnellement d'établir des rapports sociaux, complique les relations entre les internautes et les « cybercommerçants », les premiers comme les derniers ne sachant pas à qui ils ont à faire, et se méfiant des moyens de transmission de l'information qui ne paraissent pas suffisamment fiables. Comme l'explique Jean-Marie Thiveaud,

« la technique ne joue pas avec la confiance et tend à la dissoudre » car « un support technique reste un média sujet à la méfiance, a fortiori dès lors que le progrès technologique autorise tous les trucages possibles »²²⁶.

²²³ ARISTOTE, « La Politique », livre I, chap. 2, in ARISTOTE, *Morale et Politique*, trad. Thurot, Paris, 1881.

²²⁴ Voir Antony FERRARO, « Electronic Commerce : The Issues and Challenges to Creating Trust and a Positive Image in Consumer Sales on the World Wide Web », *First Monday*, disponible sur <http://www.firstmonday.dk/issues/issue3-6/ferraro/index.html>, 4 avril 2004. Il y explique que « for e-commerce to flourish and reach its full potential, the same level of trust in the real world must be developed, so that consumers, merchants and banks will have faith in the new system », Jean-Michel SERVET, « Paroles données : le lien de confiance », in *Revue du MAUSS semestrielle* « A qui se fier ? Confiance, interaction et théorie des jeux » n°4, second trimestre 1994, p 38, selon lequel « La confiance apparaît comme un ressort essentiel des actions humaines ».

²²⁵ Montesquieu, par exemple, dans *L'esprit des lois* ou Hume, cités dans Monique CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 3e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2001.

²²⁶ Jean-Marie THIVEAUD, « Des formes complexes de la confiance. Confiance, alliance, pacte, serment, etc... », in Philippe BERNOUX et Jean-Michel SERVET (dir), *La construction sociale de la confiance*, Montchrétien, Collection Finance et Société, Paris, 1997, p 9.

[139] De plus, pour reprendre la théorie de MacLuhan, si l'on considère que « le message c'est le médium », alors les annonces publicitaires sur Internet souffrent de par leur nature, d'un déficit de crédibilité. Des techniques ont été développées pour s'assurer de l'identité des personnes et entreprises avec lesquelles les internautes interagissent, comme la signature électronique, mais elles restent peu utilisées car elles ne sont pas toujours très simples à utiliser et parce que, encore une fois, en tant que solutions technologiques, elles ne sont pas en mesure de générer la confiance. Or, d'après Joël R Reidenberg, « trust and confidence online will not be able without data protection »²²⁷. Il nous apparaît évident que la question de la protection des données personnelles est fondamentale, mais nous estimons que la problématique de la confiance sur Internet est plus large que celle de la vie privée et qu'elle devrait bénéficier d'une approche plus globale du comportement des entreprises en ligne. En effet, un internaute ne serait pas satisfait si une entreprise lui garantissait qu'elle respectait sa vie privée, mais qu'elle ne livrait pas les biens qu'il aurait commandés. Et inversement, ce même internaute serait fort mécontent si un autre marchand en ligne organisait des procédures très fiables pour la livraison de ses produits et un service après vente impeccable, mais vendait ses données personnelles sans son consentement à une entreprise tierce qui inonderait sa boîte aux lettres électroniques de courriels non sollicités.

[140] La question qui se pose alors est celle de savoir comment créer la confiance. Selon Jean-Michel Servet les éléments constitutifs de la confiance sont au nombre de trois²²⁸.

[141] En premier lieu, c'est la mémoire individuelle ou collective, qui est l'élément fondamental. Entretenir des relations régulières et satisfaisantes avec une entreprise crée des habitudes qui génèrent la confiance entre les deux parties. Internet, réseau de mémoires interconnectées, paraît alors a priori, comme un média idéal pour la confiance, où les internautes peuvent reporter dans des forums par exemples, leurs expériences positives ou négatives avec les commerçants. Mais les choses ne sont pas si simples. Un « cyberconsommateur » ira rarement raconter ses expériences positives en ligne, mais il est probable qu'il sera plus sujet à communiquer ses expériences si elles ont été mauvaises. Les récits que l'on pourra trouver sur ce genre de sites seront donc souvent négatifs, et a contrario, on peut présumer que si l'on ne lit pas d'histoires d'horreurs sur une entreprise en ligne active depuis quelques temps, c'est qu'il s'agit peut-être d'un site sérieux dans lequel on peut avoir confiance.

[142] Le second élément constitutif de la confiance réside dans la bonne foi. La bonne foi règne lorsque les règles sont légitimes, lorsque les acteurs croient dans les sanctions et qu'ils partagent un certain degré de savoir et d'information, c'est-à-dire que les relations sont empreintes de transparence. En pratique, cela signifie par exemple que les administrateurs d'un site peuvent être présumés agir de bonne foi lorsqu'ils diffusent de l'information permettant de les identifier comme leur adresse physique, ou le numéro de téléphone à composer pour contacter une personne du service après vente par exemple²²⁹.

²²⁷ Joel R. REIDENBERG, « Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace », 52 *Stanford Law Review* 1315, mai 2000.

²²⁸ Jean-Michel SERVET, « Le chapeau », in *La construction sociale de la confiance*, P. BERNOUX et J.-M. SERVET (dir) *Id.*, et J.-M. SERVET, « Paroles données : le lien de confiance », *loc.cit.* note 224, p 17.

²²⁹ Cet exemple est tiré d'une étude de Consumer International intitulée « Credibility on the Web: An international study of the credibility of consumer information », *Office for Developed and Transition*

[143] Enfin, la confiance ne peut régner s'il n'existe pas des éléments de preuve et de validation des engagements des parties. Il est ainsi fort utile de disposer d'un élément écrit et valide, éventuellement sur papier ou au moins imprimable, qui présente les obligations auxquelles se soumet le site en matière de traitement des données personnelles, ou d'une charte précisant les normes techniques qu'il affirme respecter.

[144] Des mécanismes se sont mis en place plus ou moins spontanément afin de tenter de rencontrer ces trois conditions. Ils trouvent leur origine dans le corpus normatif qui se développe sur Internet : la *lex electronica*. Il nous faudra donc brièvement présenter les sources normatives (A) avant d'étudier les normes et les recours qu'elles prévoient (B) pour enfin pouvoir analyser leur effectivité (C).

A. Les sources de la lex-electronica

[145] Nous pouvons en dégager principalement trois sources : celles qui sont issues de la réflexion des États, celles qui proviennent des acteurs commerciaux, et celles qui trouvent leur origine au sein de la communauté des internautes.

1. Les normes d'origine institutionnelles

[146] Avant même l'avènement d'Internet, les gouvernements ont été confrontés à l'internationalité des échanges commerciaux et, en conséquence, aux limites des lois nationales. Des organisations ont donc été créées, ayant pour objectif de permettre l'adoption par des représentants des États, de principes communs qui permettraient le développement du commerce au niveau mondial. Avec l'avènement du cyberspace exacerbant les questions de territorialité des lois, les États se sont donc tout naturellement tournés vers ces institutions afin que l'encadrement des activités sur le réseau se fasse de manière plus harmonieuse. L'action de ces organisations internationales passe par deux principaux instruments : les lignes directrices et les modèles juridiques.

a. L'OCDE

[147] L'Organisation de coopération et de développement économiques a pour objectif d'offrir « aux gouvernements un cadre pour examiner, élaborer et affiner des politiques économiques et sociales »²³⁰. Il s'agit donc d'un forum où les états ont l'opportunité d'élaborer des politiques communes, rédigeant des textes définissant des normes et principes communs à ses membres, notamment à l'aide d'instruments non contraignants, comme des lignes directrices, ce qui peut éventuellement permettre d'harmoniser les législations nationales parfois disparates, voire d'influer sur leur rédaction.

Economies (ODTE), ISBN 1-902391-39-X, novembre 2002, disponible sur http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc320.pdf, visité le 4 avril 2004. D'après Simmel, « toutes les relations entre les hommes reposent cela va de soi, sur le fait qu'ils savent des choses les uns sur les autres », *Secret et sociétés secrètes*, Strasbourg, Circé, 1991, p 7, cité dans André TIRAN « Confiance sociale et confiance primordiale », in *Revue du MAUSS semestrielle*, p 317, *op. cit.* note 224, p 319.

²³⁰ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Survol de l'OCDE », *OCDE.org*, disponible sur <http://www.ocde.org/>, visité le 4 décembre 2003.

[148] Les membres de l'OCDE²³¹ se sont penchés relativement tôt sur la question du commerce électronique. Déjà en 1998, les ministres membres constataient « [l'] importante contribution à apporter (...) en tant qu'enceinte privilégiée pour le dialogue entre gouvernements nationaux, organisations internationales et secteur privé »²³². Le plan d'action qui était alors élaboré comportait un volet visant à renforcer la confiance des utilisateurs et des consommateurs. Pour atteindre cet objectif, l'OCDE se proposait d'agir principalement sur trois points : la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, la protections des consommateurs et la sécurité des systèmes d'information et la cryptographie

[149] S'agissant de la protection de la vie privée, un texte fondamental existait déjà. Il s'agit des *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*²³³ de 1980 qui définissent les principes fondamentaux en matière de données personnelles : une collecte limitée et avec le consentement de la personne, le principe de la qualité des renseignements qui vise notamment leur véracité, l'utilisation spécifique, le principe d'une utilisation limitée (quant à sa communication à des tiers notamment), le principe de sécurité, le droit d'accès, le principe selon lequel les entreprises doivent établir des politiques de vie privée, et enfin, celui selon lequel une personne doit être désignée comme responsable dans l'entreprise du devenir des données.

[150] Ces lignes directrices ont fortement influencé la rédaction de nombreux textes législatifs, comme la Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques²³⁴ ou même la Directive européenne concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques²³⁵.

[151] S'agissant de la protection du consommateur, L'OCDE a adopté en décembre 1999 des *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*²³⁶, qui doivent se lire en parallèle avec les Lignes directrices sur la vie privée auxquelles elles font référence²³⁷ ainsi que conjointement avec les *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs*

²³¹ Il y a actuellement trente pays membres de l'OCDE, le Canada ayant été le premier signataire à déposer ses instruments de ratification (10 avril 1961) suivi par les Etats-Unis (12 avril 1961) et le Royaume-Uni (2 mai 1961).

²³² ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Conférence Ministérielle de l'OCDE. "Un monde dans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial", plan d'action pour le commerce électronique », 7-9 octobre 1998, Ottawa, Canada, document # S G / E C (9 8) 9 / R E V 5 , disponible sur http://ottawaoecdconference.com/french/announcements/f_actionoecd.pdf, visité le 5 décembre 2003.

²³³ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, 23 septembre 1980, disponibles sur http://www.oecd.org/document/57/0,2340,fr_2649_201185_1815225_1_1_1_1.00.html, visité le 4 avril 2004.

²³⁴ Précitée note 70.

²³⁵ Directive 95/46/CE, dite « Directive de 1995 », précitée, note 207.

²³⁶ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, disponible sur <http://www1.oecd.org/publications/e-book/9300023E.PDF>, visité le 4 avril 2004.

²³⁷ Voir les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, de l'OCDE, Sixième principe « Protection de la vie privée », p 36.

contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses, du 11 juin 2003²³⁸.

b. Le Conseil de l'Europe

[152] Le Conseil de l'Europe est une organisation politique plus ancienne que l'OCDE, puisqu'elle a été constituée en 1949, et est composée de 45 pays membres. Ce regroupement est distinct de l'Union Européenne, ses membres étant plus nombreux que ceux de cette dernière, et incluant même des états non situés sur le territoire européen. C'est ainsi que le Canada a accédé au rang d'observateur au sein du Comité des ministres²³⁹ et de l'Assemblée parlementaire²⁴⁰. Les objectifs du conseil de l'Europe sont multiples ; il s'agit notamment de défendre les droits de l'homme et la démocratie, mais aussi de conclure des accords à l'échelle du continent européen pour harmoniser les pratiques sociales et juridiques des États membres. C'est dans la réalisation de cet ultime but que des dispositions internationales en matière de vie privée ont été adoptées.

[153] En effet, le texte pertinent pour notre étude et dont le Conseil de l'Europe est l'auteur s'intitule la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*²⁴¹. Il a été adopté le 28 janvier 1981 et est entré en vigueur le premier octobre 1985, et aujourd'hui il a été ratifié par trente pays membres. Bien que le Canada n'ait pas ratifié la *Convention 108*, ni son protocole additionnel de 2001²⁴², l'étude de ses dispositions est cependant pertinente puisqu'elles constituent un corpus de règles influent en Europe, ce qui pourrait donc avoir un impact sur les pratiques des entreprises québécoises qui viseraient un marché européen. Notons cependant que les dispositions de la *Convention 108* sont très proches de celles des *Lignes directrices de l'OCDE de 1980 régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*, notamment quant aux principes relatifs au traitement des données qu'elles établissent. Elles traitent aussi d'entraide, de coopération internationale.

c. Les Nations Unies

[154] Rédigés par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, les *Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel*²⁴³ s'inscrivent naturellement dans le mandat de cet organe des Nations Unies. En effet, ayant pour mission de protéger et de

²³⁸ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*, adoptées sous la forme d'une recommandation du Conseil de l'OCDE le 11 juin 2003, disponibles sur <http://www.oecd.org/dataoecd/24/18/2956424.pdf>, visité le 4 avril 2004 (ci après : les « Lignes directrices de 2003 »).

²³⁹ Le 3 avril 1996, la Résolution 96 (9) du Comité des Ministres a accordé au Canada le statut d'observateur.

²⁴⁰ Le Canada bénéficie également du statut d'observateur auprès de l'Assemblée parlementaire depuis le 28 mai 1997.

²⁴¹ Cette convention est aussi appelée « Convention 108 ». Elle est disponible sur <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/cadreprincipal.htm>, visité le 25 janvier 2004.

²⁴² Le Protocole additionnel à la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, a été adopté à Strasbourg le 8 novembre 2001, il est disponible sur <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/cadreprincipal.htm>, visité le 25 janvier 2004.

²⁴³ Disponibles sur http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/71_fr.htm, visité le 30 décembre 2003.

promouvoir les droits fondamentaux de tous, et le droit à la vie privée étant reconnu par l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁴⁴, il était donc naturel que le Haut-Commissariat s'intéresse à la question si sensible des données personnelles sur Internet. Ces principes directeurs ont été adoptés le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 45/95, à laquelle a participé le Canada, membre des Nations Unies depuis le 9 novembre 1945. Ils sont, par leurs dispositions très proches de ceux de l'OCDE et donc de ceux de la *Directive de 1995*, avec peut-être une différence terminologique puisqu'ils parlent, en matière de flux transfrontière des données de « garanties comparables »²⁴⁵, alors que la directive fait mention de « protection équivalente ». Cependant, ces principes sont spécifiquement élaborés pour traiter des données personnelles contenues dans les fichiers informatisés, alors que le texte de l'OCDE et la *Directive de 1995* ont une portée plus large, n'étant pas spécifiques à la vie privée sur Internet.

d. Industrie Canada et le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique

[155] Industrie Canada s'est préoccupé très tôt des dangers de la publicité trompeuse encourus par les « cyberconsommateurs ». Ainsi, afin de protéger les consommateurs, Industrie Canada a confié au Bureau de la consommation la charge de coordonner le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique²⁴⁶. Cette collaboration a été fructueuse puisqu'elle a permis l'adoption en août, 1999 des *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*²⁴⁷.

[156] Les principes élaborés par le groupe de travail forment un ensemble compréhensif pour une approche globale des problématiques rencontrées par les consommateurs sur Internet. En effet, ils sont constitués de dispositions sur la protection des consommateurs (information et formalisme indirect), de règles en matière de sécurité des transactions, de conseils concernant le règlement alternatif des différends

²⁴⁴ La *Déclaration universelle des droits de l'homme* a été adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies (par sa résolution 217 A (III)) le 10 décembre 1948. Son article 12 dispose que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

²⁴⁵ NATIONS UNIES, *Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel*, article 9.

²⁴⁶ Le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique est composé dix-sept associations et entités, parmi lesquelles nous pouvons citer l'Action réseau consommateur, Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada, l'Association canadienne de la technologie de l'information, l'Association canadienne des fournisseurs Internet, l'Association canadienne du marketing, l'Association des banquiers canadiens, le Bureau de la concurrence et le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, le Centre pour la défense de l'intérêt public, l'Association des consommateurs du Canada, CSA International, le Conseil canadien du commerce de détail, la Fondation des normes de télévision par câble, le Ministère de la Consommation et du Commerce, le gouvernement de l'Ontario, le Ministry of Government Services, Consumer Affairs Division, gouvernement de l'Alberta et l'Office de la protection du consommateur, gouvernement du Québec.

²⁴⁷ Ces principes sont disponibles sur : <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01182f.html>, visité le 6 février 2004. Comme le Bureau de la consommation d'Industrie Canada a supervisé et participé à l'élaboration de ces principes, nous avons estimé qu'il était opportun de les classer parmi les normes d'origine institutionnelle. Cependant, il est important de remarquer que de nombreux participants à ce groupe sont des associations qui ont elles-mêmes développées leurs propres normes afin de réguler leur secteur d'activité spécifique. Nous présenterons au paragraphe suivant certaines de ces normes.

ainsi que des normes en matière de vie privée et concernant le pourriel. Afin d'optimiser la diffusion et l'adoption de ces principes, le Bureau de la consommation a réalisé deux guides, à destination des commerçants²⁴⁸ et pour les consommateurs sur Internet²⁴⁹. Ces guides expliquent clairement à leur lecteur comment respecter les principes, à l'aide d'exemples pratiques et de conseils éclairés.

[157] De plus, la récente révision des principes²⁵⁰ a débouché sur la rédaction du *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*²⁵¹, approuvé en janvier 2003, et entériné par les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables des questions de consommation en janvier 2004.

[158] Remarquons cependant que l'industrie n'a pas nécessairement besoin de l'impulsion étatique pour développer des normes. De nombreuses associations professionnelles encadrent les activités de leurs membres à l'aide de textes normatifs. Cependant, nous remarquons que la rédaction de ces textes est influencée par les normes d'origine étatique, voire par les lois²⁵².

2. Les normes d'origine commerciale

[159] Des obligations d'origine contractuelle encadrent quotidiennement les activités des internautes. Elles naissent dans de multiples situations : lorsque l'on se crée une adresse électronique, lorsque l'on devient membre d'un groupe de discussion, lorsque l'on achète sur un site, ou même simplement lorsque l'on y navigue, puisque dès l'instant où une personne accède à une page web, elle doit respecter les instructions d'utilisation spécifiques au site. Ces obligations sont contenues notamment dans les clauses des contrats de vente, dans les politiques de vie privée et dans les conditions d'utilisation des sites. Ainsi des pratiques liées au commerce se développent sur Internet, et il est important de les prendre en considération dans notre éventail des normativités, car il s'agit d'autoréglementation. Cependant, considérer qu'elles peuvent, de manière autonome, solutionner toutes les difficultés qui se présentent dans les relations quotidiennes sur Internet, serait à notre avis une erreur. Une telle attitude équivaldrait à nier le fait qu'elles sont généralement imposées unilatéralement par une partie au pouvoir de négociation exorbitant comparé à celui des « cyberconsommateurs » et des internautes en général. Bien sur, ces derniers auraient la possibilité de choisir d'utiliser d'autres sites dont les conditions d'utilisation leur conviendraient mieux, et faire ainsi évoluer les pratiques par les lois du marché. Cependant, si les usages commerciaux sont encadrés, notamment par les lois de la

²⁴⁸ BUREAU DE LA CONSOMMATION, INDUSTRIE CANADA, « Votre commerce dans Internet », (ISBN 0-662-64129-9), 1999, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01183f.html>, visité le 6 février 2004.

²⁴⁹ BUREAU DE LA CONSOMMATION, INDUSTRIE CANADA, « Magasiner dans Internet », (ISBN 0-662-64128-0), 1999, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01184f.html>, visité le 6 février 2004.

²⁵⁰ Le préambule des *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique* précise que « le Groupe de travail révisera régulièrement les principes pour s'assurer qu'ils suivent l'évolution rapide du commerce électronique », p 3.

²⁵¹ Disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01861f.html>, visité le 6 février 2004.

²⁵² Voir paragraphe B, infra.

protection du consommateur dans le monde réel, il est fort probable qu'il soit nécessaire de faire de même sur Internet.

[160] Les textes que nous allons présenter encadrent justement l'élaboration de ces obligations contractuelles. Mais certains vont même plus loin que cela, s'intéressant au règlement des différends qui peuvent survenir entre le commerçant et les « cyberconsommateurs ».

a. L'Association canadienne du marketing (ACM) et la Direct Marketing Association (DMA)

[161] La Direct Marketing Association (DMA) est la plus grande association pour les entreprises intéressées par le marketing direct et interactif. Située aux États-Unis, elle compte plus de 4700 compagnies membres, provenant de plus de 53 pays, sur les cinq continents. Parmi ses membres, on peut compter, pour ne citer qu'eux, IBM, AOL Time Warner, et Microsoft. La mission que s'est donnée cette association est ambitieuse puisqu'il s'agit de promouvoir auprès des consommateurs le marketing direct, ainsi que de développer des lignes directrices et des normes de conduite pour ses membres, afin que le marketing direct puisse atteindre son plein potentiel.

[162] Les textes normatifs fondamentaux du DMA sont le Direct marketing Association's Online Marketing Guidelines and Do the Right Thing Commentary²⁵³, le Direct Marketing Association Guidelines to Ethical Business Practice²⁵⁴, ainsi que le Privacy Promise Member Compliance Guide²⁵⁵, Les Direct Marketing Association's Guidelines for List Practices²⁵⁶, les Information Security Guidelines²⁵⁷ et enfin le DMA Privacy Promise²⁵⁸.

[163] L'Association canadienne du marketing (ACM), la représentation canadienne de la Direct Marketing Association, est une des plus grandes associations au Canada regroupant des entreprises oeuvrant dans tous les domaines du marketing. Elle regroupe environ huit cent membres, parmi lesquels de grandes institutions financières²⁵⁹, des maisons d'éditions²⁶⁰, des partis politiques et même des gouvernements²⁶¹ et évidemment des compagnies oeuvrant ou faisant dans la publicité²⁶².

²⁵³ DMA, Direct marketing Association's Online Marketing Guidelines and Do the Right Thing Commentary, janvier 2002, disponibles sur <http://www.the-dma.org/guidelines/onlineguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁴ DMA, Direct Marketing Association Guidelines to Ethical Business Practice, octobre 2003, <http://www.the-dma.org/guidelines/ethicalguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁵ DMA, Privacy Promise Member Compliance Guide, juillet 2002, disponible sur <http://www.the-dma.org/privacy/privacypromise.shtml>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁶ DMA, Direct Marketing Association's Guidelines for List Practices, disponible sur <http://www.the-dma.org/guidelines/maillinglistguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁷ DMA, Information Security Guidelines, disponibles sur <http://www.the-dma.org/guidelines/informationsecurity.shtml>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁸ DMA, The DMA Privacy Promise, disponible sur <http://www.dmaconsumers.org/privacy.html>, visité le 15 février 2004.

²⁵⁹ Comme Capital One Services (Canada) Inc., CIBC, ING Direct.

²⁶⁰ Telles que Carswell et Canada Law Book.

²⁶¹ Comme le parti libéral du Canada et Entreprises Nouveau-Brunswick.

²⁶² Comme DoubleClik, the Kenna Group, Watts Direct Marketing Services Ltd., et Bell Canada, Canadian Tire Corporation, Equifax Canada Inc., eBay Canada, Google Inc., The Globe and Mail, IBM Canada, Microsoft Canada, MSN, et même la Direct Marketing Association (DMA) dont nous avons parlé précédemment.

Ainsi de nombreuses institutions prestigieuses sont membres de cette association, ce qui non seulement légitime son existence, mais donne, de surcroît une portée importante aux normes qu'elle édicte. Pourtant, il nous faut remarquer que même si le chiffre de huit cent affiliés représente un volume important, il est loin de représenter la majorité des entreprises œuvrant sur Internet. Or, rappelons-nous que 90% du pourriel mondial est envoyé par environ 140 personnes²⁶³! Cependant, il semblerait que le *Code de déontologie et les Normes de pratique*²⁶⁴ de l'ACM aient une influence aussi sur les entreprises non membres, puisque l'Association canadienne de marketing gère aussi des plaintes contre des entreprises qui n'ont pas officiellement rejoint ses rangs. L'ACM propose également un service *Do-not-contact* qui permet aux internautes de se retirer des listes de contact (par courriel ou par téléphone) de ses membres²⁶⁵.

b. Les Normes canadiennes de la publicité

[164] Les Normes canadiennes de la publicité est une association à l'échelle canadienne de l'ensemble de l'industrie, « qui voit à assurer l'intégrité et la validité de la publicité par le biais de l'autoréglementation »²⁶⁶. Parmi ses 175 membres, on peut remarquer la présence d'annonceurs²⁶⁷, d'agences publicitaires²⁶⁸ et des médias²⁶⁹ tout comme des associations professionnelles²⁷⁰.

[165] Les Normes canadiennes de la publicité sont à l'origine du *Code canadien des normes de la publicité*²⁷¹ qui fixe les critères définissant la notion de publicité acceptable et qui est

« endossé de façon large par les annonceurs, les agences de publicité, les médias qui diffusent la publicité, ainsi que par les fournisseurs engagés dans le processus de la création publicitaire »²⁷².

Ce code contient des dispositions très proches de la législation québécoise, mais son respect est assuré par un mécanisme de règlement des plaintes élaboré.

c. L'Association canadienne de normalisation (CSA)

²⁶³ Voir en ce sens : REUTERS, « Declaring a World War on Spam », *Wired News*, 1^{er} juillet 2003, disponible sur <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,59459,00.html>, visité le 4 avril 2004.

²⁶⁴ ACM, *Code de déontologie et normes de pratiques*, disponible sur <http://www.the-cma.org/french/ethics.cfm>, visité le 4 avril 2004.

²⁶⁵ A C M, *Do Not Contact Service*, disponible sur http://www.cmaconsumersense.org/marketing_lists.cfm, visité le 4 avril 2004.

²⁶⁶ NORMES CANADIENNES DE LA PUBLICITÉ, « À propos de NCP », disponible sur <http://www.adstandards.com/fr/ASCResources/index.asp>, visité le 8 janvier 2004.

²⁶⁷ Comme Coca-Cola Ltée, La Brasserie Labatt Limitée, McCain Foods (Canada)

²⁶⁸ Par exemple : Transcontinental Media G.P, Metroland Printing, Publishing & Distributing Ltd.

²⁶⁹ Parmi lesquels on peut citer Astral média affichages, YTV Canada Inc., Société Radio-Canada, CTV Television Inc.

²⁷⁰ Comme l'Association canadienne de marketing, l'association canadienne de l'affichage extérieur, l'Association canadienne des journaux, l'Association canadienne des radiodiffuseurs, et l'Association des agences de publicité du Québec (AAPQ).

²⁷¹ NORMES CANADIENNES DE LA PUBLICITÉ, *Code canadien des normes de la publicité*, révision mai 2003 (entré en vigueur le 1^{er} septembre 2003), disponible sur <http://www.adstandards.com/fr/Standards/adStandards.pdf>, visité le 8 février 2004.

²⁷² *Id.*, p 1.

[166] L'association canadienne de normalisation (CSA) est la plus grosse organisation normalisatrice canadienne, regroupant neuf mille membres et oeuvrant dans tous les secteurs de l'industrie, afin de faciliter les échanges commerciaux. Elle est à l'origine de normes très diverses comme la célèbre ISO 9001, le Code de la construction du Québec, ou le Code canadien de l'environnement. Plus proche de nos préoccupations, elle est aussi à l'origine du *Code type sur la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA-Q830-96²⁷³, qui pose les principes fondamentaux de la gestion des renseignements personnels, adopté en 1996 et réaffirmé en 2001.

[167] Les principes qu'il contient sont très proches de ceux de l'OCDE. Notons, enfin que ce Code constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*. Ce texte fédéral y réfère pour tous les principes fondamentaux auxquels il se contente de fixer les exceptions.

d. La Chambre de Commerce Internationale (CCI)

[168] La Chambre de Commerce Internationale, créée en 1919 a pour objet la promotion de la liberté et des échanges internationaux. Elle est l'œuvre des gens d'affaires et regroupe aujourd'hui plusieurs centaines d'entreprises provenant de plus de 130 pays.

[169] La CCI s'attache à développer l'autoréglementation des entreprises, en élaborant des codes de conduite dans de nombreux secteurs, comme la pratique environnementale, l'extorsion et la corruption, ainsi qu'en matière de publicité et de marketing sur Internet²⁷⁴. Les normes qui intéressent notre étude sont présentées dans le *Code international ICC de marketing direct*²⁷⁵, dans le *Code international ICC de vente directe*²⁷⁶, dans le *Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité*²⁷⁷, dans le *Code international ICC sur le parrainage*²⁷⁸, dans les *Lignes*

²⁷³ ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, *Code type sur la protection des renseignements personnels*, précité note 131.

²⁷⁴ De plus, la Cour d'arbitrage de la CCI, créée en 1923, est le premier centre mondial d'arbitrages de litiges en matière commerciale, c'est-à-dire entre entreprises. Ne concernant pas les recours pour les consommateurs, nous ne développerons pas plus ce point.

²⁷⁵ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Code international ICC de marketing direct*, juin 2001, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/2001/translations/Code%20international%20de%20marketing%20direct.htm, visité le 15 février 2004.

²⁷⁶ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Code international ICC de vente directe*, juin 1999, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1999/translations/vente_directe.asp, visité le 15 février 2004.

²⁷⁷ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité*, avril 1997, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/translations/pratiques_en_matiere_de_publicite.asp, visité le 15 février 2004.

²⁷⁸ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Code international ICC sur le parrainage*, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1992/French/parrainage.asp, visité le 15 février 2004.

*directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*²⁷⁹ ainsi que dans le *Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes*²⁸⁰.

[170] Considérant son ancienneté, son expérience et la renommée qui en découle, ainsi que tous les instruments normatifs qu'elle a développés et mis en œuvre, la CCI est une association très active et influente en matière d'autorégulation.

e. TRUSTe et BBBOnline

[171] Les labels sont aussi des sources de la *lex electronica*, ils sont également à l'origine de codes de conduite, dont ils certifient le respect par leurs adhérents qui ont alors le droit d'apposer le sceau sur leur site.

[172] BBBOnline et Truste proposent tous les deux des labels²⁸¹ en matière de vie privée. BBBOnline offre également un label en matière de publicité appelé *Advertising Pledge Program* (BBB APP) qui s'accompagne d'un *Code of Advertising*²⁸², qui est, somme toute, relativement similaire à celui élaboré par le CMA, et d'un *Code of Online Business Practices*²⁸³. Une seule entreprise a actuellement adhéré à ce programme²⁸⁴, il s'agit de la Corrs Brewing Company. Ce manque d'entrain à souscrire à ce label en réduit certainement sa portée. Parmi les raisons qui pourraient l'expliquer, nous estimons que les commerçants qui oeuvrent dans le domaine de la publicité préfèrent certainement faire partie d'une association professionnelle où ils pourront contribuer à l'élaboration des normes, plutôt que de se les faire imposer par une société qui n'est pas spécialisée en la matière. Peut-être aussi qu'un label imposant le respect strict d'un code n'est pas considéré comme prioritaire par les entreprises qui ne réalisent pas eux-mêmes, la plupart du temps, leurs publicités, confiant leur budget global de communication pour tous les supports à une agence.

[173] Néanmoins, les organismes responsables des labels proposent des solutions de règlement des différends qui sont intéressantes. Regrettons simplement que les recours en matière de violation du Code publicitaire de BBBOnline ne soient ouverts qu'aux résidents des États-Unis ! Nous ne détaillerons donc pas plus ce procédé, qui aurait pourtant pu être intéressant pour les québécois s'ils avaient pu s'en prévaloir.

[174] Nous parlerons brièvement de l'Interactive Advertising Bureau (IAB) qui est une association qui se différencie du DMA et des Normes canadiennes de la

²⁷⁹ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*, avril 1998, disponibles sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp, visité le 15 février 2004.

²⁸⁰ CCI, COMMISSION DU MARKETING, PUBLICITE ET DISTRIBUTION, *Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes*, mai 2002, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/French_translations/code_promotion_de_s_ventes.asp, visité le 15 février 2004.

²⁸¹ BBBOnline Privacy Program, disponible sur <http://www.bbbonline.org/privacy/>, visité le 20 janvier 2004, et TRUSTe Privacy Seal Program, disponible sur http://www.truste.org/programs/pub_how.html, visité le 20 janvier 2004.

²⁸² BBBONLINE, *BBB Code of Advertising*, disponible sur <http://www.bbb.org/membership/codeofad.asp>, visité le 20 janvier 2004.

²⁸³ BBBONLINE, *Pratiques d'éthique professionnelle à l'usage des entreprises dans le cadre de leurs transactions avec les consommateurs*, disponible sur <https://www.bbbonline.org/reliability/code/code.asp>, visité le 20 janvier 2004.

²⁸⁴ Voir la liste des participants sur <http://www.bbb.org/app/apparticipants.asp>, visité le 20 janvier 2004.

publicité par le fait qu'elle ne s'intéresse qu'aux activités publicitaires sur Internet. Son but est de contribuer au développement de l'industrie de la publicité en ligne. Pour cela, comme les autres associations professionnelles, elle a développé des lignes directrices, en matière de courrier électronique²⁸⁵, et de protection de la vie privée²⁸⁶. Mais surtout, elle s'est intéressée aux spécificités de la publicité en ligne, c'est-à-dire au fait qu'elle est indépendante de son support et qu'elle a un poids qui lui est propre. Ainsi, le IAB a développé des normes en matière de format de la publicité, afin de réguler le volume et donc la vitesse de chargement des annonces. Ceci est important dans les médias Internet, puisqu'il serait préjudiciable au support (c'est-à-dire au site web) comme à l'annonce commerciale que les publicités soient trop volumineuses et ralentissent le chargement des pages, au grand désagrément des internautes. Ces lignes directrices portent ainsi aussi bien sur les formats traditionnels de la publicité en ligne²⁸⁷ (comme les bannières) que sur le *rich média*²⁸⁸ (comme les animations). Cependant, nous ne faisons que la mentionner, cette association ne proposant pas de solutions pour le règlement des différends.

[175] Les commerçants et les organismes étatiques ne sont pas les uniques sources normatives. En effet, des usages provenant de la communauté même des internautes se développent.

3. Les usages d'origine communautaire

[176] Il ne faut pas négliger les usages et les pratiques des utilisateurs d'Internet, eux-mêmes. Les communautés sont des sources normatives puisqu'elles encadrent la vie et les comportements de ses membres, définissant ce qui est socialement acceptable, et sanctionnant ce qui ne l'est pas. Les communautés virtuelles ne font pas exception, même si comme nous l'avons vu, elles sont multiples.

[177] Les premières étaient les MOOs et les MUDs²⁸⁹, que l'on peut considérer comme des versions texte des actuels jeux en ligne²⁹⁰. Les forums de discussion sont aussi générateurs de pratiques. Quant aux *Acceptable Use Policies*²⁹¹ ce sont des codes de conduite développés notamment par des universités. Ces usages peuvent être aussi variés que « ne pas envoyer de fichiers joints sur les groupes de discussion » ou « écrire en lettres capitales signifie que l'on crie » et qui incluent même l'utilisation des émoticons²⁹². Ils peuvent être regroupés sur l'appellation plus générale de

²⁸⁵ IAB, *Email Marketing Pledge*, disponible sur http://www.iab.net/standards/iab_email_pledge.asp, visité le 15 février 2004 et IAB, *Ethical Email Guarantee*, disponible sur http://www.iab.net/standards/iab_email_guarantee.asp, visité le 15 février 2004.

²⁸⁶ IAB, *Privacy Guidelines*, disponibles sur <http://www.iab.net/standards/privacy.asp>, visité le 15 février 2004.

²⁸⁷ IAB, *Interactive Marketing Units*, disponible sur <http://www.iab.net/standards/adunits.asp>, visité le 15 février 2004.

²⁸⁸ IAB, *Rich Media Guidelines*, disponible sur <http://www.iab.net/standards/richmedia.asp>, visité le 15 février 2004.

²⁸⁹ Voir L. LESSIG, *Code and other laws of Cyberspace*, op.cit. note 214, p74 et s.

²⁹⁰ Voir par exemple, Les Sims Online, <http://www.eagames.com/official/thesimsonline/home/index.jsp>, visité le 15 avril 2003.

²⁹¹ Voir par exemple : <http://www.rice.edu/armadillo/acceptable.html>, visité le 4 avril 2004.

²⁹² Les émoticons sont de petits dessins originellement composés à partir de lettres et de signes de ponctuation, mais qui aujourd'hui sont proposés sous une forme imagée par les logiciels de clavardage et de courriel. Voir par exemple :

« Netiquette »²⁹³. Née en 1995, la notion de Netiquette regroupe un ensemble de règles de comportement, de bienséance et de modalités d'utilisation des outils offerts sur le web. L'impression générale qui ressort de la lecture de ces conseils est qu'ils s'adressent à des individus afin de les guider dans leurs relations vers d'autres individus.

[178] Plus précisément, la Netiquette est le volume grandissant de ce qui est acceptable relativement au comportement des utilisateurs de l'Internet, ces convenances étant pour l'instant largement non codifiées²⁹⁴. Et elle s'est vue reconnaître par cette définition jurisprudentielle, une relative effectivité, les parties à un contrat pouvant y faire référence afin de préciser leurs droits et obligations. On note ici une évolution du concept, en ce qu'il est aujourd'hui applicable également aux entreprises.

[179] Enfin, il est fort compréhensible, voire même logique, qu'une communauté même si elle est virtuelle, développe des usages et des pratiques qui lui sont propres. En effet, toute société génère ses normes. Sur Internet, cette normativité n'est peut être pas aussi visible au quotidien que celle que l'on rencontre tous les jours. En effet, à part pour les exemples que nous avons cités plus haut (jeux en ligne, forums de discussion etc.), l'influence de la communauté semble relativement limitée dans les usages quotidiens d'un internaute, comme consulter ses messages électroniques, ou acheter en ligne. Il ne faut pourtant pas la sous estimer. En effet, il nous semble probable que chaque internaute, s'il n'est pas générateur de norme, est un facteur qui en influence l'élaboration. Pour être plus précis, lorsqu'un internaute va refuser de contracter avec un site parce que ce dernier ne lui propose pas une transaction sécurisée, ou lorsqu'il refuse de continuer à naviguer plus loin sur un autre site dont les modalités de gestion des données personnelles ne le satisfont pas, cela n'a pas une influence significative sur le comportement général des entreprises en ligne. En revanche, lorsque de nombreux « cyberconsommateurs » ont les mêmes réactions face aux insatisfactions que leur procure un site, les choses nous semblent différentes. La pression exercée par la somme des actions individuelles des internautes est un facteur qui a un coût économique non négligeable et qui influence certainement les entreprises à envisager une évolution dans leurs comportements et à développer des normes. Ainsi, si Eric Barbry constate avec justesse que « la « *netiquette* », l'*éthique des internautes, première forme d'éthique du net, est aujourd'hui supplantée par une autre éthique, l'éthique des marchands qui veulent rassurer l'internaute devenu consommateur/client* »²⁹⁵, nous estimons que la communauté des internautes, bien qu'elle n'en ait peut-être pas encore conscience, détient toujours un pouvoir normatif et qu'elle a une influence sur le comportement des « cybermarchands ». Si l'on veut s'en convaincre, il nous suffit d'étudier l'exemple du pourriel. Les internautes ne sont pas favorables au pourriel en règle générale. Or les entreprises ont besoin de faire de la publicité. Pourtant, afin de respecter la volonté commune des consommateurs, des normes se mettent en place, limitant la collecte des données personnelles, conseillant l'identification de la publicité

[http://help.microsoft.com/!data/fr_fr/data/messengerv47_xp.its51/\\$content\\$/emoticons.htm](http://help.microsoft.com/!data/fr_fr/data/messengerv47_xp.its51/$content$/emoticons.htm), visité le 15 avril 2003.

²⁹³ Voir <http://www.dtcc.edu/cs/rfc1855.html/>, visité le 5 avril 2004.

²⁹⁴ La Netiquette est « the growing body of acceptable, though as yet largely unwritten, etiquette with respect to conduct by users of the Internet », selon le juge Wilson, dans 1267623 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc., 14 juin 1999, [1999] O.J.No.2246, numéro de greffe : C20546/99, disponible sur <http://www.cyberspacelaw.org/loren/netiquette.html>, visité le 4 mars 2003.

²⁹⁵ Eric BARBRY, « Comportement éthique des acteurs et des utilisateurs de l'Internet », in D. BAHU-LEYSER et P. FAURE, *Éthique et société de l'information*, *op.cit.* note 76.

comme telle, proposant des mécanismes de retrait des listes, et même filtrant le pourriel avant qu'il n'arrive dans les boîtes aux lettres électroniques comme le font actuellement tous les grands fournisseurs d'accès Internet tels que Hotmail ou Yahoo²⁹⁶.

[180] Pourtant nous avons conscience que les commerçants imposent encore aux internautes des conditions d'utilisation et des contrats non négociables, et que l'influence que peut avoir la communauté des internautes ne doit pas être surestimée. Mais nous avons l'intuition qu'en subissant les mutations de l'Internet de ces dernières années, en devenant « cyberconsommateur » plutôt que de simples « cyberacteurs », les internautes ont également développé une influence sur le comportement des entreprises, influence qui découle logiquement de leur pouvoir d'achat. Comme l'explique Jacques Attali, « il existe en chaque individu une éthique latente et les acteurs de la publicité doivent y répondre rapidement »²⁹⁷.

B. Les normes et les recours normatifs alternatifs

[181] Les sources que nous venons d'évoquer sont à l'origine non seulement de recours pour les consommateurs, mais aussi de normes qui ont un effet à priori en ce qu'elles tentent de limiter le nombre de situations litigieuses qui pourraient surgir. Ainsi, nous n'étudierons pas uniquement des recours dans ce paragraphe. Les dispositions les plus importantes des textes que nous avons précédemment présentés peuvent être organisées en cinq thèmes : la prise en compte des spécificités de la « cyberpublicité » (1), les recours organisés par les associations et les labels (2), les politiques de confidentialité et plus généralement l'information du consommateur (3), le formalisme indirect (4) et la coopération internationale et l'exequatur (5).

[182] Précisons d'abord que tous ces textes n'abordent pas tous ces thèmes, ni ne présentent les mêmes règles, certains traitant plus spécifiquement de la vie privée, d'autres étant orientés vers la protection du consommateur. Cependant, on peut dégager deux points communs.

[183] D'abord, les textes contenant des dispositions relatives à la protection des données personnelles présentent tous les mêmes principes généraux tels qu'ils ont été définis par les *Lignes directrices de L'OCDE de 1980*, texte qui est définitivement fondamental dans la protection de la vie privée sur Internet, ayant inspiré de nombreuses autres dispositions de sources diverses. Ainsi, toutes ces dispositions normatives constituent une base commune et relativement homogène en matière de protection de la vie privée²⁹⁸. L'approche est cependant différente qu'il s'agisse de

²⁹⁶ Atténuons cependant cette dernière affirmation. Les fournisseurs d'accès à Internet auraient certainement été moins prompts à filtrer le pourriel si ces messages non sollicités n'avaient pas un coût considérable pour eux, en encombrant leurs réseaux, ralentissant le traitement des courriels légitimes et consommant de la mémoire.

²⁹⁷ In « Les nouveaux enjeux géopolitiques de la communication », Paris, Assemblée générale de l'UDA, 22 juin 2000, cité dans Joseph BESNAÏNOU « L'Éthique de la publicité sur Internet », in D. BAHU-LEYSER et P. FAURE (dir), *Éthique et société de l'information*, Id., p 107.

²⁹⁸ Voir par exemple les dispositions du Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique d'INDUSTRIE CANADA, Principe 4, HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, principes de 1 à 10, CONSEIL DE L'EUROPE -STE no. 108, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, articles 1 à 11, ICC Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet, articles 5 à 6, ICC Code international de vente directe, article 19, ICC Code

textes d'origine institutionnelle ou commerciale. En effets, les premiers présentent des principes généraux qu'il faut interpréter, alors que les seconds proposent des articles plus spécifiques à un ou plusieurs problèmes. Si la protection qui peut résulter des dispositions des textes de l'OCDE ou du CSA par exemple paraît plus large, l'efficacité des articles des normes de la CCI ou du DMA n'est pas négligeable non plus, puisqu'il nous semble qu'en fixant des objectifs concrets et pratiques cela facilite leur application. En fait, ils sont rédigés par et pour des commerçants, dans un style peut-être plus simple à comprendre, et en présentant des solutions pratiques pour atteindre leurs objectifs. Par exemple, lorsque *les Lignes directrices de l'OCDE de 1980*²⁹⁹ parlent de « données de caractère personnel » dont la collecte doit respecter le principe de la spécification des finalités et dont l'utilisation est limitée par le principe dit de « la limitation de l'utilisation », les *DMA's Guidelines for Ethical Business Practice*³⁰⁰ font référence à des données marketing³⁰¹ qui doivent être utilisées seulement dans un but de marketing, par opposition aux numéros de carte de crédit, aux informations bancaires, et aux numéros de sécurité sociale qui ne doivent jamais être communiqués. Il est évident que ces dispositions ne sont pas exactement similaires, même si l'objectif reste le même. Mais en laissant moins de place à l'interprétation et en précisant, par exemple, quelles sont les données les plus sensibles, les textes d'origine commerciale nous paraissent constituer des outils dont les effets recherchés auraient plus de chance d'être atteints.

[184] Ensuite, les textes qui contiennent des dispositions en matière de protection des consommateurs s'accordent tous sur un point : ils désapprouvent par principe l'utilisation de pratiques mensongères, trompeuses ou déloyales³⁰². Par exemple, les *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses* définissent elles aussi, la notion de « pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses »³⁰³. Cette définition n'est pas exactement superposable avec celle

international de marketing direct, articles 22 à 27, DMA Guidelines for Ethical Business Practice, articles 31 à 36, les DMA Online Marketing Guidelines et les DMA Guidelines for List Practices, CMA Code de déontologie et Normes de pratique, article I et enfin, CSA et les 10 principes du Code type sur la protection des renseignements personnels.

²⁹⁹ OCDE, Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, articles 9 et 10.

³⁰⁰ DMA Guidelines for Ethical Business Practice, article 32.

³⁰¹ Dans le texte : « marketing data »

³⁰² Voir les dispositions de Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique d'INDUSTRIE CANADA, principes 1.1 et 1.2, ICC Code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes, articles 2 à 4, ICC Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet, article 1, ICC Code international de pratiques loyales en matière de publicité, articles 1, 3, 5, 6, et 11, ICC Code international de marketing direct, article 1, NORMES CANADIENNES DE LA PUBLICITE, Code canadien des normes de la publicité, article 1 à 4, et 8, DMA Guidelines for Ethical Business Practice, article 1 et 2, et CMA Code de déontologie article B.

³⁰³ Selon les termes des Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses (article I, B.), « l'expression « pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses » désigne les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses qui causent un préjudice réel aux consommateurs, ou qui constituent une menace immédiate d'un tel préjudice pour les consommateurs si on ne les empêche pas, notamment :

1. Toute pratique consistant à donner des informations inexactes, et notamment des informations susceptibles d'induire en erreur, qui porte atteinte de façon significative aux intérêts économiques de consommateurs abusés.
2. Toute pratique consistant à ne pas livrer des produits ou ne pas fournir des services aux consommateurs après que ceux-ci les ont payés.

d'indications fausses ou trompeuses de la LPC ou de la *Loi sur la concurrence*, puisqu'elle traite des pratiques commerciales dans leur ensemble et non pas seulement des informations contenues dans les publicités ou divulguées lors du processus de vente. Cette approche plus globale est intéressante puisqu'elle ne dissocie pas la publicité de l'acte d'achat qu'elle génère. Or nous avons plusieurs fois mentionné que cette individualisation des actes était fort délicate sur Internet. Cette approche permettrait donc a priori d'envisager de réguler plus de situations litigieuses que l'approche législative. Cependant, on peut noter quelques limitations à la portée de cette définition. D'abord, il faut que la pratique commerciale incriminée cause un « préjudice réel » aux consommateurs, ou qu'elle constitue une « menace immédiate d'un tel préjudice ». L'approche est non seulement globale, elle est aussi économique, puisque le préjudice nécessaire est défini « notamment » comme une « atteinte significative aux intérêts économiques de consommateurs abusés ». Il semblerait donc, et ce bien que la liste des pratiques ne soit pas exhaustive, que les infractions qui causeraient un préjudice économique minime aux internautes ne seraient pas visées par le texte³⁰⁴. Ceci peut se comprendre si l'on considère qu'alors les coûts pour réparer ce préjudice peu important seraient supérieurs au montant du préjudice lui-même. Pourtant, il est concevable qu'une situation se développe causant un préjudice minime mais à un très grand nombre de « cyberconsommateurs ». Nous espérons alors que la notion d'« atteinte significative aux intérêts économiques des consommateurs abusés » sera interprétée de façon à pouvoir couvrir cette situation, considérant les consommateurs comme un groupe, et par conséquent le préjudice subit comme la somme des préjudices économiques individuels, ce qui permettrait de le qualifier de « significatif ».

[185] Enfin, nous remarquons que les textes issus des efforts d'autorégulation des associations professionnelles sont fortement influencés par les normes d'origine étatique, voire même parfois des textes législatifs. Pour illustrer ce point, nous présenterons en premier dans les paragraphes qui suivent, les éléments pertinents issus des textes de l'OCDE, par exemple, puis leurs équivalents rencontrés dans les guides et lignes directrices d'origine commerciale.

1. La prise en compte des spécificités de la « cyberpublicité »

[186] Les auteurs des textes normatifs ont eu conscience que certaines infractions étaient spécifiques à Internet et que les publicités en ligne n'étaient pas exactement équivalentes à leur pendant traditionnel. L'équilibre qui harmonisait les échanges entre les consommateurs et les commerçants n'existait plus lors de relations virtuelles, ces dernières soulevant des défis nouveaux pour la partie la plus faible, l'internaute.

[187] Ainsi, les Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique

3. Toute pratique consistant à débiter les comptes financiers, téléphoniques ou autres des consommateurs sans leur autorisation. ».

³⁰⁴ L'exemple qui illustrerait le mieux ce que pourrait être un préjudice minime causé à un très grand nombre d'internautes est celui du pourriel. Les préjudices du pourriel sont minimes pour chaque internaute : il s'agira de quelques minutes supplémentaires de téléchargement par mois, ou de quelques kilo-octets. Il faut également y ajouter le préjudice moral qui peut en découler (il n'est certes pas très agréable de recevoir un pourriel à caractère pornographique au travail, devant ses collègues de bureau), et le risque de voir des messages importants perdus au milieu de tous les courriers non sollicités, et envoyés par inadvertance à la corbeille.

« visent à assurer aux consommateurs qui effectuent des achats en ligne une protection au moins équivalente à celle dont ils peuvent bénéficier lorsqu'ils font des achats dans des magasins près de chez eux »³⁰⁵.

Pour atteindre cet objectif, elles recommandent un régime de protection spécifique, prenant en compte les particularités du commerce électronique³⁰⁶.

[188] De même, le postulat qui soutient les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique* d'Industrie Canada, est la notion de « protection équivalente ». Il ne faut pas la confondre avec celle de « protection adéquate » de la *Directive de 1995*. Il s'agit bien ici de garantir aux « cyberconsommateurs » une protection similaire que celle dont ils bénéficieraient dans les autres types de commerce. Ainsi, « les dispositions relatives à la protection des consommateurs devraient être conçues de manière à donner les mêmes résultats, quel que soit le type de commerce »³⁰⁷. Mais il faut aussi prendre en considération toutes les spécificités du commerce électronique et de la publicité en ligne afin de couvrir et de réprimer les nouvelles menaces pour les internautes, celles qui se sont développées basées sur les spécificités d'Internet. C'est la reconnaissance de l'influence du médium sur le message communiqué. Cette approche diffère sensiblement de celle adoptée par le législateur québécois, qui nous l'avons vu, s'attache uniquement à définir le contenu des messages, quelque soit le moyen utilisé pour le transmettre.

[189] Si les normes que contient le *Code canadien des normes de la publicité* portent principalement sur le contenu des publicités, leur véracité, leur exactitude, leur originalité, la publicité comparative et celle destinée aux enfants,

« le contexte et le contenu d'une publicité, l'auditoire rejoint ou apte à être rejoint ou encore visé par elle, ainsi que le média ou les médias qui en assurent la diffusion, sont autant de facteurs pertinents à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si une publicité est conforme au Code »³⁰⁸.

Cette précision nous porte à penser que certaines caractéristiques d'Internet (notamment le vaste public qu'il permet de rejoindre) sont prises en compte lors de l'examen des plaintes des consommateurs.

[190] De même, les Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique de l'OCDE considèrent que

« les entreprises ne devraient pas exploiter les spécificités du commerce électronique pour dissimuler leur véritable identité ou localisation »³⁰⁹.

³⁰⁵ *Id.*, Avant-propos, p4, et Premier principe : « Protection transparente et efficace », p 29.

³⁰⁶ *Id.*, Avant-propos, p4, et Premier principe : « Protection transparente et efficace », p 29.

³⁰⁷ *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, *Id.*, p 3. : Principes directeurs.

³⁰⁸ *Id.*, p 2.

³⁰⁹ *Id.*, Deuxième principe : « Loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing », p 30.

[191] La normalisation du volume des publicités en fonction des formats par l'IAB est le premier exemple que nous pouvons citer en matière de dispositions normatives spécifiques à Internet et qui vont plus loin que les dispositions législatives. Ensuite, un autre élément important est l'identification des personnes qui envoient de la publicité par courrier électronique. L'article E4.1.4 du *Code de déontologie* du CMA prévoit que « chaque message transmis par courrier électronique doit clairement mentionner l'agent de marketing et fournir au destinataire un moyen simple et facile à utiliser afin de répondre à l'agent », ce qui vient interdire aux publicitaires de cacher leur adresse ou d'indiquer de fausses informations dans le champ « De ». Des dispositions similaires sont prévues par l'article 9 des *DMA's Guidelines for Ethical Business Practice* et par l'article 2 des *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*. Remarquons que ces articles semblent être la transposition aux messages publicitaires sur Internet des dispositions de l'article 242 de la LPC selon lesquelles « aucun commerçant ne peut, dans un message publicitaire, omettre son identité et sa qualité de commerçant ».

[192] S'agissant du pourriel, la situation est moins uniforme, les associations professionnelles étant réticentes à le définir³¹⁰, craignant, avec raison, que cette qualification entraînerait de profondes mutations dans leurs façons de travailler. Elles justifient leurs réticences en expliquant que le pourriel est dans l'œil de celui qui le reçoit³¹¹, et que ce qui constitue un pourriel pour une personne peut très bien constituer une bonne publicité pour une autre. Cependant, certaines associations professionnelles ont pourtant sauté le pas en déclarant que

« les agents de marketing ne peuvent envoyer de communications de marketing par courrier électronique sans d'abord obtenir le consentement explicite du destinataire, sauf dans l'éventualité où ils seraient déjà en relation commerciale »³¹².

[193] Les normes abordent aussi la question du formalisme indirect, mais compte tenu du fait que nous allons étudier plus en détail ce point un peu plus loin dans notre étude, nous nous contenterons simplement de le mentionner.

[194] Ainsi, les textes normatifs vont souvent plus loin que la loi, étant rédigés par des spécialistes et des acteurs du commerce électronique, qui sont très au fait des dérives potentielles que peuvent entraîner les nouvelles technologies. Nous n'affirmons pas, par cette dernière remarque, une ignorance des législateurs québécois ou canadiens à propos de la réalité de la publicité en ligne, loin de là. Nous désirons seulement constater que la rédaction des textes normatifs est moins lourde et plus rapide que celle des lois et qu'ainsi, il est plus aisé de réagir aux évolutions engendrées par le médium. Quels sont alors les recours proposés par ces textes d'apparence si prometteurs ? Sur quoi se basent-ils pour être efficaces et effectifs ?

³¹⁰ Voir Brian MORISSEY, « DMA Vacillates, So Internet Groups Define Spam », DMNews, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/art-prevbot.cgi?article_id=25369, visité le 1^{er} novembre 2003.

³¹¹ Voir en ce sens la réflexion de Michael Della Penna, directeur du Marketing de Bigfoot Interactive (New-York), citée dans Mickey A. KHAN, « AIM Declines to Define Spam in E-Mail Practices Document », DMNews, 10 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25241, visité le 11 octobre 2003 : « spam is ultimately in the eye of the beholder ».

³¹² Article 4.1.3 du *Code de déontologie* du CMA. Notons qu'en revanche le DMA se refuse encore à définir ce qu'est le pourriel !

2. Les recours organisés par les associations et les labels

[195] La question la plus fondamentale lorsque l'on parle de normes auto-réglementaires est celle de savoir comment leurs recours sont organisés, et comment ils peuvent être effectifs alors que les dispositions qui les soutiennent n'ont pas force de loi ?

[196] Le sixième principe des *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique* a trait spécifiquement à la gestion des plaintes des consommateurs. Constatant les difficultés inhérentes aux recours juridiques classiques, l'OCDE estime en effet, que « les consommateurs devraient disposer d'un accès effectif à des voies alternatives de règlement des litiges et de recours, sans charge ni coût indu »³¹³. Ceci encourage les entreprises à mettre en place des systèmes alternatifs de règlements des différends, c'est-à-dire à faciliter la résolution des conflits par des solutions autres que les recours judiciaires traditionnels dont nous avons précédemment évoqué les limites et inconvénients. Des recommandations similaires se retrouvent dans le *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique* d'Industrie Canada³¹⁴. Il faut notamment que le service de règlement des différends fonctionne rapidement et respecte des délais raisonnables pour chaque étape de la procédure, qu'il oblige le commerçant à respecter sa décision, qu'il soit exploité par un organisme indépendant et impartial, et qu'il fasse preuve de transparence dans tous les aspects de son fonctionnement.

[197] S'agissant des normes d'origine institutionnelle, nous ne considérons pas qu'elles organisent directement des recours pour les consommateurs, dans le sens où ce sont seulement des recommandations, et qu'elles ne s'appuient sur aucune sanction pour réprimer l'irrespect des principes qu'elles énoncent. Leur effectivité est indirecte. Elles vont influencer la rédaction des autres textes normatifs -et même parfois des lois- et elles vont souvent servir de modèle pour la mise en place des systèmes de règlement des différends offerts aux internautes.

[198] En revanche, les associations professionnelles organisent des recours pour que les consommateurs puissent faire valoir leurs droits. Parallèlement, les labels auxquelles elles font souvent référence dans leurs codes de pratiques constituent aussi une ressource pour les internautes qui s'estimeraient lésés. Nous analyserons leur fonctionnement en parallèle, car nous pouvons en dégager quelques similarités, même si de profondes différences sont à noter³¹⁵.

³¹³ Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, de l'OCDE, précitées note 236, Sixième principe : « Règlement des litiges et recours », B : voies alternatives de règlement des litiges et de recours, p 35.

³¹⁴ Dans son principe 6.

³¹⁵ Nous avons choisi de ne pas présenter de développements sur le « cyberarbitrage ». En effet, plusieurs expériences ont eu lieu avec plus ou moins de succès et d'autres sont en devenir. L'année mille neuf cent quatre vingt seize vit les débuts du *Virtual Magistrate Project*, projet américain qui se proposait de traiter des différends relatifs, notamment aux droits d'auteur, à la diffamation et à la violation de la vie privée, domaine dans lequel a été rendue son unique décision. N'oublions pas non plus la naissance, la même année, du *CyberTribunal* développé par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, afin d'intervenir (expérimentalement) notamment dans les domaines de commerce électronique, de la concurrence, du droit d'auteur, et des marques de commerce. Aucun organisme de « cyberarbitrage » n'existe actuellement pour traiter des questions de publicité en ligne,

a. Les recours organisés par les associations professionnelles

[199] Les entreprises qui adhèrent à une association professionnelle s'engagent par le fait même à respecter le code de conduite ou les lignes directrices qui ont été élaborées par cette association, et à participer au développement des futures normes. L'adhésion se fait à l'aide d'un processus simple, il suffit de remplir une demande (en ligne ou par courrier traditionnel) qui précise les renseignements administratifs de l'entreprise et de verser le montant des frais³¹⁶.

[200] Il est dans l'intérêt des annonceurs et des professionnels du marketing « d'observer des règles d'autodiscipline spécifiquement adaptées à la publicité et au marketing électronique ou interactif »³¹⁷, notamment afin de permettre la création d'un « environnement électronique mondial dans lequel tous les consommateurs pourront avoir pleinement confiance ». Cependant, comme cet incitatif peut ne pas être suffisant, certaines associations professionnelles ont prévu des sanctions pour l'irrespect des normes.

[201] La procédure mise en place par le CMA est un bon exemple de cette approche. Si elle reçoit une plainte d'un consommateur pour violation du Code par une entreprise, qu'elle soit membre ou non, elle communiquera avec elle et « utilisera ses procédures de médiation pour tenter de régler la plainte »³¹⁸. L'entreprise fautive a alors un délai de 30 jours pour répondre à l'Association et 90 jours pour régler la plainte du consommateur. Passé ce délai, le président du CMA contactera par écrit l'entreprise pour lui demander qu'elle respecte le code³¹⁹. Ensuite, si l'entreprise n'obtempère pas ou s'il constate qu'elle enfreint régulièrement le Code, le Président a le choix entre constituer un comité chargé d'enquêter sur le comportement de l'entreprise, et/ou faire un rapport au Conseil d'administration du CMA formulant une recommandation quant aux mesures à prendre³²⁰. Si l'entreprise est membre du CMA, elle risque notamment d'être expulsée de l'association³²¹. Si elle n'est pas membre, le Conseil d'administration rendra publics les faits litigieux³²².

[202] Dans les deux situations il s'agit d'une sanction sociale. L'entreprise se voit jugée et critiquée par ses pairs, et compte tenu de la publicisation de l'affaire, par les consommateurs. La pression des pairs n'est pas à négliger, surtout dans un domaine où l'on fait commerce de la communication. Une entreprise publicitaire risque de perdre

pourtant c'est une solution fort commode pour les internautes : pas besoin de se déplacer, les coûts sont moindres que s'il fallait avoir recours aux tribunaux, et les décisions sont prises rapidement. Il serait donc avantageux de développer ces solutions de règlement des différends en ligne, et c'est pourquoi leur utilisation se devrait d'être encouragée.

³¹⁶ Le montant des frais varie énormément d'une association à une autre. Par exemple, l'adhésion à ICC coûte entre 1500 euros et 3000 euros, en fonction du genre de membre que l'on désire être, c'est-à-dire local ou national. L'inscription à l'Association canadienne de normalisation coûte à partir de 350 \$ CAN, et est fonction de la qualification de membre désirée : membre de comité qui participe à l'élaboration des normes ou membre de soutien qui finance les travaux normatifs de la CSA. Le coût de l'adhésion à la CMA, elle est fonction des revenus et peut varier de 580\$ CAN pour une personne physique à 1050\$ pour un entreprise ayant un chiffre d'affaire inférieur à 500 000\$ et peut aller jusqu'à 22 250 \$ pour une compagnie générant des revenus de plus de 250 millions de dollars.

³¹⁷ ICC, Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet, Introduction.

³¹⁸ CMA, Code de déontologie et Normes de pratique, article J2.

³¹⁹ Id., article J3.

³²⁰ Id., article J4.

³²¹ Id., article J5.1 b., alinéa 1 et article J6.

³²² Id., article J5.2.

des contrats si elle a mauvaise réputation. De même, une société verra son investissement publicitaire être peu rentable si un scandale l'éclabousse en pleine campagne. On peut donc considérer que les normes d'origine commerciale ont donc une portée relativement grande.

[203] Un autre exemple de procédure qui vient sanctionner l'irrespect des principes prônés par une association peut être trouvé dans le *Code canadien des normes de la publicité*. Le processus qui y est prévu est un peu plus compliqué. En effet, les plaintes des consommateurs subissent d'abord un examen préliminaire afin de déterminer si elles ne peuvent pas être qualifiées de plaintes intra-industrie ou émanant d'un groupe d'intérêt particulier, plaintes pour lesquelles d'autres procédures existent et qui seraient alors rejetées. Cet examen préliminaire permet aussi de vérifier les fondements normatifs de la plainte, c'est-à-dire si elle semble contrevenir au code, et si la publicité ne fait pas déjà l'objet de poursuites judiciaires au Canada. Si ces deux conditions sont remplies, l'annonceur en est informé par écrit. Si le plaignant a accepté de divulguer son identité, elle est communiquée. S'il s'agit d'une infraction aux articles 10³²³ et 14³²⁴ du code, l'annonceur est prié de répondre rapidement, à l'intérieur d'un délai précis, au plaignant et/ou aux Normes canadiennes de la publicité. Si la réponse est insatisfaisante et que les NPC considèrent que la publicité ne respecte toujours pas les normes, la procédure continue. S'il s'agit d'une infraction aux autres articles du Code, l'annonceur doit répondre par écrit directement aux NPC, dans un délai raisonnable.

[204] Lorsqu'il examine une plainte à ce stade de la procédure, le conseil des NPC rend ses décisions à la majorité des voix, et prévient l'annonceur, tout comme le plaignant de la décision qu'il a prise. L'annonceur peut alors être invité à modifier ou à retirer sa publicité, dans les « meilleurs délais raisonnables ».

[205] Ces décisions peuvent être portées en appel, dans les sept jours ouvrables suivant l'envoi aux parties, et sous réserve, si l'appel provient de l'annonceur, que ce dernier s'engage à retirer la publicité dans un délai de onze jours. L'appel sera entendu par un banc composé de cinq personnes, deux représentants des consommateurs, d'un représentant des annonceurs, d'un représentant des agences de publicité et d'un représentant des médias, et ce dans un délai de cinq jours ouvrables à partir de la réception de la demande d'appel. Le vote est également majoritaire et les parties sont averties de la décision dans les cinq jours ouvrables suivants. Les décisions d'appel sont finales et exécutoires.

[206] Précisions enfin, que le rapport des plaintes annuel de la publicité présente un résumé des plaintes qui ont été traitées par les NPC. Ce rapport se présente en deux parties, une sur les décisions d'infraction au code qui ont été rendues et où l'identité de l'annonceur est dévoilé et une seconde partie où on peut lire les résumés des plaintes reçues et retenues, mais sans que l'identité de l'annonceur soit révélée puisqu'il a fait un geste volontaire et sans délai dès qu'il a été averti de la plainte et

³²³ L'article 10 dispose que : « Les publicités ne doivent pas sans raison, sauf si cela peut se justifier en invoquant des motifs éducationnels ou sociaux, témoigner d'indifférence à l'égard de la sécurité du public en présentant des situations que l'on pourrait, de façon raisonnable, interpréter comme étant un encouragement à des pratiques ou à des gestes imprudents ou dangereux ».

³²⁴ L'article 14 du Code prohibe les descriptions et les représentations inacceptables, c'est-à-dire la discrimination raciale religieuse ou sexuelle par exemple, de même que les représentations discréditant les personnes ou un produit, voire une entreprise, ou portant atteinte à la dignité humaine.

avant toute décision par le Conseil des NPC. Cette différence de traitement incite certainement les entreprises à agir rapidement, afin de ne pas voir leur nom et leur réputation entachés par la parution du rapport annuel.

[207] Enfin, si un annonceur refuse de collaborer ou de respecter la décision prise par le conseil des NPC, ce dernier dispose d'autres moyens pour faire respecter les normes énoncées par le Code. En effet, les NPC peuvent demander l'aide du média qui diffuse l'annonce pour que ce dernier la retire de son antenne ou de ses pages. Notons que pour pouvoir faire cela en toute quiétude, il faudrait que le contrat publicitaire qui lie le média à l'annonceur fasse référence au respect des normes de la profession et donc au susdit Code des normes de la publicité. Cette clause lui permettrait de se libérer de son obligation contractuelle et ainsi de ne pas risquer de se faire poursuivre pour rupture abusive de contrat. Les NPC peuvent également publiciser leur décision, en utilisant les moyens jugés les plus adéquats.

[208] La procédure mise en place par les NPC semble un peu plus lourde que celle du DMA, dans le sens où elle prévoit une procédure d'appel. Par contre, nous remarquons que les délais prévus y sont plus courts. Les sanctions sont ici aussi sociales, et la procédure semble se baser sur l'autorité morale que peuvent avoir les normes de la publicité sur les intervenants canadiens. La publicisation de ses décisions est une sanction qui vient garantir une plus grande efficacité au code, les entreprises étant soucieuses de leur réputation, comme nous l'avons précédemment évoqué. Ainsi, adhérer à une association professionnelle présente bien des avantages, cela permet d'avoir accès à des normes qui encadrent spécifiquement le domaine où œuvre l'entreprise et qui sont adaptées à son activité, et cela permet d'asseoir sa crédibilité, de faire preuve d'un comportement responsable envers les consommateurs puisque cela suppose de se soumettre aux normes de l'industrie. Les associations professionnelles favorisent donc une normalisation des pratiques, ce qui est également bénéfique pour les consommateurs. Cependant l'adhésion à une association professionnelle impose également des obligations, comme celle de respecter les normes de la profession, et de se conformer aux pratiques conseillées dans les codes ou les lignes directrices, sous réserve de sanctions sociales qui peuvent avoir des conséquences commerciales et donc économiques. Les entreprises sont même doublement encouragées à suivre les normes de l'industrie, puisqu'elles peuvent se les voir opposées même sans y avoir adhéré formellement !

b. Les labels

[209] Les codes de conduite des associations professionnelles font souvent référence aux labels de qualité³²⁵, en conseillant aux entreprises d'y souscrire. Une

³²⁵ Nous parlerons ici indistinctement de label de qualité ou d'autorité de certification, même si ces termes ont des significations différentes en France notamment. Nous les utiliserons pour désigner les entreprises dont la raison sociale est de proposer des sceaux de certification à afficher par les entreprises pour annoncer publiquement qu'elles respectent certaines règles de pratique spécifiques dans un ou des domaine(s) précis. D'après Louise MARTEL et René ST GERMAIN, « la certification est une procédure selon laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un produit ou un service est conforme aux exigences spécifiées dans les référentiels de certification, c'est-à-dire aux normes spécifiées », in La certification de conformité des sites web, *Revue Gestion*, Volume 27, numéro HS, disponible sur <http://revue.hec.ca/gestion/ArticlePage.jsp?instId=811&lang=fr>, visité le 4 avril 2004, p 2. Enfin, notons que d'après Cynthia CHASSIGNEUX, « la labellisation, c'est-à-dire la présence d'un logo ou d'un sceau sur un site web donné, a un but promotionnel et informationnel », op.cit. note 132, p 200.

pluralité de labels existe, mais nous avons choisi de concentrer notre analyse sur les deux plus importants en Amérique du nord : TRUSTe et BBBOnline. Le fonctionnement de ces autorités de certification est assez similaire à celui des associations professionnelles sur certains points. En effet, la souscription à un label de qualité est également volontaire, et suppose le respect d'un code de conduite. L'irrespect de ces normes pourra aussi entraîner des sanctions, notamment sociales par les consommateurs. Mais la similitude s'arrête là. En effet, des différences fondamentales existent entre les deux systèmes.

[210] D'abord, pour souscrire à un label de qualité, il ne suffit pas de remplir un simple formulaire. Il faut attester que l'entreprise respecte les principes prônés par le label. Pour ce faire, il faut répondre à un questionnaire précis sur les pratiques et procédures de l'entreprise³²⁶. Si l'autorité de certification considère que l'entreprise respecte bien les principes et les règles qu'elle veut garantir, alors elle lui accordera le statut de membre. La différence c'est qu'en agissant ainsi le label de qualité certifie aux visiteurs de l'entreprise que l'entreprise respecte certains principes et procédures. Cette certification porte sur des domaines précis, principalement, en matière de vie privée comme dans le cas du BBB Online Privacy Program ou du label Trustee. Le contrat qui lie l'entreprise et l'autorité de certification stipule quelles sont les obligations à respecter et qu'en cas de manquements à ces obligations, constatés lors de vérifications annuelles ou lors de contrôle suite à des plaintes d'internautes, la susdite autorité pourra retirer son label. Notons que même dans cette situation, des obligations contractuelles survivent et l'entreprise devra notamment continuer à respecter les principes de gestion des renseignements personnels pour les données récoltées alors que le label était en vigueur.

[211] La sanction, c'est-à-dire le retrait de la certification peut porter à conséquences, surtout en terme de confiance des internautes. En effet, l'utilisation d'un tiers de confiance, c'est-à-dire l'autorité de certification s'inscrit dans le cadre des procédures développées par les entreprises pour générer la confiance sur Internet. Or, si un tiers désapprouve objectivement le comportement d'une entreprise cela va nuire à sa crédibilité et à sa réputation. A l'inverse, si une personne extérieure atteste objectivement qu'un site est responsable par exemple, quant au traitement des données personnelles, cela pourra stimuler la confiance des internautes, clients potentiels. Les études en sociologie³²⁷ montrent l'importance des tiers dans le processus de génération de la confiance comme preuve objective, comme témoin du bon comportement passé d'un commerçant.

[212] Pour ce faire, il faut que le tiers certificateur soit indépendant de l'entreprise certifiée. Le tiers, devrait provenir de « relations sociales non marchandes dont l'efficacité économique se fait sentir précisément en ce qu'elles permettent une production aisée de la confiance »³²⁸. Ainsi, grâce à l'intervention d'un tiers, « il s'ensuit la création d'un espace social qui, échappant à la logique des relations

³²⁶ Voir notamment le BBBOnline Privacy Program Assessment Questionnaire, disponible sur <https://www.bbbonline.org/privacy/Assess.pdf>, visité le 13 mars 2004 et le TRUSTe Licence agreement, disponible sur http://www.truste.org/webpublishers/Self_Assessment_v9.doc, visité le 13 mars 2004.

³²⁷ Voir par exemple, J.-M. SERVET « le Chapeau », *loc.cit.* note 228.

³²⁸ André ORLEAN « Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand », reprenant les théories de David Kreps, in *Revue du MAUSS semestrielle*, *op.cit.* note 224, p 25.

stratégiques rend la confiance possible »³²⁹. D'après les théories de David Kreps, « ce qui fonde l'effectivité de ces tiers est leur extériorité par rapport au jeu stratégique des individus ». Les labels de qualité sont donc les acteurs qui permettraient de générer la confiance. Pourtant ils ne sont pas totalement extérieurs aux relations commerciales, puisqu'ils monnaient leur accréditation, et ce faisant, entrent dans le jeu commercial. Nous pouvons donc questionner leur totale objectivité puisque basant leur activité lucrative sur la certification, ils ont besoin d'avoir des compagnies qui souscrivent à leur service. Le fait qu'une grosse entreprise comme Microsoft par exemple se fasse certifier par eux est un gage de qualité qui encouragera les autres entreprises à l'imiter. Or, qu'est ce qui certifie aux consommateurs qu'ils peuvent effectivement faire confiance aux tiers de confiance, surtout lorsque ces derniers sont dépendants des entreprises pour exister ? Un élément de réponse réside dans le fait que si les consommateurs ne font pas confiance aux labels, à cause de leur comportement négligent par exemple, les entreprises n'auront aucun intérêt de souscrire à leurs services. Les labels semblent donc contraints, s'ils veulent que leur entreprise soit viable, de respecter leurs obligations contractuelles avec les entreprises et de les sanctionner en cas de défaut.

[213] Pourtant, quelques affaires³³⁰ sont venues secouer le monde de la certification. Par exemple, TRUSTe a été sérieusement critiqué lors d'affaires impliquant Intel, Microsoft et Real Networks. Il s'agissait dans les trois scandales, de collecte de données personnelles sans le consentement des internautes (et même sans qu'ils en aient connaissance) et ceci, en contradiction avec les stipulations de leur politique de vie privée et des procédures certifiées par TRUSTe. Cette autorité de certification n'a pris aucune sanction contre ces entreprises considérant qu'elles n'avaient pas violé les termes de leur contrat puisque le label de qualité ne garantissait que leurs pratiques sur Internet. Or il était question de matériel informatique³³¹ ou de logiciels³³², et non, selon TRUSTe d'activités sur Internet.

[214] Ce que nous pouvons déduire de ces affaires c'est qu'elles illustrent bien le fait que le label n'est tenu que de ses obligations contractuelles envers l'entreprise certifiée. Et vice-versa. Ceci nous amène à qualifier juridiquement ce contrat. La certification est un contrat bilatéral, mais qui a pour but de produire des effets envers les tiers, et notamment d'inciter les consommateurs à avoir confiance envers l'entreprise labellisée³³³.

³²⁹ *Id.*, p 29.

³³⁰ Voir Rober LEMOS, « Can you trust TRUSTe ? », *ZD Net*, 2 novembre 1999, disponible sur <http://zdnet.com/2100-11-516377.html?legacy=zdnm>, visité le 12 décembre 2003, Paul BOUTIN, « Just How Trusty is TRUSTe ? », 9 avril 2002, *Wired*, disponible sur <http://www.wired.com/news/exec/0.1370.51624.00.html>, visité le 12 décembre 2003. Pour une analyse sur les affaires Toysmart et Amazon, voir, V. GAUTRAIS, *loc.cit.* note 71, p 261, p 294 et s.

³³¹ Le processeur Intel Pentium III qui contenait un numéro de série unique permettant l'identification de son utilisateur fut considéré comme du matériel hardware et par la même, était exclu des termes du contrat liant Intel à TRUSTe.

³³² Le système Windows de Microsoft contenait lui aussi un identifiant unique et collectait des informations sur ses utilisateurs. De même, le logiciel Real Jukebox assignait aux internautes un numéro d'identification unique afin de créer des profils de consommation en surveillant la musique qu'ils écoutaient.

³³³ En effet, d'après C. CHASSIGNEUX, « la présence d'un label peut non seulement jouer un rôle déterminant dans la décision des internautes à contracter ou non avec un site web. Elle peut aussi créer des attentes quant à la protection des renseignements personnels. Par conséquent, le contrat qui est à

[215] S'agissant des relations entre l'entreprise certifiée et l'autorité de labellisation, elles sont encadrées par le contrat qui les lie, et peuvent donc donner lieu à une responsabilité contractuelle. Le commerçant doit donc donner des renseignements véridiques et respecter ses engagements. En cas de non respect de ces obligations,

« l'autorité de certification pourrait chercher la responsabilité du commerçant électronique non seulement pour manquement à ses obligations contractuelles, mais aussi eût égard au tort pouvant être porté à la réputation du certificateur »³³⁴.

Notons qu'en effet, la notoriété, la réputation du label est ce qu'il détient de plus précieux, puisqu'elle est à la base de son négoce. Quant à l'autorité de certification, elle doit agir équitablement et avec diligence dans l'analyse qu'elle fait des déclarations des « cybercommerçants » qu'elle certifie. Elle pourrait ainsi se voir poursuivie par l'entreprise pour avoir été trop lente ou injuste dans son processus de certification.

[216] Mais la principale question qui nous assaille est : qu'en est-il du « cyberconsommateur » qui, se fiant à un label va aller naviguer sur un site ? Nous avons limité notre étude à la publicité, nous sommes ici en dehors de toute relation contractuelle, que ce soit envers le site en ligne ou envers le label. Quelle est alors la nature du lien alors entre l'internaute et l'entreprise? Quid de la relation entre ce même internaute et l'autorité de certification ?

[217] En effet, les internautes peuvent souffrir de la violation du contrat de certification par une des parties, par exemple, en perdant le contrôle sur leurs données personnelles qu'elles croyaient confier à une entreprise fiable. Par le fait même, ils pourraient alors « se prévaloir de la violation d'une convention à laquelle ils n'ont pas été partis, comme d'une faute dont le dommage qu'ils subissent est la conséquence »³³⁵, et ce par le biais de la responsabilité extracontractuelle. Mais attention, précisons que cette responsabilité est limitée aux obligations qu'ils ont contractées avec l'entreprise, en effet, « le certificateur ne saurait être engagé envers les tiers à plus d'obligations qu'envers son client »³³⁶. Ce qui signifie que si l'autorité de certification agit frauduleusement, ou avec négligence dans l'exécution de ses obligations contractuelles, et que ce faisant, elle cause un préjudice à des tiers, ceux-ci pourraient la tenir responsable, puisqu'il est prévisible que des personnes vont se fier au sceau de certification³³⁷. L'article 1457 du *Code civil du Québec* leur offre donc un recours devant les tribunaux québécois.

[218] S'agissant des recours de l'internaute contre l'entreprise qui afficherait frauduleusement un label non valable, les choses sont un peu moins simples. En effet, la procédure d'utilisation d'un label contient une action volontaire de la part des « cyberconsommateurs » ; ils sont en effet supposés en vérifier la validité, afin de pouvoir s'y fier en cliquant sur le lien actif qu'il contient. Ainsi les internautes ne sont

l'origine de la labellisation produit des effets à l'égard des tiers », *op.cit.* note 132, p 207. Voir aussi des témoignages de membres de sociétés qui ont choisi de se faire labelliser sur <http://www.bbbonline.org/reliability/testimonials.asp>, visité le 15 mars 2004.

³³⁴ C. CHASSIGNEUX, *Id.*, p 205.

³³⁵ *Id.*, p 205.

³³⁶ CRDP, CRIM et HEC, « La sécurité et la certification de conformité des sites web », juillet 2000, p 57.

³³⁷ *Id.*, p 57.

pas présumés se limiter simplement à constater l'existence d'un label, mais ne peuvent accorder leur confiance à l'entreprise qui l'affiche qu'après avoir été sur le site de l'autorité de certification pour en vérifier l'intégrité et la validité. Ainsi, a priori, un consommateur qui voudrait se prévaloir de la présence d'un sceau désactivé sur un site frauduleux sans en avoir vérifié la régularité pourrait être qualifié de négligent. En matière publicitaire, donc en l'absence de tout contrat entre l'entreprise et l'internaute, les solutions légales sont donc minces. A moins, justement de considérer qu'en affichant un label, le site annonce qu'il souscrit à certaines normes de pratique, ce qui, si cela se révèle erroné, peut-être qualifié de publicité trompeuse³³⁸. On en revient alors aux recours traditionnels en matière de publicité sur Internet dont nous avons précédemment examinés les faiblesses. Notons qu'il est ironique d'envisager d'utiliser des recours juridiques traditionnels pour encadrer les solutions normatives que nous cherchons justement à promouvoir. Quelles solutions alternatives seraient alors à notre disposition ?

[219] Il est possible de déposer une plainte auprès de l'autorité de certification. En matière de vie privée, TRUSTe propose ainsi le *Watchdog Dispute Resolution and Appeal Process* qui va s'occuper des plaintes en matière de non respect des principes de gestion des données personnelles garantis par son label³³⁹. Les procédures de BBBOnline sont similaires pour les recours en matière de vie privée³⁴⁰. Avant de pouvoir soumettre toute plainte l'internaute est invité à essayer de résoudre son différend directement avec l'entreprise. Si cette requête préliminaire n'a pas donné les résultats escomptés, alors il peut porter sa demande devant l'autorité de certification concernée. Notons que les internautes ne peuvent tenter un tel recours devant un label si l'entreprise n'y a pas souscrit, contrairement aux procédures mises en place par les associations professionnelles. Il suffit ensuite à l'internaute de fournir ses données personnelles le concernant et les informations identifiant l'entreprise et le problème rencontré. Les deux sites offrent une interface simple à utiliser. BBBOnline répondra dans les trente jours suivant le dépôt de la plainte, ce qui est vingt jours de plus que TRUSTe. L'autorité de certification examinera la plainte et les éventuelles violations de la convention qui la lie à l'entreprise dont le comportement est soumis à la critique³⁴¹. Théoriquement, elle pourra jouer un rôle de médiateur ou fortement encourager le site web à se conformer à ses obligations contractuelles, sous peine de se voir retirer son label³⁴². À l'issue du litige, un rapport³⁴³ est fait et est mis à la disposition des internautes sur le site web du label de qualité. On peut ainsi se renseigner sur une entreprise, voir si elle a déjà fait l'objet de plaintes. Enfin, notons que l'internaute et l'entreprise ont la possibilité d'en appeler de la décision de l'autorité de certification, dans des délais très brefs : cinq jours. L'autorité de certification décidera alors si elle décide d'écouter l'appel dans les dix jours qui suivent la réception de la demande, et de

³³⁸ Voir P. TRUDEL, *Droit du cyberspace*, op. cit., note 201, p 3-51 : « si l'on considère les effets de la certification, il est possible que celle-ci constitue de la publicité ».

³³⁹ Voir http://www.truste.org/users/users_watchdog_new.php, visité le 15 mars 2004.

³⁴⁰ Voir <http://www.bbbonline.org/consumer/complaint/>, visité le 15 mars 2004.

³⁴¹ Voir par exemple les procédures de résolution des différends de BBBOnline, en matière de vie privée, disponibles sur <http://www.bbbonline.org/privacy/dr.pdf>, visité le 19 mars 2004. Pour TRUSTe, l'information est accessible à http://www.truste.org/users/compliance_doc.htm, visité le 19 mars 2004.

³⁴² Notons que nos recherches ne nous ont pas permis de trouver un seul cas de retrait de sceau de certification par un label. Cette possibilité, pourtant inscrite dans le contrat qui lie le label à l'entreprise certifiée, reste donc théorique, ce qui motive de nombreuses critiques contre les autorités de certification.

³⁴³ Les Watchdog Reports sont disponibles sur http://www.truste.org/users/users_watchdog_reports.html, pour TRUSTe et s'agissant des Reliability Reports, ils sont accessibles depuis <http://search.bbb.org/search.html>.

rendre une décision dans les quinze jours qui suivent l'audition de la plainte. Les délais et procédures sont fort similaires pour les deux labels étudiés. Ils présentent aussi de fortes ressemblances avec les systèmes de règlement des plaintes mis en place par les associations professionnelles, notamment par ce qu'ils mettent en place des sanctions sociales basées sur la réputation et la perte de confiance que la publicité des mauvaises pratiques pourra entraîner. Il est cependant plus facile de se renseigner sur une entreprise et ses pratiques auprès des labels, les associations professionnelles ne présentant que la liste de leurs membres. Ces deux systèmes se révèlent complémentaires, les recours qu'ils mettent à la disposition des internautes pouvant se compléter.

[220] En conclusion, les textes normatifs encouragent le recours à la création d'obligations contractuelles pour s'obliger indirectement voire directement envers les internautes, à respecter des pratiques éthiques, et ce, afin de gagner leur confiance et par la même leur clientèle. Cette méthode est particulièrement explicite dans le cas des politiques de confidentialité.

3. Les politiques de confidentialité et l'information des consommateurs

[221] Comme nous l'avons précédemment vu au début de ce chapitre, l'information est un élément fondamental dans l'établissement de la confiance. Ainsi, les entreprises en ligne sont invitées par tous les textes normatifs à diffuser toute l'information nécessaire afin que les internautes puissent, par exemple, faire des choix éclairés et connaissent les éléments essentiels sur leur identité.

[222] Nous pouvons dégager deux principales sortes d'informations : celles relative à la gestion des données personnelles et celles plus spécifiques au processus de publicité et de vente, concernant les entreprises elles-mêmes et les produits et les offres qu'elles proposent, et éventuellement les noms et coordonnées des personnes à contacter en cas de problème.

a. Les politiques de confidentialité

[223] Les *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données* encouragent notamment la diffusion d'une politique de confidentialité qui informe les internautes des données qui seront collectées ainsi que de l'utilisation qui en sera faite³⁴⁴. Ce document pourrait notamment contenir

« [l'] identité de l'organisation qui collecte les données et [les] moyens par lesquels on peut entrer en contact avec elle ; [la] personne responsable dans l'organisation, du respect de la politique de protection de la vie privée ; [la] nature des informations collectées et [les] moyens de collecte ; [la] nature de

³⁴⁴ La publication sur un site d'une politique dite « de confidentialité » ou « de vie privée » vise à satisfaire les exigences du principe de transparence. L'expression politique de vie privée n'est pas utilisée dans les *Lignes directrices de 1980*. En revanche, plusieurs paragraphes lui sont consacrés dans l'« Inventaire des instruments et des mécanismes de nature à contribuer à la mise en œuvre et au respect sur les réseaux mondiaux des lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée », de l'OCDE (document DSTI/ICCP/REG(98)12/FINAL, du 5 octobre 1999, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/12/52/2092406.pdf>, visité le 4 avril 2004).

l'utilisation des données collectées ; [les] choix offerts à l'utilisateur concernant la collecte, l'utilisation et la distribution des données ; [les] mesures de sécurité employées ; [la] façon dont les personnes concernées peuvent accéder à leurs informations et les faire corriger ; [les] recours en cas de violation de la politique ; [la] législation de protection de la vie privée ou [les] codes de conduite éventuellement applicables ; [les] procédures d'audit ou de certification éventuellement appliquées ; [et les] technologies utilisées pour renforcer la vie privée »³⁴⁵.

Cette longue énumération illustre fort bien le principe de transparence. Notons qu'elle fait aussi référence au droit d'accès qui permet aux internautes de voir quelles sont les informations le concernant qui sont détenues par une entreprise et qu'il peut corriger³⁴⁶, ainsi qu'à la mention d'une personne responsable à contacter pour les questions spécifiques liées à la vie privée.

[224] Certaines précisions peuvent être apportées par d'autres textes. Par exemple, d'après les *DMA's Online Marketing Guidelines*, la politique de confidentialité doit être placée de façon proéminente sur la page d'accueil ou à un endroit qui est facilement accessible depuis la page d'accueil³⁴⁷. De plus, elle doit être facile à trouver, à lire et à comprendre³⁴⁸, de telle sorte qu'un visiteur soit capable d'en comprendre sa portée. Enfin, elle doit être mise à la disposition des visiteurs avant ou au moment de la collecte d'information personnelle³⁴⁹.

[225] Tous les textes ne s'accordent pas sur ce dernier point. Le *Code de déontologie* du CMA, par exemple, est plus strict puisqu'il dispose que « l'agent de marketing doit donner cet avis avant que les consommateurs fournissent des données qui pourraient les identifier »³⁵⁰. Nous sommes confrontés ici à ce qui semble être un éternel débat lorsque l'on traite de renseignements personnels sur Internet, à savoir si l'on choisit de mettre en place un système d'opt-in ou d'opt-out. Les entreprises ont, bien sûr, le droit de choisir un régime plus protecteur que celui que leur impose la loi canadienne ou québécoise³⁵¹, et elles seront peut-être plus enclines à le faire si elles commercent avec les pays membres de l'Union Européenne, qui eux, imposent l'obtention préalable du consentement avant le transfert des données personnelles.

[226] En affichant leur politique sur leur site, les entreprises publicisent les pratiques et procédures qu'elles se sont engagées à suivre. Ce faisant, les politiques de confidentialité « formalisent les engagements des commerçants électroniques envers les internautes »³⁵², et ce en matière de vie privée. Une politique de vie privée pourrait donc être qualifiée de contrat unilatéral, mais avec des effets multilatéraux. Elle pourrait aussi

³⁴⁵ « Inventaire des instruments et des mécanismes de nature à contribuer à la mise en œuvre et au respect sur les réseaux mondiaux des lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée », *Id.*, p 60.

³⁴⁶ Il faut distinguer cependant le droit d'accès du droit de retrait qui permettrait aux internautes de demander qu'une entreprise supprime de ses fichiers les données personnelles le concernant. Ce droit de retrait ne fait pas partie des Lignes directrices sur la vie privée de l'OCDE.

³⁴⁷ DMA's Online Marketing Guidelines, article 1.

³⁴⁸ Des dispositions fort similaires existent dans les Lignes directrices (révisées) d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet, article 5 alinéa 5.

³⁴⁹ *Id.*, traduction de l'auteur.

³⁵⁰ Voir CMA, Code de déontologie et Normes de pratiques, article E4.5.

³⁵¹ Voir Chapitre 1 précédent pour l'étendue de la protection législative.

³⁵² C. CHASSIGNEUX, *op.cit.* note 132, p 99.

être considérée comme étant constituée de clauses contractuelles faisant partie d'une convention plus large couvrant tous les rapports et interactions qui peuvent avoir lieu sur le site ; les conditions d'utilisation. Les conditions d'utilisation sont un contrat d'adhésion³⁵³ qui encadre les relations entre les utilisateurs et le commerçant en ligne, que ce soit à propos de la disponibilité des produits, des modalités de livraison ou des inévitables limitations de responsabilité. Les conditions d'utilisation peuvent inclure la politique de vie privée ou y faire référence, si le document est présenté séparément. Dans les deux situations, les internautes pourraient se prévaloir de la violation des dispositions contenues dans ces clauses contractuelles. Il est évident que les entreprises y trouvent également certains avantages, notamment pour limiter leur responsabilité en cas d'usages non autorisés de leur site, mais aussi pour mettre en confiance les internautes. En effet, devant l'incertitude juridique soulevée par la territorialité des lois, le contrat, c'est-à-dire « la loi des parties » est une solution qui semble séduisante³⁵⁴. Elle crée un sentiment de sécurité juridique, les actions des « cyberprotagonistes » étant prévues, encadrées. Cependant, notons que les auteurs de ces contrats vont toujours être les commerçants, et que cela va par définition être des contrats d'adhésion. La prudence milite alors en faveur de la protection des consommateurs et de la surveillance des pratiques des sites Internet. C'est aussi pour cela que des textes normatifs encadrent le contenu, la rédaction, la présentation des politiques de vie privée, comme d'autres viennent guider le « cybermarchand » relativement à l'information à mettre à la disposition des consommateurs.

b. L'information des consommateurs

[227] Médium virtuel, où le toucher et l'odorat n'ont pas droit de cité, mais où la vue règne en despote borgne, Internet constitue un véritable défi pour les consommateurs qui sont totalement dépendants de la parole d'un marchand cybernétique pour évaluer, comparer un produit, une offre. Les textes normatifs jouent alors un rôle protecteur incitant les commerçants à les aider au maximum à faire un choix éclairé³⁵⁵.

[228] Ainsi, les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique* mettent l'accent sur l'information des « cyberconsommateurs », encourageant les entreprises à identifier le message commercial et le marketing, notamment lorsque l'absence d'identification serait trompeuse³⁵⁶, et considérant que

³⁵³ En effet, on a rarement vu un internaute négocier les modalités de sa visite sur un site, de même qu'une personne qui entre dans un magasin se verra prier de ne pas manger voire de payer les items qu'elle aurait malencontreusement cassés.

³⁵⁴ Voir en ce sens Pierre TRUDEL qui explique que « ce mode de réglementation, outre ses vertus intrinsèques, semble être celui qui permette le mieux d'identifier le cadre juridictionnel entourant les rapports susceptibles de se développer dans les environnements électroniques », en illustrant son hypothèse en se basant sur les théories de Robert Dunne et de Trotter Hardy, in Droit du cyberspace, op.cit. note 201, p 3-33.

³⁵⁵ Voir INDUSTRIE CANADA, Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique, précité note 251, article 1.1.

³⁵⁶ Voir aussi en ce sens les DMA's Guidelines for Ethical Business Practice, article 10, et le Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la CCI dont l'article 12 dispose que « la publicité doit pouvoir être nettement distinguée comme telle, quels que soient la forme et le support utilisés; lorsque le message publicitaire est diffusé dans des médias qui comportent également des

« lorsque des entreprises rendent disponibles des informations les concernant ou concernant des biens et services qu'elles offrent, celles-ci devraient présenter ces informations de façon claire, visible, exacte et facilement accessible »³⁵⁷.

[229] Ensuite, le volume d'information à afficher en ligne est plutôt vaste, puisque les entreprises devraient fournir des indications les concernant, comme leur raison sociale, leurs adresses géographiques et électroniques, voire leur numéro de téléphone³⁵⁸, ainsi que des informations

« qui décrivent les biens ou services offerts, qui soient suffisantes pour permettre aux consommateurs de décider en connaissance de cause de s'engager ou non dans la transaction et présentées d'une manière permettant aux consommateurs d'en conserver une trace appropriée »³⁵⁹.

Il faut également y ajouter celles relatives aux « modalités, conditions et coûts associés à la transaction pour permettre aux consommateurs de décider en toute connaissance de cause de s'engager ou non dans la transaction »³⁶⁰.

[230] Il s'agit donc de renseigner l'internaute sur l'identité de l'entreprise comme sur les produits offerts, les modalités des transactions. Mais il faut aussi qu'il puisse comprendre ces informations. C'est pourquoi le *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique* d'Industrie Canada prévoit que lorsqu'un commerçant offre un produit ou un service dans son site web dans une langue particulière, il doit utiliser la même langue pour informer les consommateurs et pour exécuter ses obligations contractuelles³⁶¹. Si l'on ajoute à cette norme l'obligation légale pour tous les sites dont les entreprises sont situées au Québec d'être rédigés en français³⁶², alors on réalise que les internautes francophones québécois ont la possibilité de n'utiliser qu'une « langue belle avec des mots superbes »³⁶³, pour le moins tant qu'ils ne commercent qu'avec des commerçants de la Belle Province.

[231] Ainsi, si un consommateur estime qu'une entreprise ne s'identifie pas suffisamment ou qu'elle ne fournit pas assez d'informations, alors qu'elle fait partie d'une association professionnelle dont le code de conduite prône, au contraire,

informations ou des articles rédactionnels, il doit être présenté de façon que son caractère publicitaire apparaisse instantanément ».

³⁵⁷ OCDE, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, précitées note 236, deuxième principe, p 30.

³⁵⁸ OCDE, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, Troisième principe : « Information en ligne », A : informations relatives à l'entreprise, i) p 31. Voir aussi les *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*, article 2. L'adresse de courriel est aussi appropriée, si l'on se fie à l'article 9 des *DMA's Guidelines for Ethical Business Practice*.

³⁵⁹ *Id.*, Troisième principe, B : information sur les biens ou services, p 32.

³⁶⁰ *Id.*, Troisième principe, C : Informations sur la transaction, p 32.

³⁶¹ Voir INDUSTRIE CANADA, *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, article 2.1

³⁶² Cette obligation résulte des dispositions de l'article 58 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., C-11, disponible sur <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/c-11/index.html>, visité le 17 avril 2004, et de celles de l'article 26 de la LPC, précitée note 2.

³⁶³ Yves DUTEIL, « La langue de chez nous », BMG, 1985.

l'information des internautes, alors il peut se tourner vers cette association professionnelle pour que celle-ci agisse comme médiateur, voire pour qu'elle écoute sa plainte, comme nous l'avons précédemment expliqué³⁶⁴.

[232] Enfin, l'information des internautes semble porter plus loin que simplement sur la qualité de publicité d'un message, les produits et l'identité de l'entreprise. Il semble même falloir informer le consommateur qu'il est en train de contracter.

4. Le formalisme indirect

[233] Bien que le principe en droit des contrats soit celui du consensualisme³⁶⁵, un certain formalisme se développe afin d'encadrer les étapes de la formation du contrat. En effet ; les textes normatifs non-étatiques recommandent l'utilisation d'un certain formalisme entourant la formation des contrats, afin notamment d'aider le consommateur à prendre conscience de la portée juridique de ses clics et de prévoir des éléments probatoires pour faciliter le déroulement du contrat et éventuellement la résolution des litiges qui pourraient en résulter. C'est ce qui est appelé « formalisme indirect »³⁶⁶.

[234] Ainsi, les *Lignes directrices de l'OCDE en matière de protection des consommateurs* comportent un quatrième principe très important intitulé le « processus de confirmation ». Il s'agit en l'espèce de reconnaître les spécificités du commerce électronique, notamment ses caractéristiques de virtualité des échanges, le fait que les internautes ne puissent toucher les objets et que les relations avec le site vendeur ne soient pas en personne, mais informatisées et de machine à machine – ce qui n'est pas [encore] naturel pour notre génération, et encore moins pour celles qui précèdent. En pratique, ce principe porte sur la confirmation de l'acte d'achat, que ce soit par exemple, sur son objet ou sur l'expression du consentement, deux éléments fondamentaux s'il en est, dans la formation du contrat. Bien que la publicité intervienne généralement lors des relations précontractuelles, le fait que sur Internet, comme nous l'avons dit, elle soit difficilement discernable de l'offre d'achat³⁶⁷, et qu'elle puisse, de plus influencer sur l'acte de consommation, il nous apparaît important d'exposer brièvement quelques remarques sur la formation contractuelle en ligne. Nous avons précédemment évoqué que la lecture à l'écran est plus malaisée que son pendant papier³⁶⁸, et ceci engendre un risque d'erreur accru, les consommateurs pouvant se méprendre sur la qualité, la taille, voire la quantité des produits. S'agissant de l'objet du contrat, ce risque est à considérer sérieusement puisque selon l'article 1400 du *Code civil du Québec*, l'erreur portant sur l'objet de la prestation vicie le consentement, ce qui remet en cause l'existence même du contrat,

³⁶⁴ Voir Chapitre 2, B., 2.

³⁶⁵ Cf. article 1385 du CcQ.

³⁶⁶ Voir en ce sens Vincent GAUTRAIS, « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois », *Juriscom.net*, 22 mars 1999, disponible sur <http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm#II>, visité le 17 avril 2004, et Vincent GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne », in Daniel POULIN et al, *Guide juridique du commerçant électronique*, (publié en collaboration avec le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal) Montréal, Éditions Thémis, 2003, chapitre 4, et également disponible sur http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_final.pdf, visité le 17 avril 2004.

³⁶⁷ Voir Première Partie, Chapitre B. 2.b., paragraphe 114.

³⁶⁸ Voir Chap 1 A., 1 a) supra et la note 76.

accord de volontés³⁶⁹. De même, un site qui ne serait pas explicite sur la manière d'exprimer son consentement pourrait ne pas être suffisant pour qu'un simple clic constitue un consentement « libre » et surtout « éclairé »³⁷⁰ que lui présente le site. Bien sur, les consommateurs en entrant leurs informations bancaires dans un formulaire électronique devraient bien se douter qu'ils sont en train de concrétiser un processus d'achat, mais cela est moins évident dans l'hypothèse où ce ne serait pas la première fois qu'ils font affaire avec le propriétaire d'un site et que ce dernier a déjà mémorisé les susdites informations, afin de faciliter le processus d'achat. L'internaute peut alors confirmer son achat à l'aide d'un simple clic, sans en avoir *a priori* conscience³⁷¹. Ainsi, il pourrait être approprié lorsque la conclusion du contrat est virtuelle, de soumettre sa formation à quelques touches de formalisme. Et ceci est l'objet du quatrième principe des lignes directrices de l'OCDE. Notons enfin que les *Lignes directrices de l'OCDE* font aussi mention à la possibilité d'obtenir et de conserver une trace complète et exacte de la transaction, facilitant ainsi la preuve pour les consommateurs.

[235] Concrétisant ces recommandations, le *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique* d'Industrie Canada consacre cinq articles au formalisme indirect à mettre en place pour de la formation du contrat³⁷². En pratique, les sites mettent en place des systèmes afin de permettre aux internautes de confirmer leur volonté d'achat, comme une page supplémentaire où ils vont devoir cliquer sur « continuer » ou « j'achète », ainsi qu'une procédure par laquelle ils vont envoyer un courriel reprenant les détails de la transaction. Nombreux sont ceux qui proposent également de suivre l'état de la commande à l'aide d'un code client, afin de voir si elle a été envoyée, par exemple. Certains sites vont même aller jusqu'à ne débiter le compte du « cyberconsommateur » qu'au moment de l'envoi de la commande.

5. La coopération internationale et l'exequatur

[236] Nous l'avons vu, la dimension internationale d'Internet nuit fortement à l'efficacité des recours normatifs traditionnels. Il était donc normal que les sources normatives institutionnelles³⁷³ se penchent sur ces questions, voire même proposent des solutions.

³⁶⁹ Voir article 1378 du CcQ.

³⁷⁰ Selon les termes de l'article 1399 du CcQ.

³⁷¹ Cette hypothèse n'est –hélas– pas théorique, mais elle est tirée de l'expérience personnelle de l'auteur avec le site <http://www.fnac.com>, qui malgré son humble connaissance juridique et ses lectures précisément sur la formation du contrat électronique, a acheté un CD sans s'en apercevoir ... notons que le site a été modifié depuis et qu'il propose un processus de formation du contrat en plusieurs étapes, avec notamment une étape finale de confirmation.

³⁷² Voir INDUSTRIE CANADA, *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, articles 3.1 à 3.5.

³⁷³ Les sources normatives institutionnelles que nous avons évoquées sont plus aptes à traiter de ces questions que les associations d'entreprises. En effet, nous touchons ici à des notions juridiques aussi fondamentales que séculaires telles la territorialité des lois, la souveraineté des états et le principe de non ingérence. Toute altération, toute fluctuation de ces concepts ne peut être réalisé qu'au niveau étatique et diplomatique. Les entreprises et les associations qui les représentent ne disposent d'aucuns pouvoir ni légitimité pour agir elles-mêmes en ce sens. Sur la question de la légitimité voir Deuxième partie, C.3. infra.

[237] L'apport principal des Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses du 11 juin 2003³⁷⁴ est qu'elles mettent l'accent sur la nécessaire coopération internationale entre les différents organismes de protection des consommateurs afin d'identifier et de poursuivre efficacement les auteurs des infractions. En effet, pour contourner les obstacles que sont la territorialité des lois et la dispersion géographique des intervenants à une transaction et des auteurs d'actes frauduleux, ces lignes directrices recommandent que les « organismes de contrôle en matière de protection des consommateurs »³⁷⁵ disposent des « compétences appropriées pour effectuer des enquêtes et prendre des mesures sur leur propre territoire »³⁷⁶, et ce afin de protéger les consommateurs nationaux contre des entreprises nationales³⁷⁷ ou étrangères³⁷⁸ qui se rendraient coupables de comportement frauduleux et trompeurs. De même, ces organismes de contrôle devraient être habilités à agir contre les entreprises nationales qui causeraient un préjudice aux consommateurs à l'étranger³⁷⁹. Ceci leur permettrait d'organiser une lutte plus efficace contre les auteurs de pratiques commerciales transfrontières et trompeuses, notamment en développant la coopération internationale.

[238] Le troisième principe des *Lignes directrices de 2003* est donc de favoriser cette coopération entre les différents organismes nationaux, afin de « coordonner leurs enquêtes et leurs activités de contrôle afin d'éviter toute interférence avec celles menées dans d'autres pays membres » de l'OCDE³⁸⁰. Cependant, le texte laisse une large latitude aux organismes de contrôle en précisant qu'ils ont le « droit de refuser de coopérer dans le cadre d'enquêtes ou de procédures particulières, ou de limiter [leur] coopération, ou de la soumettre à certaines conditions » si cela était contraire aux lois nationales ou aux « contraintes en matière de ressources » ou si « la procédure en cause ne présente pas d'intérêt mutuel »³⁸¹. Ainsi, on peut remarquer que bien que la nécessité de la coopération internationale soit de nombreuses fois évoquée dans le texte, elle n'est, et ne peut pas, être obligatoire pour les organismes de contrôle, certainement en respect du principe de la souveraineté nationale. De plus, les lignes

³⁷⁴ Précitées note 238.

³⁷⁵ Ces « organismes de contrôle en matière de protection des consommateurs » sont définis selon les termes du premier article, paragraphe D des Lignes directrices de 2003 comme « tout organe public national, tel que désigné par chaque pays Membre, ayant pour mission principale la mise en œuvre de lois contre les pratiques commerciales frauduleuses, trompeuses ou déloyales à l'encontre des consommateurs, et investi du pouvoir (a) de mener des enquêtes ou (b) d'engager des poursuites, ou bien de ces deux pouvoirs. Certains de ces organismes de contrôle en matière de protection des consommateurs peuvent également être chargés d'élaborer la politique de protection des consommateurs ». Ainsi, le Bureau de la concurrence correspondrait à cette définition au niveau fédéral canadien, puisque le Commissaire de la concurrence est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi sur la concurrence (article 7 (1) a.) et qu'il dispose de certains pouvoirs d'enquête tout comme de celui de l'opportunité des poursuites (conformément aux articles 10 à 25 de la Loi sur la concurrence). A l'échelle provinciale, la définition des Lignes directrices de 2003 pourraient s'appliquer à l'Office de la protection du consommateur qui est chargé de veiller au respect de la Loi sur la Protection du consommateur et de recevoir des plaintes (article 292) et qui dispose lui aussi de pouvoirs d'inspection et d'enquêtes (articles 305 à 302 de la LPC).

³⁷⁶ Lignes directrices de 2003, *op. cit.* note 238, Article V, paragraphe A, p 28.

³⁷⁷ Id.

³⁷⁸ Id., article V, paragraphe B., p 28.

³⁷⁹ Id., article V, paragraphe C., p 29.

³⁸⁰ Id., article III, paragraphe B, p 26.

³⁸¹ Id., article III, paragraphe A, p 26.

directrices encouragent l'utilisation d'accords bilatéraux ou multilatéraux afin de développer cette collaboration³⁸².

[239] Mais quelle serait l'information qui pourrait être échangée, l'entraide qui pourrait être apportée ? Afin de faciliter la lutte contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses, les organismes auraient besoin de s'échanger des « informations accessibles au public et autres informations non confidentielles », les « plaintes de consommateurs », sans oublier les

« renseignements concernant des adresses, numéros de téléphone, noms de domaine sur Internet, données de base sur les sociétés et autres renseignements permettant de localiser et d'identifier rapidement ceux qui se livrent à des pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses », et les « avis d'experts et éléments d'information sur lesquels reposent ces avis », ainsi que les « documents, renseignements provenant de tiers et autres preuves obtenus dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une autre procédure contraignante »³⁸³.

[240] De plus, nous devons préciser deux éléments importants qui ressortent de ces Lignes directrices. D'abord, il ne s'agit pas simplement d'échanger de l'information. Il faut le faire rapidement et efficacement, afin de s'adapter au rythme des infractions notamment commises sur Internet³⁸⁴. En outre, l'échange d'informations doit se faire dans le respect des dispositions en matière de protection de la vie privée non seulement nationales, mais aussi celles en vigueur dans les pays des internautes à qui les susdites informations sont demandées³⁸⁵.

[241] Enfin, les *Lignes directrices de 2003* mettent l'accent sur quelques particularités des infractions commises sur Internet. Comme ces dernières se révèlent particulièrement délicates à prouver et que leurs auteurs, passe-murailles virtuels, sont plus difficiles à identifier et à localiser que le célèbre Garou-Garou de Marcel Aimé, deux paragraphes traitent spécifiquement de la preuve. Il s'agit d'abord de s'assurer de l'exactitude des informations relatives aux en-têtes et aux données de routage ou concernant les noms de domaines³⁸⁶. Ensuite, il faut également « s'efforcer de préserver ces preuves, notamment celles de nature éphémères, dans le cadre d'enquêtes particulières jusqu'à ce qu'elles puissent faire l'objet d'un examen »³⁸⁷. Nous ne pensons pas que cette dernière recommandation vise à inciter les fournisseurs d'accès à Internet à enregistrer et à conserver pendant une durée raisonnable toutes les données de connexion qui transigent par leurs systèmes, comme le prévoyait la loi française sur la Sécurité Quotidienne³⁸⁸. Nous estimons qu'elles visent plutôt à encourager une grande diligence de la part des organismes de contrôle en matière de protection des consommateurs afin qu'ils commencent à recueillir les plus d'informations possibles et

³⁸² *Id.*, article III, paragraphe D, p 26.

³⁸³ *Id.*, article IV, paragraphe B, p 27.

³⁸⁴ *Id.*, article IV, paragraphes B et C, p 27.

³⁸⁵ *Id.*, article IV, paragraphe F, p 28.

³⁸⁶ *Id.*, article IV, paragraphe E, p 28.

³⁸⁷ *Id.*, article II, paragraphe C, p 25.

³⁸⁸ Nous faisons référence ici à l'article 29 de la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *Loi relative à la sécurité quotidienne*, qui est aujourd'hui abrogé. Le texte intégral de la loi est cependant disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/ta/ta0718.asp>, visité le 20 mars 2004.

ce, le plus tôt possible notamment à partir du moment où des comportements frauduleux leurs sont signalés.

[242] *Les Lignes directrices de 2003* visent aussi à instaurer un système de réparation transfrontière efficace pour les préjudices subits par les consommateurs³⁸⁹. Elles encouragent les pays membres de l'OCDE à concentrer leurs efforts afin de déterminer dans quelles mesures les organismes de contrôle pourraient aider les consommateurs dans leurs procédures internationales, en agissant en leur nom par exemple. Il s'agirait aussi de réfléchir sur l'efficacité des systèmes transfrontières existants pour la réparation des préjudices et sur les moyens qui pourraient être utilisés afin de geler les actifs des sociétés malhonnêtes situées à l'étranger. Un autre point important sur lequel les pays membres sont incités à réfléchir est l'exequatur des jugements³⁹⁰.

[243] Ces Lignes directrices formulent donc de profondes avancées dans l'approche traditionnelle étatique de lutte contre les pratiques commerciales frauduleuses ou trompeuses, envisageant notamment une tactique internationale de coopération et prenant spécifiquement en compte des particularités des communications sur Internet comme les noms de domaine ou les informations contenues dans les en-tête des courriels. Cependant, cette approche reste parallèlement assez classique dans les moyens utilisés pour contrer les contrevenants, puisqu'elle prône un pouvoir accru des organismes de contrôle étatiques afin qu'ils puissent plus efficacement utiliser les recours judiciaires traditionnels. Il s'agit, nous semble-t-il, de raffermir une main de fer télescopique qui pourrait aller attraper et punir les auteurs d'infractions, tout en dissuadant ceux qui pourraient avoir l'idée de les imiter³⁹¹.

[244] *Les Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique* abordent également l'harmonisation des législations fédérales et provinciales canadiennes, ainsi qu'au niveau international. Elles ne sont cependant que des lignes directrices, c'est-à-dire des recommandations sans caractère obligatoire, et leur mise en œuvre est donc subordonnée au bon vouloir des états.

[245] Actuellement, en pratique³⁹², le Canada a signé quelques accords de coopération internationale³⁹³, notamment avec les USA, le Mexique et la Communauté Européenne. Renseignements pris auprès du Bureau de la concurrence, des actions conjointes sont effectivement menées avec la Federal Trade Commission et les procureurs généraux américains si une compagnie canadienne contrevient aux dispositions de la loi sur la concurrence américaine³⁹⁴ et inversement. Précisons que pour cela il faut qu'une enquête formelle soit en cours³⁹⁵, ce qui pourra ensuite donner

³⁸⁹ Article II, paragraphe A. 4, p 24 et article VI, p 29.

³⁹⁰ Article VI, p 29 et article II, paragraphe G, p 25.

³⁹¹ Voir, sur la volonté de dissuasion : l'article II, paragraphe A, 1, selon lequel « ...les pays Membres devraient prévoir (...) des mesures efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les entreprises et les particuliers de se livrer à des pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses ».

³⁹² Les informations suivantes ont été obtenues lors de conversations téléphoniques avec des avocats du Bureau de la concurrence et de l'Office de la protection du consommateur du Québec de Montréal, en février et mars 2004.

³⁹³ Pour la liste des accords signés par le Canada, voir http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/h_ct02142f.html, visité le 27 mars 2004.

³⁹⁴ *The Sherman Antitrust Act* (1890), 15 U.S.C. §§ 1-7.

³⁹⁵ Suivant la procédure de l'article 10 de la *Loi sur la concurrence*.

lieu à une ordonnance d'un juge³⁹⁶. Mais la disproportion entre les coûts pour faire reconnaître un jugement à l'étranger et le préjudice subi reste toujours d'actualité, même s'il y a eu une coopération internationale au niveau de l'enquête !

[246] S'agissant de la coopération entre le Bureau de la concurrence et l'Office de la protection du consommateur québécois, le partage des preuves est possible, mais il s'agirait alors d'échanges informels dans le cadre d'une enquête et ce serait chose rare, car leurs dossiers sont souvent différents. L'OPC nous a confirmé être actif en matière de pratiques déloyales de commerce alors que le Bureau de la concurrence concentrait plus ses actions pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. En revanche, la collaboration entre les organismes provinciaux chargés de la protection des consommateurs semble être plus soutenue. Constatant la difficulté de faire reconnaître l'exequatur d'un jugement rendu au Québec dans une autre province, l'OPC nous a expliqué qu'il était préférable de porter à l'attention de l'organisme provincial les manœuvres des entreprises locales qui s'adressent au consommateur québécois de manière non conforme à la *Loi sur la protection du consommateur*. Cet organisme sera alors plus à même d'enquêter et de porter l'affaire devant les tribunaux de la province où l'entreprise critiquée a son siège social. L'efficacité des recours serait alors plus grande. Cependant, il existe une limite importante : ce qui peut constituer une infraction au Québec n'est pas forcément réprimé dans une autre province ! C'est ce qui pousse monsieur André Allard, avocat à l'OPC de Montréal à militer lui aussi en faveur d'une harmonisation des législations au niveau canadien, afin d'avoir une meilleure certitude lorsqu'un organisme de protection des consommateurs d'une autre province est interpellé pour enquêter sur les pratiques d'une entreprise située sur son territoire. Ainsi, la coopération n'est simple ni entre les provinces canadiennes ni entre le Canada et les autres pays étrangers.

[247] Nous avons présenté quelques-uns des points abordés dans les textes normatifs non-étatiques encadrant la « cyberpublicité ». Nous aurions pu aussi traiter des questions de sécurité des paiements et des transactions qui sont fondamentales pour le développement du commerce électronique, mais cela sort du cadre de notre étude. Nous aurions pu, en outre, approfondir la question du pourriel, mais elle est tellement large qu'elle pourrait, à elle seule, faire l'objet d'un mémoire de maîtrise ! Nous allons donc concentrer nos efforts pour compléter notre analyse de l'effectivité des recours normatifs alternatifs que nous venons d'évoquer.

C. Effectivité

[248] L'effectivité des recours normatifs est difficile à évaluer avec précision, mais nous pouvons nous intéresser à quelques facteurs qui nous donneraient des indices, voire matière à émettre quelques hypothèses. Nous allons donc successivement examiner les plaintes ainsi réglées, les sanctions qui peuvent être prises, ainsi que la légitimité de ces normes, et enfin leur rapport avec le droit.

³⁹⁶ Selon l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*.

1. Les caractéristiques des plaintes

[249] L'effectivité d'un recours est fonction de plusieurs facteurs. Notre méthodologie³⁹⁷ nous engage à étudier en premier le volume des plaintes, les délais nécessaires à leur traitement, et les coûts engendrés.

[250] La première remarque qui s'impose à nous c'est qu'il est fort difficile d'avoir des statistiques concernant le volume des plaintes déposées voire réglées à l'aide des recours normatifs, en matière de « cyberpublicité ». En effet, les associations professionnelles sont très discrètes sur ce sujet, tout au moins envers les consommateurs. En effet, aucune information n'est disponible sur le site de l'ACM concernant les différends qui ont été réglés par leurs soins. Il est par contre fort possible que les newsletters adressées aux membres en fassent mention, mais elles ne nous ont pas été accessibles. Nous ne pouvons donc pas évaluer l'effectivité des recours proposés par l'ACM en tant que tel.

[251] En revanche, les Normes de la publicité du Canada diffusent clairement des informations dans leur rapport annuel. Elles entendent les plaintes relatives à Internet depuis 1999³⁹⁸. Sur les vingt-trois plaintes ont été reçues en l'an 2000, quatre ont été considérées comme recevables³⁹⁹. L'année 2001 vit vingt deux plaintes déposées relativement à de la publicité sur Internet devant les instances des Normes de la publicité, dont deux ont été recevables⁴⁰⁰. Quarante consommateurs portèrent plainte en 2002 devant les NPC, et huit de ces plaintes furent recevables⁴⁰¹. Enfin, en 2003, cinquante-cinq plaintes furent déposées et quinze furent estimées recevables⁴⁰². Ce qu'il est important de remarquer c'est que pour vingt de ces vingt-neuf plaintes, une action positive de l'annonceur, lorsqu'il a été prévenu par les NPC de l'existence d'une plainte, a été prise, c'est-à-dire, soit retirer ou amender l'annonce de façon appropriée, soit publier un errata, et ce avant que l'affaire ne soit transmise au conseil pour évaluation et décision. Cela démontre l'influence morale des NPC, et la bonne volonté des annonceurs.

[252] S'agissant du volume des plaintes géré par les labels, il est considérable. TRUSTe a, par exemple, réglé une centaine de plaintes relatives à la vie privée par mois en 2003. Quant à BBBOnline, de très nombreuses plaintes sont également traitées

³⁹⁷ Voir Préliminaires, B. 1, supra.

³⁹⁸ Cependant pour cette première année les plaintes relatives à la publicité sur Internet n'ont pas été comptabilisées dans un document séparé, nous commenceront donc notre étude à partir de l'an 2000.

³⁹⁹ Elles étaient relatives à des prix inexacts, le contenu du site étant obsolète ou induisant les consommateurs en erreur, à une publicité ontarienne pour des mises à jour d'ordinateurs qui omettait des renseignements pertinents et n'établissait pas clairement tous les détails de l'offre, et à une annonce mensongère.

⁴⁰⁰ Les 2 plaintes retenues portaient sur l'utilisation de photos qui ne reflétaient pas la réalité, ce qui rendait la publicité mensongère, et sur des énoncés inexacts et mensongers quant aux prix et à la disponibilité des produits.

⁴⁰¹ Les 8 plaintes retenues invoquaient l'article 1 du code, relatif à la véracité, la clarté de l'exactitude. Il s'agissait de publicité mensongère, d'allégations inexactes notamment quant aux prix ou aux qualités des services offerts

⁴⁰² Il s'est agit de publicité mensongère sur les prix, de détails pertinents se rapportant à des offres qui n'étaient pas clairement énoncés et compréhensibles, d'énoncés inexacts quant au produit, de représentation inexacte sur les caractéristiques de produits.

chaque année⁴⁰³. En matière de publicité, par contre, et certainement parce qu'une seule entreprise a adhéré au programme BBB APP, seulement seize plaintes ont été reçues et deux décisions rendues. On trouve par contre, le texte intégral de ces décisions en ligne⁴⁰⁴. En matière de vie privée, BBBOnline a reçu environ une quinzaine de plaintes fondées par semestre en 2003, alors que les chiffres approchaient la quarantaine en 2002. Ce qui est très encourageant c'est que la aussi, la grande majorité des cas étaient réglés avant que le conseil ne rende sa décision.

[253] Le volume des plaintes est donc plus important lorsque l'on parle des recours normatifs que des recours juridiques traditionnels⁴⁰⁵.

[254] Ensuite, ce que nous pouvons noter à propos des recours normatifs, c'est que le dépôt des plaintes, même s'il est soumis à un préalable c'est-à-dire contacter l'entreprise, il est vraiment facile et simple à réaliser, puisqu'il ne s'agit que de remplir quelques formulaires ou d'envoyer un courrier électronique. A l'opposé, une procédure devant les tribunaux judiciaires québécois est beaucoup plus contraignante et exigeante. Les coûts sont également faibles, quel est, en effet le prix d'une quelques minutes de connexion Internet ? Il n'est pas nécessaire de se faire représenter par un avocat devant les conseils, et même, il ne semble pas que la présence du consommateur soit requise lors des audiences ! C'est donc une grosse économie de temps d'argent pour les internautes. Ce qui nous amène aux délais justement ; les procédures peuvent se dérouler en un maximum de trois mois à compter du dépôt de la plainte⁴⁰⁶, appel inclus, ce qui est quand même mieux que les recours judiciaires ou administratifs. En revanche, ce délai reste quand même important si l'on considère qu'une campagne publicitaire peut ne pas s'étendre sur plus de deux semaines ou que compte tenu qu'Internet permet de rejoindre un groupe incalculable de personnes, le public potentiel qui pourrait être touché en trois mois est considérable. C'est ce qui explique pourquoi les processus d'appel sont subordonnés au retrait de la publicité.

[255] Les recours normatifs présentent donc d'indéniables avantages par rapport aux recours juridiques traditionnels. On peut ainsi considérer que leur efficacité est très grande.

2. Les sanctions des recours normatifs

[256] Autre facteur fondamental lorsque l'on parle d'efficacité des recours normatifs, les sanctions. La principale différence entre les sanctions normatives et les sanctions des recours juridiques réside dans le type de contrainte exercé. L'application des sanctions judiciaires est garantie par l'arsenal de la puissance publique étatique. Au contraire, les sanctions normatives, de par leur nature, ne peuvent se prévaloir de la contrainte étatique. Or, pour qu'un recours puisse atteindre les effets recherchés par ses créateurs, c'est-à-dire en l'espèce de donner les moyens à un internaute de se plaindre

⁴⁰³ Voir par exemple le rapport d'activité de 2002 disponible sur http://www.dr.bbb.org/DRresults/2002WebComplaints_TOB.pdf, visité le 15 mars 2004.

⁴⁰⁴ Disponible sur <http://www.bbb.org/app/decision.asp>, visité le 15 mars 2004.

⁴⁰⁵ Nous avons conscience de ne pas avoir limité les recours normatifs à ceux qui étaient proposés au Canada, notamment en introduisant des données relatives au labels. Mais nous n'avons hélas pas trouvé de label canadien représentatif, et les entreprises canadiennes sont libres de souscrire aux labels américains TRUSTe et BBBOnline.

⁴⁰⁶ Précisons que les Normes canadiennes de la publicité ne font pas référence à des délais précis, mais à des « délais raisonnables ».

d'une publicité mensongère et de voir cette publicité amendée ou retirée des médias, il faut que les sanctions qui l'accompagnent soient suffisamment dissuasives et effectivement appliquées pour que les entreprises soient dissuadées de reproduire le comportement critiqué.

[257] D'après Pierre Lascoume et Evelyne Serverin, on peut distinguer trois phases dans le processus de sanction⁴⁰⁷ : la détection de la violation de la norme, son traitement, et son issue.

[258] S'agissant d'abord de la détection de la violation de la norme⁴⁰⁸ elle peut être concrétisée par les consommateurs, qui doivent alors réaliser un acte positif pour le porter à la connaissance d'une source normative qui pourrait être compétente, comme une association professionnelle ou un label. La difficulté ici réside dans l'identification de l'association professionnelle compétente, les entreprises ne clamant pas souvent leur adhésion au CMA comme elles affichent leur label TRUSTe, par exemple. La solution la plus simple est de porter la cause devant les Normes de la publicité, pour peu que l'entreprise soit canadienne et qu'elle contrevienne à des dispositions du *Code canadien des normes de la publicité*. Ensuite, les entreprises concurrentes peuvent signaler une violation des normes, notamment quand il s'agit de publicité comparative et qu'elle leur porte un préjudice. Ces procédures ne font pas partie de notre sujet, mais il nous fallait les citer. Enfin, les labels, lors de leurs contrôles annuels par exemple, peuvent constater qu'une entreprise ne respecte pas les dispositions des codes de conduite et peuvent alors s'auto-saisir pour étudier ce comportement disgracieux. Notons que la détection d'une violation des dispositions d'un code de conduite présuppose aussi la connaissance de ces susdits codes. Or, mis à part pour les labels, les lignes directrices établies par les associations professionnelles ne trouvent que peu d'échos hors des cercles spécifiques aux professionnels de la publicité. En revanche, les textes des sources d'origine institutionnelle ont plus de rayonnement, étant souvent évoqués dans les analyses juridiques, dans les discussions législatives et dans les enseignements en droit. Cependant, de quel niveau de connaissance « l'internaute moyen », personne raisonnable, dispose-t-il ? Cela est très difficile à évaluer. Ainsi, sur ce premier point, nous sommes fort mitigés, et nous estimons que, compte tenu du peu de « publicité » des textes normatifs, la détection de la violation de la norme pourrait être considérée comme une faille dans le processus de sanction normatif. Il serait peut-être utile que ces textes soient mieux mis à la connaissance des internautes, ils n'en seraient que plus efficaces.

[259] Ensuite, vient la question du traitement de la plainte. Nous avons déjà évoqué cette question précédemment en parlant des coûts et des délais⁴⁰⁹, et conclut à une grande efficacité des processus de traitement. Nous ne nous attarderons donc pas plus sur ce point. Quelques précisions doivent cependant être apportées sur la nature de la plainte. En matière strictement publicitaire, hors de tout contrat de consommation, les recours normatifs ne peuvent porter que sur la publicité litigieuse. Elle seule fera l'objet de l'analyse des conseils mis en place par les associations professionnelles. Le « cyberconsommateur » ne pourra prétendre à aucun dommage et intérêt pour un

⁴⁰⁷ Voir P. LASCOUME et E. SERVERIN, *loc.cit.*, note 25.

⁴⁰⁸ S'agissant de l'identification de l'auteur de l'infraction, le problème est similaire à celui évoqué précédemment, le fait que les recours soient normatifs ne change rien en la matière. Nous ne développerons donc pas plus sur ce point.

⁴⁰⁹ Voir paragraphe 1. supra.

éventuel dommage qu'il aurait subi. Encore une fois, le préjudice d'un internaute en matière de publicité, hors de toute relation contractuelle est difficile à évaluer.

[260] Enfin, la troisième phase d'un recours est son issue, c'est-à-dire la sanction elle-même. Nous avons vu que la violation des normes publicitaires était frappée par une sanction contractuelle (l'hypothétique retrait du sceau de certification) et/ou par une sanction sociale (la publicisation du comportement répréhensible de l'entreprise). Ces sanctions peuvent-elles être considérées comme dissuasives ? Dans un médium où la recherche de crédibilité et de notoriété est capitale pour le bon fonctionnement du commerce électronique, la mauvaise publicité qui découlerait de la constatation et de la condamnation de la diffusion d'annonces qui seraient préjudiciables aux internautes pourrait avoir de lourdes conséquences, comme la perte de clientèle auprès de « cyberconsommateurs » avertis, ainsi que la perte de marchés avec d'autres entreprises au comportement plus éthique. Le facteur qui va être ici le plus important, afin d'assurer la moindre effectivité à cette sanction sociale réside dans la diffusion de la condamnation de l'entreprise. Or en la matière, nous avons vu que cette information n'était pas accessible aux consommateurs sur le site du CMA, notamment. La sanction sociale serait alors au mieux circonscrite au milieu professionnel publicitaire. La pression des pairs ne doit pas être sous-estimée, notamment lorsque des marchés, des contrats sont en jeu. Cependant, cela n'aide qu'indirectement les « cyberconsommateurs ». En revanche, le rapport des Normes de la publicité est un bon moyen pour se renseigner sur les violations des Normes par les entreprises. D'abord, la publicisation varie suivant que l'entreprise ait rapidement régularisé la situation ou qu'elle ait préféré attendre la décision finale du Conseil. La sanction est donc proportionnée à l'infraction, ou tout au moins à la bonne foi de l'entreprise. La publication des exemples caviardés de violations et de leur régularisation permet d'encourager la création normative et incite aussi les entreprises à être pro-actives et à agir éthiquement lorsqu'on leur signale un problème. Cependant, ne pouvant évaluer quels sont la circulation et le lectorat de ce rapport annuel, nous ne pouvons avoir une idée précise, chiffrable de son influence.

[261] En effet, mesurer les effets d'une sanction sociale est un exercice délicat, surtout lorsque les rapports sociaux se déroulent sur Internet. Cependant, nos observations nous amènent à être relativement optimiste en la matière, notamment parce que le monde publicitaire est fort conscient de la nécessité d'introduire des éléments d'éthique dans leur travail, puisque l'avenir, la survie de leur profession en dépend⁴¹⁰. Sans attitude responsable de la part des annonceurs, la portée des publicités serait alors réduite, les internautes les effaçant ou les ignorant systématiquement, leur impact c'est-à-dire les achats qui en découleraient seraient en chute libre, et les entreprises

⁴¹⁰ Voir par exemple Dave Sousa de EmailLabs qui recommande de développement du courriel publicitaire de confiance (« trust-based e-mail marketing ») et qui constate que « while organizations wring their hands over whether unsolicited e-mails are spam, the train has already left the station – and absent e-mail marketing centered around trust, the consumer won't be on it. If recipients increasingly choose to simply delete their e-mails, there won't be an e-mail marketing industry left. », Dave SOUSA, « Trust Is the Best Practice for E-Mail », *DMNews*, 10 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25210, visité le 25 octobre 2003. Voir aussi la baisse de l'impact publicitaire (et donc des revenus) de DoubleClick attribuée au pourriel : Brian MORRISSEY, « Spam Slows DoubleClick E-Mail Business », *DMNews*, 20 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25326, visité le 25 octobre 2003. Voir enfin sur la question de l'autorégulation des pop-ups : Brian MORRISSEY, « As Pop-Ups Annoy, Online Ad Industry Seeks Remedies », *DMNews*, 6 novembre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25515, visité le 6 novembre 2003.

envisageraient à la baisse leurs investissements publicitaires, provoquant alors une crise dans l'industrie. La contrainte des moeurs est au final une puissante force économique.

[262] Nous avons observé deux sortes de sanctions ; s'ajoutant à la pression sociale, les sanctions contractuelles viennent compléter le dispositif contraignant des recours normatifs. Ce qui est frappant dans les dispositions des textes que nous avons évoqués c'est qu'ils cherchent à contractualiser les relations sur Internet, c'est-à-dire à introduire des obligations contractuelles dans les rapports entre entreprises (entre les labels et les compagnies certifiées) et entre les marchands et les internautes (avec les conditions d'utilisation et les politiques de vie privée). La loi des parties se substituant à une loi nationale dont l'application est incertaine, les internautes et les entreprises ressentent un sentiment de prévisibilité et de sécurité qui est favorable à la confiance et par conséquent aux échanges. Si un conflit surgit à propos de l'exécution du contrat⁴¹¹, des mécanismes sont mis en place pour y remédier soit en ligne, soit devant une instance normative, soit ultimement devant les tribunaux⁴¹². Il est quand même ironique que les normes issues de la communauté des internautes au sens large s'acharnent à réintroduire des obligations légales dans les relations virtuelles ! Il est bien loin le temps où John Perry Barlow proclamait l'indépendance du cyberspace⁴¹³ rejetant le besoin de lois, dont la légitimité était aussi fortement remise en question⁴¹⁴ !

[263] S'agissant de la légitimité justement, quelle est celle des textes normatifs et des recours qu'ils organisent ?

3. La délégation du pouvoir d'édition des normes

[264] En théorie, l'effectivité de recours est fonction de la légitimité des normes qui les organisent⁴¹⁵. S'agissant des sources institutionnelles, et considérant que le processus d'élaboration des textes est réalisé par des représentants des états, démocratiquement élus, ou pour le moins représentant juridiquement leurs gouvernements, nous sommes en droit d'estimer que leur légitimité comme assez satisfaisante.

[265] En revanche, s'agissant des normes d'origine commerciale, la situation est moins claire. D'après Jürgen Habermas, ce qui confère à la loi sa légitimité démocratique, ce n'est pas son contenu où se reflèteraient l'intérêt général et la justice sociale, mais plutôt le respect des procédures démocratiques pour son élaboration et sa promulgation⁴¹⁶. L'élément fondamental de ces procédures réside dans la discussion démocratique, puisque « seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient

⁴¹¹ Nous ne parlons ici pas de contrat d'achat de bien ou de services, mais des conditions d'utilisation ou de politique de vie privée.

⁴¹² Notons que souvent des clauses de forum sont contenues dans les conditions d'utilisation. Considérant que ces contrats peuvent être qualifiés de contrat d'adhésion et que les dispositions du Code civil du Québec (article 3117) et de la Loi sur la protection du consommateur (article 21) garantissent à l'internaute québécois l'application de la loi québécoise devant les tribunaux de sa province, nous avons de sérieux doutes sur la validité de ces clauses.

⁴¹³ J. P. BARLOW, loc.cit. note 57.

⁴¹⁴ D. R. JOHNSON et D. G. POST, loc.cit. note 57.

⁴¹⁵ Voir Chapitre 1, B., 2.c. supra.

⁴¹⁶ Voir, Jürgen HABERMAS, Droit et démocratie : entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997, développé dans Benoît FRYDMAN, Les transformations du droit moderne, Bruxelles, Fondation du Roi Baudouin, 1998, et dans A. Michael FROMKIN, « Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », Harvard Law Review, vol. 116, n°3, janvier 2003.

rencontrer l'accord de toutes les parties prenantes d'une discussion pratique »⁴¹⁷. Or, un débat contradictoire où tous les internautes seraient des intervenants est impossible en pratique ; « l'efficacité commande dès lors l'institutionnalisation des discussions relatives, tant à l'élaboration des normes [...] qu'à leur application à des cas litigieux [...] »⁴¹⁸, et ainsi il serait possible de centraliser la discussion démocratique et d'instaurer des processus de représentation des différents intérêts.

[266] En se basant sur cette théorie, Etienne Montéro démontre que puisque ce qui est légitime et démocratique dans la loi ce sont les procédures, alors « le modèle prescriptif des normes est désacralisé »⁴¹⁹, c'est-à-dire que légiférer n'est plus une chose sacrée. Le législateur peut désormais « remettre en cause le modèle unique de la règle de droit impérative et contraignante »⁴²⁰, puisqu'il est seulement « détenteur de la procédure légitimante »⁴²¹, qu'il peut déléguer, si cela est opportun, et notamment lorsque les règles nationales s'adapteront mal à la réalité d'Internet, et introduisant ainsi plus de souplesse dans le processus de réglementation⁴²².

[267] Dans la pratique, une telle procéduralisation implique que tous les intérêts concurrents soient pris en compte dans l'élaboration des normes. D'après Michael Froomkin, elle a été mise en œuvre par l'*Internet Engineering Task Force*⁴²³, ce qui l'autorise à espérer que cet exemple puisse se généraliser, pour le bénéfice de la communauté des internautes⁴²⁴. L'IETF s'est en effet assuré de garantir tous les intérêts qui sont en jeu, de qui se reflète dans la composition des panels de discussion pour l'élaboration des futurs standards techniques pour Internet, qui comprennent des représentants de toutes les parties intéressées, tous formellement égaux. Le but avoué est de garantir un degré élevé de transparence et d'ouverture, objectifs qui sont aussi poursuivis avec la diffusion de listes de discussion, permettant à tous les intéressés de prendre part au processus de discussion, dans le respect de la théorie habermasienne. Ainsi, comme la procédure utilisée peut-être qualifiée de démocratique, les normes qui résultent des travaux de l'IETF seraient légitimes vis-à-vis de la communauté entière des internautes. Mais qu'en est-il pour les normes issues des associations professionnelles et des labels ? En effet, leur élaboration est le fait des entreprises. Les consommateurs ne participent pas à leur élaboration autrement qu'indirectement, à travers les lois du marché et l'influence, que nous évoquions précédemment⁴²⁵, qu'ils exercent sur les marchands soucieux d'obtenir leur confiance et par la même, leur clientèle. Peut-on alors parler de légitimité de ces normes, selon les critères définis par Habermas ? Le seul échange vient du rapport des forces du commerce. Le besoin de développer la confiance dans le cyberspace est-il suffisant pour que l'on puisse estimer

⁴¹⁷ Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Ed. du Cerf, 1986, cité dans B. FRYDMAN, *Id.* p 67.

⁴¹⁸ *Id.* p 69.

⁴¹⁹ Etienne MONTERO et Axel LEFEBVRE, « Informatique et droit : vers une subversion de l'ordre juridique », dans *Droit des technologies de l'information – regards prospectifs*, Cahiers du CRID n°16, Éd. Bruylant, Bruxelles, 1999, p XII.

⁴²⁰ *Id.*

⁴²¹ *Id.*

⁴²² « Par opposition au législateur prescriptif et prospectif, on tend à privilégier la participation de la société civile pour engendrer un droit délibératif en mouvement, plutôt que de figer la volonté du législateur dans des textes autosuffisants ». *Id.* p XIII.

⁴²³ Ci-après IETF, disponible sur <http://www.ietf.org/>, visité le 17 avril 2004.

⁴²⁴ A. M. FROOMKIN, « Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », *loc.cit.* note 416, p 817.

⁴²⁵ Voir chapitre 2, paragraphe A. 3.

que la voix des internautes dans son ensemble est écoutée lors de l'élaboration des normes ? Dans une certaine mesure, peut-être, car les besoins des consommateurs sont réellement pris en compte lors de l'élaboration de cette éthique. D'un autre côté, le rapport des forces penche en faveur des « cybermarchands » qui imposent unilatéralement leurs normes, dans des politiques de vie privée par exemple. Mais là aussi, le besoin de confiance vient limiter les risques d'abus. De plus, ça ne veut pas dire que ces normes à la légitimité défaillante ne sont pas justes ou équitables. Elles sont fortement influencées par les textes internationaux et par les lois. On y retrouve en effet, les principes de l'OCDE en matière de gestion des données personnelles et les principales dispositions en matière de publicité trompeuse de la Loi sur la concurrence et de la Loi sur la protection du consommateur. Elles vont même parfois plus loin que ces obligations légales en encadrant des pratiques spécifiques à la publicité en ligne. Enfin, notons que leur manque de légitimité ne nuit peut-être pas tant que ça à leur efficacité et à leur effectivité, puisque leur respect est garanti contractuellement dans le cas des labels, ou à l'aide de systèmes de règlement des différends comme pour les NCP. Ainsi, introduire des obligations conventionnelles et des systèmes de recours efficaces et même efficaces, permet de pallier au déficit de légitimité et de permettre aux normes d'origine commerciale de réaliser les effets recherchés, voulus.

4. Les normes volontaires et le droit

[268] Ce qui transparait de notre étude c'est d'abord l'interconnexion des normes et des lois, leur influence les unes sur les autres. En effet, comme l'explique Isabelle Falque-Péroquin :

« l'autorégulation ne remplace ni la loi ni le juge. Il s'agit de décliner, d'explicitier les principes de la loi, dans des environnements non prévus par celle-ci. Il s'agit d'agir de façon préventive, contre la commission d'infractions, en définissant des usages, des modes de comportement, des outils adaptés à un environnement nouveau. Ce mode d'intervention est ici plus efficace qu'une réglementation d'origine étatique, car il est volontairement élaboré et respecté par les acteurs »⁴²⁶.

L'influence des textes législatifs (et des normes d'origine institutionnelle) est sensible dans l'élaboration des normes, le but étant, comme nous l'avons vu, de chercher à garantir une protection équivalente pour les « cyberconsommateurs », à celle dont ils bénéficient lorsqu'ils entretiennent des relations commerciales dans le monde tangible. Ainsi, alors que nous concluions précédemment à l'inefficacité des recours juridiques traditionnels en matière de publicité en ligne, nous devons reconnaître que les lois qui les organisent ont cependant une efficacité symbolique, indirecte, avérée⁴²⁷, les objectifs

⁴²⁶ In « Le conseil d'état et la régulation d'Internet », D. BAHU-LEYSER et P. FAURE (dir), Ethique et société de l'information, op.cit. note 76.

⁴²⁷ Citons seulement Mauricio GARCIA VILLEGAS selon lequel « Les fonctions du droit ne peuvent pas être expliquées à partir du schéma en noir et blanc de son efficacité ou inefficacité instrumentale [...] il y a toute une zone grisâtre d'influence juridique dans laquelle le droit agit comme un discours qui crée une représentation à partir de laquelle certaines pratiques sont rendues possibles ». in « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », RJEJ 1995, 34, p155 et Léopold GÉNICOT sur l'effet indirect de la loi qui explique qu'« une loi peut n'avoir pas ou avoir été mal observée mais avoir ouvert une brèche, formulé une idée ou dicté un pratique qui, à brève ou lointaine échéance, se sont imposées », « la loi », in

qu'elles cherchent à atteindre ayant trouvé d'autres relais, d'autres moyens pour être réalisés.

[269] Ajoutons à cela que les normes elles aussi peuvent avoir une influence sur le droit positif. D'après Pierre Trudel, les normes volontaires utilisent des voies multiples⁴²⁸. Elles sont d'abord révélatrices des usages, et d'après certains auteurs, « le droit ne crée pas vraiment la plupart des normes qu'il comporte; il les reçoit, les emprunte des autres systèmes normatifs »⁴²⁹. Le législateur pourra donc être enclin à introduire dans ses lois et règlements des éléments d'origine normative. Un des meilleurs exemples est certainement la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques* intègre par son article 5 (1), les principes énoncés dans le *Code type sur la protection des renseignements personnels*⁴³⁰, élaboré par l'Association canadienne de normalisation et accorde ainsi à des normes issues de l'autoréglementation une légitimité accrue. Précisons de plus que, lorsque la loi fait référence à un texte et qu'elle en intègre une version dans son corpus législatif, elle en cristallise le contenu. Mais, elle pourrait également s'abstenir de reprendre les dispositions normatives dans le corps de la loi et ainsi littéralement déléguer l'exercice du pouvoir législatif. En effet, dans cette hypothèse, les normes seraient adaptées par l'industrie, au fil des évolutions technologiques et sociales, et les nouvelles versions des textes autoréglementaires serviraient pour interpréter et appliquer la loi⁴³¹. Enfin, les normes peuvent entrer dans le droit grâce à l'intervention des tribunaux qui ont souvent recours aux usages du commerce afin d'interpréter des contrats⁴³². Ainsi la régulation du cyberspace semble passer nécessairement par une combinaison des différentes sources normatives qui utilisées séparément, se révèlent insatisfaisantes ; la loi est difficilement efficiente et les usages commerciaux manquent de légitimité démocratique. Comme le constate Yves Pouillet, « l'autorégulation, loin d'être un substitut à la réglementation apparaît plutôt comme son complément, offrant une réelle valeur ajoutée »⁴³³. En effet, il nous apparaît que l'efficacité des recours normatifs est fortement tributaire des dispositions légales, quant au contenu des normes, comme quant à la contractualisation donc à la juridicisation des rapports.

Typologie des sources du Moyen Age occidental, sous la direction de Léopold GÉNICOT, Fasc. 22, Brepols-Turnhout – Belgique 1977.

⁴²⁸ P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *loc. cit.* note 41.

⁴²⁹ Voir Jean CARBONNIER, cité par P. TRUDEL, *id.* qui fait également référence à Guy ROCHER, estimant que « le droit montre une certaine porosité à l'égard de la production normative émanant d'autres univers pratiques ».

⁴³⁰ Code type sur la protection des renseignements personnels, précité. note 273.

⁴³¹ Voir P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Id.*

⁴³² Voir 1267623 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc., précité note 294.

⁴³³ In « Vers la confiance : Vues de Bruxelles: un droit européen de l'Internet ? » Colloque International Droit de l'Internet Approches européennes et internationales 19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, Paris, disponible sur http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Pouillet_Y.pdf, visité le 27 mars 2004.

Conclusion

[270] La faillite des recours législatifs traditionnels a pour effet de permettre le développement des recours normatifs. Mais les recours normatifs sont basés sur des normes volontaires qui œuvrent pour refaire entrer des relations juridiques, et les recours contractuels qui les accompagnent, dans un milieu où l'influence légale étatique fait défaut. C'est l'avènement du droit contractuel sur les droits nationaux, de la loi du marché sur les lois étatiques. Internet, pur fruit du capitalisme, met en évidence l'influence du médium sur le droit. Ainsi, le contenu du droit est appelé à évoluer afin d'encadrer des dérives inventées par les « cyberacteurs », comme le pourriel ou la gestion automatisée des données personnelles, tout comme dans sa façon de le concevoir. Remarquons qu'en reconnaissant une certaine effectivité, en l'occurrence une influence, de normes « cybercommerciales », c'est-à-dire originant d'Internet, médium international, c'est le principe de souveraineté, fondement de nos systèmes juridiques que l'on ébranle !

[271] Analyser l'effectivité des recours offerts aux internautes en matière de « cyberpublicité » est un exercice qui illustre fort bien de nombreuses problématiques en matière d'encadrement juridique du cyberspace.

[272] Les résultats de notre étude nous poussent à favoriser les recours normatifs, notamment parce qu'ils sont moins coûteux et plus efficaces que les recours juridiques traditionnels. Les recours administratifs seraient aussi une solution plutôt satisfaisante. Cependant, vu l'interaction qui existe entre les différentes normes, la notion étant ici utilisée au sens large pour inclure la loi, nous reconnaissons que les textes législatifs et les recours qu'ils organisent sont nécessaires à leur effectivité, et qu'ils ne doivent pas être négligés. Cependant, même les recours normatifs ont des limites. Et il n'y a donc pas de panacée aux préjudices subits par les internautes, le médium est encore jeune et en plein développement. Le développement des normes et de l'éthique marchande marque l'adolescence d'Internet, les « cybermarchands » s'organisant pour développer des pratiques responsables, pour limiter, justement, les risques d'atteintes aux droits des consommateurs. L'éducation des internautes est aussi un élément fort important pour le développement de l'Internet et l'effectivité des recours. Il est important qu'ils connaissent l'existence de toutes les solutions qui sont à leur disposition et compte tenu du peu de publicité à leur égard que font les associations professionnelles, ces recours normatifs ne peuvent pour le moment constituer un réflexe pour les internautes. D'autres solutions seraient éventuellement disponibles et auraient une action a priori, il s'agit des solutions techniques qui empêcheraient la collecte des données personnelles ou qui supprimeraient l'apparition de *pops-up* ou qui filtreraient le pourriel, par exemple. Mais ceci serait un tout autre sujet.

Annexe

Un exemple de spam nigérien :

De: bala mohammed [balamohammed@fsmail.net]

Envoyé: 9 janvier 2004 13:25

À: balamohammed@fsmail.net

Objet: SEASONS GREETINGS!

Dear Sir

Compliments of the season

I am the manager Union Bank of Nigeria(UBN). In one of routine audit checks in my bank I discovered an abandoned sum of Thirty Three Million Three Hundred Thousand UNITED .STATES DOLLARS only(US\$33.3M) in an account that belongs to one of our foreign customers, by name, Mr. Bob Robert Chapman, African Area Director of Wycliffe bible translators international,who died along with his wife, Ruth Chapman,in January 2000 in a Kenyan plane crash in the coast of Abidjan,Ivory Coast.

Since we got information about his death, we have been expecting his next of kin to come over and claim his money because we can not release it unless somebody applies for it as next of kin or any relation to the deceased as indicated in our banking guidelines.

Unfortunately I learnt that his supposed next of kin died along with him at the plane crash leaving nobody behind for the claim. it is therefore upon this discovery that I decided to make business with you and release the money to you as the next of kin or relation of the deceased for safety and subsequent disbursement since nobody is coming for it and we don't want this money to go into federal government account as unclaimed bill. The banking laws and the guidelines here stipulates that if such money remained unclaimed after four years the money will be transferred into banking treasury as unclaimed fund.

The request of a foreigner as next of kin in this business is occasioned by the fact that the customer was a foreigner and a Nigerian cannot stand as next of kin for a foreigner. It is agreed that a certain percentage of this money will be for you as my foreign partner, there after I will visit your country for disbursement according to the percentage agreed.

Therefore to enable the immediate transfer of the fund to you as arranged, you must apply first to the bank as a relation or next of kin of the deceased indicating your bank account number and location wherein the money will be remitted.

Upon receipt of your reply I will send to you the text of the application.

As soon as you receive this letter, you should contact me through my e-mail balamohammed@fsmail.net

Trusting to hear from you immediately.

Yours faithfully

BALA MOHAMMED
General Manager, UBN.

Bibliographie

1. Table de la législation

a. Textes constitutionnels

Charte Canadienne des droits et libertés, L.R.C. (1982), App II, n°44, ann.B, partie 1.

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

b. Textes fédéraux

Loi sur la concurrence, L.R. 1985, c. C-46.

Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques, L.C. 2000, ch.5.

c. Textes québécois

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

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

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

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

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.Q. 2001, c. 32.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.

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

d. Textes européens

COMMISSION EUROPEENNE, décision du 20 décembre 2001, C (2001) 4539, Journal Officiel n° L 002 du 04/01/2002 p. 0013 – 0016.

CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, adoptée le 28 janvier 1981 à Strasbourg.

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Directive 95/46/CE, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23 novembre 1995, p 31.

e. Textes internationaux

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996.

2. Table de la jurisprudence

1267623 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc., 14 juin 1999, [1999] O.J.No.2246, numéro de greffe : C 2 0 5 4 6 / 9 9 , disponible sur <http://www.cuberspacelaw.org/loren/netiquette.html>, visité le 4 mars 2003.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc., 30 mai 2002, 2001 CACT 24, numéro de dossier : CT200001, numéro de greffe : 0075a.

F.T.C. c. Sterling Drug Inc., 1963, 317 F.R. (2d) 669 (U.S.C.A.) (second circuit).

Procureur Général du Québec c. Irwin Toy Ltd., [1989] 1 R.C.S. 927.

R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S.1299.

R. c. Eaton Co. Ltd., (1976) 26 C.P.R. (2d) 118 (S.C. Atla).

R. c. Imperial Tobacco Products Ltd., [1971] 5 W.W.R. 409.

R. c. Tege Investments Ltd., (1981) 51 C.P.R. (2d) 216 (P.C. Atla).

R. c. Tremco Manufacturing Co. (Canada) Ltd., (1974) 15 C.P.R. (2d) 232 (C.C. Ont.).

R. v. Garibaldi Lifts Ltd., (1977), 33 C.P.R. (2d).

R. v. Imperial Optical Co. Ltd., (1972), 7 C.P.R. (2d) 146.

R. v. McKay's Television and Appliances Ltd., (1970), 65 C.P.R. 126 (Ont. Co. Ct.).

R. v. Park Realty Ltd., (1978), 43 C.P.R. (2d) 29.

R. v. R.M. Lowe Real Estate Ltd., (1978), 39 C.P.R. (2d) 266.

R. v. Readers Digest Assn. (Canada) Ltd., (1974), 17 C.P.R. (2d) 173.

Sommaire du cas LRPDÉ # 162, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, 16 avril 2003, disponible sur <http://www.canlii.org/ca/jug/cvpc/2003/2003cvpc10049.html>.

Sommaire du cas LRPDÉ #2, Commissaire a la protection de la vie privée du Canada, 3 juillet 2001, disponible <http://www.ijcan.org/ca/jug/cvpc/2001/2001cvpc10025.html>.

Sommaire du cas LPRPDÉ #25, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, 20 novembre 2001, disponible sur <http://www.ijcan.org/ca/jug/cvpc/2001/2001cvpc10002.html>.

3. Table des normes

ASSOCIATION CANADIENNE DE MARKETING, « Code de déontologie et normes de pratiques », disponible sur <http://www.the-cma.org/french/ethics.cfm>, visité le 4 avril 2004.

ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, « Code type sur la protection des renseignements personnels, CAN/CSA – Q 830-96 » disponible sur <http://www.csa.ca/standards/privacy/code/Default.asp?language=french>, visité le 4 avril 2004.

BBBONLINE, « BBB Code of Advertising », disponible sur <http://www.bbb.org/membership/codeofad.asp>, visité le 20 janvier 2004.

BBBONLINE, « Pratiques d'éthique professionnelle à l'usage des entreprises dans le cadre de leurs transactions avec les consommateurs », disponible sur <https://www.bbbonline.org/reliability/code/code.asp>, visité le 20 janvier 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Code international ICC de marketing direct », juin 2001, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/2001/translations/Code%20international%20de%20marketing%20direct.htm, visité le 15 février 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Code international ICC de vente directe », juin 1999, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1999/translations/vente_directe.asp, visité le 15 février 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité », avril 1997, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/translations/pratiques_en_matiere_de_publicite.asp, visité le 15 février 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Code international ICC sur le parrainage », disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1992/French/parrainage.asp, visité le 15 février 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet », avril 1998, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp, visité le 15 février 2004.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Commission du marketing, publicité et distribution, « Code international ICC de pratiques loyales en matière de promotion des ventes », mai 2002, disponible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/French_translations/code_promotion_des_ventes.asp, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « Information Security Guidelines », disponibles sur <http://www.the-dma.org/guidelines/informationsecurity.shtml>, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « The DMA Privacy Promise », disponible sur <http://www.dmaconsumers.org/privacy.html>, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « Direct marketing Association's Online Marketing Guidelines and Do the Right Thing Commentary », janvier 2002, disponibles sur <http://www.the-dma.org/guidelines/onlineguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « Direct Marketing Association' Guidelines for List Practices », disponible sur <http://www.the-dma.org/guidelines/maillinglistguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « Privacy Promise Member Compliance Guide », juillet 2002, disponible sur <http://www.the-dma.org/privacy/privacypromise.shtml>, visité le 15 février 2004.

DIRECT MARKETING ASSOCIATION, «Direct Marketing Association Guidelines to Ethical Business Practice », octobre 2003, <http://www.the-dma.org/guidelines/ethicalguidelines.shtml>, visité le 15 février 2004.

DIVERS AUTEURS, « Acceptable Use Policies », disponibles sur <http://www.rice.edu/armadillo/acceptable.html>, visité le 4 avril 2004.

DIVERS AUTEURS, « La Netiquette », 1995, disponible sur <http://www.dtcc.edu/cs/rfc1855.html/>, visité le 5 avril 2004.

INDUSTRIE CANADA, « Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique », janvier 2003, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01861f.html>, visité le 6 février 2004.

INDUSTRIE CANADA, « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique », août 1999, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ca01182f.html>, visité le 6 février 2004.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, « Email Marketing pledge », disponible sur http://www.iab.net/standards/iab_email_pledge.asp, visité le 15 février 2004.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, « Ethical Email Guarantee », disponible sur http://www.iab.net/standards/iab_email_guarantee.asp, visité le 15 février 2004.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, « Privacy Guidelines », disponible sur <http://www.iab.net/standards/privacy.asp>, visité le 15 février 2004.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, « Rich Media Guidelines », disponible sur <http://www.iab.net/standards/richmedia.asp>, visité le 15 février 2004.

NATIONS UNIES, « Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel », résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies # 45/95 du 14 décembre 1990, disponible sur http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/71_fr.htm, visité le 30 décembre 2003.

NORMES CANADIENNES DE LA PUBLICITÉ, « Code canadien des normes de la publicité », révision mai 2003 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2003), disponible sur <http://www.adstandards.com/fr/Standards/adStandards.pdf>, visité le 8 février 2004.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données de caractère personnel », Paris, 23 septembre 1980, disponible sur http://www.oecd.org/document/57/0,2340,fr_2649_201185_1815225_1_1_1_1,00.html, visité le 4 avril 2004.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique », disponible sur <http://www1.oecd.org/publications/e-book/9300023E.PDF>, visité le 4 avril 2004.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses », recommandation du Conseil de l'OCDE du 11 juin 2003, disponibles sur <http://www.oecd.org/dataoecd/24/18/2956424.pdf>, visité le 4 avril 2004.

4. Monographies et recueils

ARNAUD, A.-J., et J. FARINAS DULCE, Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques, Bruxelles, Bruylant, 1999.

BAHU-LEYSER, D. et P. FAURE (dir.), Éthique et société de l'information, Paris, Documentation Française, 2000.

BÉRIAULT Y., M. RENAUD et Y. COMTOIS : Le droit de la concurrence au Canada, Scarborough, Carswell, 1999.

BERNOUX, P. et SERVEL, J.-M., La construction sociale de la confiance, coll. « Finance et Société », Paris, Montchrétien, 1997.

CANTO-SPERBER, M., Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, 3e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2001.

CARBONNIER, J., Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2001.

CARBONNIER, J., Sociologie juridique, Paris, PUF, 1978.

CENTRE D'ÉTUDES DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES (CETEL), Éléments théoriques pour l'étude de la construction des normes juridiques, Université de Genève, 1978.

CHASSIGNEUX, C., L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2003, à paraître aux Éditions Thémis, Montréal.

CROTEAU C., L'effectivité en entreprise de la LPRP, mémoire de maîtrise, Montréal, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2001.

DEMERS, V., Le contrôle des fumeurs – Une étude d'effectivité du droit, Montréal, Thémis, 1996.

FRÉMONT, J. et J.P. DUCASSE, Les autoroutes de l'information : enjeux et défis, Montréal, Éd. Les chemins de la Recherche, 1996.

FRYDMAN, B., Les transformations du droit moderne, Bruxelles, Fondation du Roi Baudouin, 1998.

FUSARO, M., Commerce électronique – Comment créer la confiance ?, Collection Les communicateurs, Isabelle Quentin Éditeur, 2002.

GAUTRAIS, V. (dir.), Droit du commerce électronique, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

GAUTRAIS, V., Le contrat électronique international, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2001.

GEIST, M. A.: Internet Law in Canada, New-York, Captus Presse, 2000.

GÉNICOT, L. (dir.), Typologie des sources du Moyen Age occidental, Fasc. 22, Brepols-Turnhout – Belgique 1977.

GENICOT, L. (dir.), Typologie des sources du Moyen Age occidental, La Loi, Fasc. 22, Brepols-Turnhout, Belgium, 1977.

JENKINS, I., Social order and the limits of law: a theoretical essay, Princeton, Princeton University Press, 1980

KATSH, E., Law in a digital world, New York, Oxford University Press, 1995.

KATSH, E., The electronic media and the transformation of law, New York, Oxford University Press, 1989.

KELSEN, H., Théorie générale du droit et de l'état, traduit par Béatrice Larouche et Valérie Faure, Paris, LGDJ, 1997.

L'HEUREUX, N. : Droit de la consommation, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2000.

LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité, Montréal, Thémis, et Bruxelles, Bruylant, 1998.

LEPAGE, A., Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet, Paris, Litec, 2002.

MACNEIL, I.R., The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations, Yale University Press, 1981

MAS-FOVEAU, S. et M. BENACHOUR-VERESTREPEN, Le commerce électronique en toute confiance, Paris, Litec, 2001.

MASSE, C., Loi sur la protection du consommateur, analyses et commentaires, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1999

MCLUHAN, M. : Pour comprendre les médias : les prolongements technologiques de l'homme, traduit de l'anglais par Jean Paré, Montréal, Éd. Hurtubise HMH, 1972.

MILLARD, E., H. KELSEN, H. L.A. HART et M. TROPER, Dossier : Théories réalistes du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg n°4, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.

MORAND, C.-A., Le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2001.

PERRIN, J.-F., Introduction à la sociologie du droit privé, Travaux de théorie du droit et de sociologie juridique, CETEL, Faculté de droit, Université de Genève, 1988.

PERRIN, J.-F., Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève-Paris, Librairie Droz, 1979.

POULIN, D. et al (dir.), Guide juridique du commerçant électronique, (publié en collaboration avec le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal) Montréal, Éditions Thémis, 2003.

REID, H., Dictionnaire de droit québécois et canadien, Montréal, Wilson et Lafleur, 2^e éd., 2001.

RHEINGOLD, H., Les communautés virtuelles, (Trad. Lionel Lumbroso), 1995, Paris, Addison-Wesley France

SUSSKIND, R., The future of law – Facing the challenges of information technology, New York, Clarendon Press Oxford, 1996.

TAKACH, G.S., Computer Law, Toronto, Irwin Law, 2003.

TOUDCOZ, J., Le principe d'effectivité en ordre international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.

TRUDEL, P. et F. ABRAN, Droit de la Radio et de la Télévision, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, Montréal, Éd. Thémis, 1991.

TRUDEL, P., F. ABRAN, Karim BENYEKHEF et Sophie HEIN, Droit du cyberspace, Montréal, Éd. Thémis, 1997.

VIER, C. (dir.), L'Internet et le droit : droit français, européen et comparé de l'Internet : actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000, LÉGI-Presse, Victoires-Éditions, 2001

VILLA, V., La science du droit, traduit par Odile et Patrick Nerhot, Paris, LGDJ, 1990.

WEBER, M., Sociologie du droit, Paris, PUF, 1986.

YOUNG, D. M. et B. R. FRASER: Canadian Advertising and Marketing Law, Toronto, Carswell, 1990.

5. Articles de revues

ABAD, V., « La collecte sur l'Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire », 7 mars 2003, Droit et Nouvelles Technologies, disponible sur http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=97, visité le 17 avril 2004.

ADKINSON, W.F.JR., J. A. EISENACH, et T. M. LENARD, « Privacy online : a report of the information practices and policies of commercial web sites », mars 2002, Progress & Freedom Foundation, disponible sur <http://www.pff.org/publications/ecommerce/0302privacyonlinereport.pdf>, visité le 4 avril 2004.

BARTOW, A., « Women as targets : the gender-based implications of online consumer profiling », FTC, Comment to the Department of Commerce and Federal Trade Commission, 8 novembre 1999, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/workshops/profiling/comments/bartow.htm>, visité le 4 avril 2004.

BENYEKHEF, K., « L'Internet, un reflet de la concurrence des souverainetés », Lex Electronica, vol. 8 n°1, automne 2002, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>, visité le 14 janvier 2004.

BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi – Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (le concept d'« *implementation* ») », (1986) 2 Droit et Société 59.

BRUN, B., « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », Lex Electronica, vol. 7, n°1, été 2001, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/brun.htm>, visité le 4 avril 2004.

CAHIR, J., « Understanding Information Laws: A Sociological Approach », The Journal of Information, Law and Technology, 2002 (3), disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-3/cahir.html>, visité le 18 mars 2004.

CARBONNIER, J., « L'effectivité et ineffectivité de la règle de droit », Année sociologique, 1958, p3.

CARLTON, C.F., « The right to privacy in Internet commerce: a call for new federal guidelines and the creation of an independant privacy commission », 16 Saint John's Journal of Legal Commentary 393, printemps/été 2002.

CÔTÉ, M.-H. : « Application des lois nationales à l'Internet : Étude de l'encadrement juridique de la publicité », mémoire de maîtrise, Université de Montréal, janvier 1999.

CRUTCHFIELD GEORGE, B., P. LYNCH et S. F. MARSNIK, « U.S. Multinational Employers: Navigating through the "Safe Harbor" Principles to comply with the EU Data Privacy Directive », 38 Am. Bus. L.J. 73, été 2001.

CULNAN, M.J., « Georgetown Internet Privacy Policy Survey: Report to the Federal Trade Commission », disponible sur <http://www.msb.edu/faculty/culnanm/gippshome.html>, visité le 4 avril 2004.

De GROOTE B., et J.-F. DERROITTE, « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ? » Lex Electronica, vol. 9, n°1, hiver 2004, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/degrotte.htm>, visité le 4 avril 2004.

DE LAMBERTERIE, I., « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », Colloque International Droit de l'Internet : Approches européennes et internationales -19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, disponible sur http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Lamberterie_I.pdf, visité le 4 avril 2004.

DIEDRICH, F., « A law of the Internet? Attempts to regulate electronic commerce », 2000 (3) The Journal of Information, Law and Technology, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/diedrich.html>, visité le 18 mars 2004.

DINANT, J.-M. : « Le visiteur visité. Quand les éditeurs de logiciel Internet passent subrepticement à travers les mailles du filet juridique », Lex Electronica, vol. 6, n°2, hiver 2001, disponible <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-2/dinant.htm>, visité le 4 avril 2004.

DINANT, J.-M. : « Les traitements invisibles sur Internet », présenté lors d'une conférence à l'Institut Universitaire International à Luxembourg, juillet 1998, disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/Luxembourg.html>, visité le 4 avril 2004.

EASTERBROOK, F.H., « Cyberspace and the law of the horse », 1996 U. Chi. Legal F. 207.

FERRARO, A., « Electronic Commerce: The Issues and Challenges to Creating Trust and a Positive Image in Consumer Sales on the World Wide Web », First Monday,

Volume 3, numéro 6, 1^{er} juin 1998, disponible sur http://www.firstmonday.dk/issues/issue3_6/ferraro/index.html, visité le 4 avril 2004.

FORUM INTERNET, « Canada : le protecteur à la vie privée croque dans les cookies », 27 juin 2003, disponible sur <http://www.foruminternet.org/actualités/lire.phtml?id=593>, visité le 1^{er} juillet 2003.

FRAYSSINET, J., « La protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet? », Colloque International Droit de l'Internet : Approches européennes et internationales -19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, disponible sur <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Frayssinet.pdf>, visité le 4 avril 2004.

FROMHOLZ, J. M., « Berkeley Technology Law Journal Annual Review of Law and Technology: VI. Foreign & International Law. The European Union Data Privacy Directive », 15 Berkeley Tech. L.J. 461, 2000.

FROOMKIN, M.A., « Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », Harvard Law Review, vol. 116, n°3, janvier 2003.

FROOMKIN, M.A., « Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace », Harvard Law Review, vol. 116, n°3, janvier 2003.

GALINDO, F., « A code of practice for the globalisation of electronic commerce and government », 2002 (1) The Journal of Information, Law and Technology, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-1/galindo.html>, visité le 18 mars 2004.

GARCIA VILLEGAS, M., « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », (1995) 34 RIEJ 155.

GARCIA VILLEGAS, M., « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », R.J.E.J. 1995, 34, p 155.

GAUTRAIS, V., « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 C.P.I. 61-130.

GAUTRAIS, V., G. LEFEBVRE et K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », (1997) Revue de droit des affaires internationales 547-585.

GIBBONS, L.J., « No regulation, government regulation, or self-regulation: social enforcement or social contracting for governance in cyberspace », 6 Cornell Journal of Law and Public Policy 475, printemps 1997.

GLASNER, J., « Whose Data Is That, Anyway? », Wired News, 19 juin 2003, disponible sur <http://www.wired.com/news/business/0,1367,59301,00.html>, visité le 4 avril 2004.

GOBERT, D. et A. SALAÜN, « La labellisation des sites web : classification, stratégies et recommandations », DAOR, n°51, novembre 1999, pp.83-94, disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/DAOR.pdf>, visité le 4 mars 2004.

Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », Lex Electronica, vol.10 n°2, Été 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/abad.pdf>

HAMMAN, R., « Introduction to Virtual Communities Research and Cybersociology Magazine Issue Two. », Cybersociology, volume 2, 20 novembre 1997, disponible sur <http://www.socio.demon.co.uk/magazine/2/is2intro.html>, visité le 4 avril 2004.

HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques » Colloque International Droit de l'Internet : Approches européennes et internationales -19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, disponible sur <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Huet.pdf>, visité le 4 avril 2004.

JACOBS, J.A., « Comparing Regulatory Models – Self _Regulation vs. Government Regulation: The Contrast Between the Regulation of Motion Pictures and the Broadcasting May Have Implications for Internet Regulation », 1996, 1 J. Tech. L. & Pol'y 4, disponible sur <http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/1/jacobs.html>, visité le 4 mars 2004.

JESTAZ, P., « Pouvoir politique et pouvoir moral », [1987] 32 McGill Law Journal 834.

JOHNSON D. et POST, D.: « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », 48 Stanford Law Review 1367, (1996), disponible sur http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html, visité le 4 avril 2004.

KEULEERS, E., « Should pop-up windows be considered as electronic mail? The EU Commission says no », 11 août 2003, Droit et Nouvelles Technologies, disponible sur http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=806, visité le 4 avril 2004.

KITROSSER, H., « From Marshall McLuhan to Anthropomorphic Cows: Communicative Manner and the First Amendment », 96 Northwestern University Law Review 1339, été 2002.

KNOLL, A., « Any which way but loose: Nations regulate the Internet », (1996) 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 275.

LABBÉ, E. : « Spamming en Cyberespace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », Lex-Electronica, vol.6, n1, printemps 2000, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/labbe.htm>, visité le 1^{er} novembre 2003.

LASCOURMES, P. et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 Droit et Société 101.

LEONARD, T. «E-marketing et protection des données à caractère personnel », p2, 23/05/2000, disponible sur http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=22&motcle=e-marketing&mode=motamot, visité le 4 avril 2004.

LESSIG, L., « The law of the horse: what cyberlaw might teach », 113 Harv. L. Rev. 501 (1999).

MARTEL, L. et R. ST-GERMAIN, « La certification de conformité des sites Web », Revue Gestion, Volume 27, numéro HS, disponible sur <http://revue.hec.ca/gestion/ArticlePage.jsp?instId=811&lang=fr>, visité le 4 avril 2004.

Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », Lex Electronica, vol.10 n°2, Été 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/abad.pdf>

MASSE, C., « La publicité trompeuse dans le commerce électronique » Juriscom.net, 7 mars 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/uni/etd/06/presentation.htm>, visité le 4 avril 2004.

MATIGOT, I., « Les signes de qualité des sites Internet marchands », Mémoire DESS, Université de Montpellier I, disponible sur <http://www.village-justice.com/journal/articles/ftp/AMATIGOT.pdf>, visité le 4 avril 2004.

MONTERO E. et A. LEFEBVRE, « Informatique et droit : vers une subversion de l'ordre juridique », dans Droit des technologies de l'information – regards prospectifs, Cahiers du CRID n°16, Éd. Bruylant, Bruxelles, 1999, p XII.

ORLÉAN, A., « Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand », Revue du MAUSS semestrielle, n°4 / 2nd trimestre 1994 intitulée « À qui se fier ? Confiance, interaction en théorie des jeux ».

PIPPIN, R. K. : « Consumer privacy on the Internet : It's surfer beware », 1999, 47 A.F. L. Rev. 125.

POST, D.G., « The "Unsettled Paradox": The Internet, the State, and the Consent of the Governed », 5 Indiana J. Global Legal Studies 521 (1998).

POULLET Y., « "Vers la confiance" : un droit européen de l'Internet? » Colloque International Droit de l'Internet : Approches européennes et internationales -19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, disponible sur http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_30.htm, visité le 4 avril 2004

POULLET, Y. et M. ANTOINE, « "Vers la confiance" ou comment assurer le développement du commerce électronique », Colloque international L'Internet et le droit : Droit européen et droit comparé de l'Internet, 25-26 septembre 2000, Grand Amphithéâtre de la Sorbonne et Sénat, Paris, disponible sur http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_30.htm, visité le 4 avril 2004.

POULLET, Y., B. HAVELANGE, A. LEFEBVRE, « Élaboration d'une méthodologie pour évaluer l'adéquation du niveau de protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel », CRID, Rapport réalisé pour la DG XV, décembre 1996, accessible depuis <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/privacy>, visité le 3 avril 2004.

PROULX, S. et G. LATZKO-TOTH, « La virtualité comme catégorie pour penser le social : l'usage de la notion de communauté virtuelle », Sociologie et Sociétés, vol XXXII.2, p 99-122.

RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in LOCHAK D. (dir.), Les usages sociaux du droit, PUF, Paris, 1989, p126.

REIDENBERG, J.R., « Governing networks and cyberspace rule-making », 45 Emory Lay Journal (1996), disponible sur <http://ksgwww.harvard.edu/iip/GIIconf/reid.html>, visité le 11 mars 2004.

REIDENBERG, J.R., « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le cyberspace », dans Les incertitudes du droit, sous la direction de E. Mackay, Éd. Thémis, Montréal, 1999.

REIDENBERG, J.R., « Lex Informatica: the formulation of information policy rules through technology », (1998) 76 Tex. L. Rev. 553.

REIDENBERG, J.R., « Protection de la vie privée et l'interdépendance du droit, de la technologie et de l'autorégulation », Actes de la conférence "Vers de nouvelles évolutions dans le droit de l'informatique" pour le 20^e anniversaire du CRID, Namur, Belgique, disponible sur http://reidenberg.home.sprynet.com/Interdependance_fr.pdf, visité le 4 mars 2004.

REIDENBERG, J.R., « Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace », 52 Stanford Law Review 1315, mai 2000.

REIDENBERG, J.R., « The use of technology to assure Internet privacy: adapting labels and filters for data protection », 1997 Lex-electronica vol.3 n°2, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v3-2/reidenbe.html>, visité le 15 mars 2004.

REIDENBERG, J.R., « E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy », 38 Houston Law Review 717, automne 2001.

ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 C. de D. 91.

SERVET, J.-M., « Paroles données : le lien de confiance », Revue du MAUSS semestrielle n°4 / 2nd trimestre 1994 intitulée « À qui se fier ? Confiance, interaction en théorie des jeux »..

SHOBER, G.M., et A. BARTOW, C. HOOFNAGLE, P. BORZI: « Colloquium on privacy & security », printemps / été 2002, 50 Buff. L. Rev. 703.

STEELE, H.L.Jr., « Comment: The web that binds us all: the future of legal environment of the Internet », (1997) 19 Hous. J. Int'l L. 495.

TIRAN, A., « Confiance sociale et confiance primordiale », Revue du MAUSS semestrielle, n°4 / 2nd trimestre 1994 intitulée « À qui se fier ? Confiance, interaction en théorie des jeux ».

TRUDEL, P., « Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'État en réseau », Centre de recherche en droit public, Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Faculté de droit, Université de Montréal, m a r s 2 0 0 3 , d i s p o n i b l e s u r http://www.aiprp.gouv.qc.ca/publications/pdf/Rapport_Me_Pierre_Trudel.pdf, visité le 16 avril 2004.

TRUDEL, P., « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : Éléments de méthode », Guide juridique du commerçant électronique, chapitre 10,

disponible sur http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap10.pdf, visité le 14 mars 2004.

TRUDEL, P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », actes du colloque Droit de l'Internet - Approches européennes et internationales, 19-20 novembre 2001, Paris, disponibles sur http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf, visité le 1^{er} mars 2004.

TRUDEL, P., « Les effets juridiques de l'autoréglementation », 19 R.D.U.S. 247

TRUDEL, P., « Les mutations du droit à l'âge numérique », Droit & Toile, Vol.1, juillet-octobre 2002, disponible sur <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>, visité le 3 mars 2004.

TRUDEL, P., « Quel droit, quelle régulation dans le cyberspace ? », Sociologie et sociétés, vol.22 n°2, p189-209, automne 2000.

VERBIEST, T., « Publicité et Marketing sur Internet », 22 octobre 1999, p 3, Juriscom, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/1/ce19991022.htm>, visité le 4 avril 2004.

VERMEYS, N.W., « The Lack of Credibility on the Web and Its Legal Ramifications Under Quebec's Consumer Protection Act », Lex Electronica, vol. 8, n°1, automne 2002, disponible sur <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/vermeys.htm>, visité le 4 avril 2004.

ZARISKI, A., « Virtual words and the fate of law », 1998 (1) The Journal of Information, Law and Technology, disponible sur http://elj.warwick.ac.uk/jilt/elecpub/98_1zar/, visité le 18 mars 2004.

6. Documents officiels, Rapports et Communiqués.

BUREAU DE LA CONCURRENCE : « Ébauche : Respect de la loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité à la *Loi sur la concurrence* concernant les annonceurs dans Internet », disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02186f.html>, visité le 8 octobre 2002.

BUREAU DE LA CONCURRENCE : « Le Bureau de la concurrence souscrit à des lignes directrices internationales devant permettre une coopération accrue dans la lutte contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses », 17 juin 2003, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02579f.html>, visité le 4 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE : « Publicité trompeuse et Pratiques commerciales déloyales », Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, édition 2002, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02432f.html>, visité le 3 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE : « Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet », Bulletin d'information, disponible sur

Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », Lex Electronica, vol.10 n°2, Été 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/abad.pdf>

<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02500f.html>,
visité le 3 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE : « Indications et pratiques commerciales trompeuses : Choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence », disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01181f.html>, visité le 3 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Dirigeants d'une société de commercialisation à paliers multiples accusés de tromper les participants », 19 juillet 2002, disponible sur <http://www.bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02330f.html>, visité le 4 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Lignes directrices concernant la disposition sur la documentation trompeuse Article 53 de la Loi sur la concurrence », 26 août 2003, disponible sur <http://www.cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02714f.html>, visité le 4 avril 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Société de commercialisation à paliers multiples accusée de tromper les participants », 29 août 2002, disponible sur <http://www.cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02421f.html>, visité le 4 avril 2004.

FEDERAL TRADE COMMISSION « Privacy Online : A Report to Congress », juin 1998, disponible sur <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/exeintro.htm>, visité le 4 avril 2004.

FEDERAL TRADE COMMISSION, « Canadian-Based Company and its President Agree to Settle FTC Charges », 30 juillet 2003, disponible sur <http://www.ftc.gov/opa/2003/07/biolab2.htm>, visité le 4 avril 2004.

FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Hits Internet Health Fraud in Continuation of Operation Cure.all », disponible sur <http://www.ftc.gov/opa/2000/04/cure-all2.htm>, visité le 4 avril 2004.

FEDERAL TRADE COMMISSION, « FTC Measures False Claims Inherent in Random Spam », 29 avril 2003, disponible sur <http://www.ftc.gov/opa/2003/04/spamrpt.htm>, visité le 4 avril 2004.

FEDERAL TRADE COMMISSION, « Internet 'Pagejacker' Settles FTC Charges », 12 février 2001, disponible sur <http://www.ftc.gov/opa/2001/02/lasrado.htm>, visité le 4 avril 2004.

INDUSTRIE CANADA, « Founder of Multi-Level Marketing Company Fined \$50,000 », 23 février 1999, disponible sur <http://www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/0/85256613004a2e17852567210054e729?OpenDocument>, visité le 4 avril 2004.

INDUSTRIE CANADA, « Guide du consommateur canadien. Un consommateur averti sait se renseigner », édition 2004, disponible sur

[http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/GuideConsommateur_2004.pdf/\\$file/GuideConsommateur_2004.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/GuideConsommateur_2004.pdf/$file/GuideConsommateur_2004.pdf),
visité le 4 avril 2004.

LARABIE-LESIEUR, R., « Publicité trompeuse sur Internet : Application du droit de la concurrence au marché électronique », Bureau de la concurrence, 19 septembre 1996, disponible sur <http://www.bc-cb.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01505f.html>, visité le 4 avril 2004

OFFICE OF CONSUMER AND BUSINESS EDUCATION, FTC, « FTC Consumer Alert - Email Address Harvesting: How Spammers Reap What You Sow », Federal Trade Commission, novembre 2002, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/alerts/spamalrt.htm>, visité le 4 avril 2004.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Conférence Ministérielle de l'OCDE. "Un monde dans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial", plan d'action pour le commerce électronique », 7-9 octobre 1998, Ottawa, Canada, document # S G / E C (9 8) 9 / R E V 5 , disponible sur http://ottawaoecdconference.com/french/annoncements/f_actionoecd.pdf , visité le 5 décembre 2003.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Inventaire des instruments et des mécanismes de nature à contribuer à la mise en œuvre et au respect sur les réseaux mondiaux des lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée », document DSTI/ICCP/REG(98)12/FINAL, du 5 octobre 1999, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/12/52/2092406.pdf>, visité le 4 avril 2004.

7. Divers

AESCHIMANN, G. et S. MASMEJAN et J.-F. PERRIN, « La prudence sur l'Internet. Enquête concernant la protection des données personnelles et l'e-commerce », Université de Genève, Travaux CETEL, n°53, juin 2002, disponible sur <http://www.unige.ch/droit/dprat/cetel/tracet53.pdf>, visité le 4 avril 2004.

BARLOW, « Declaration of the Independence of Cyberspace », 9 février 1996, Electronic Frontier Foundation, disponible sur <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, visité le 4 avril 2004.

BISSON, B. « Les spammers ont chaud! », 23 avril 2003, Techno Multimedium, disponible sur <http://www2.infinet.com/cgi-bin/imprimer.cgi?id=91749>, visité le 4 avril 2004.

BOISVERT, H. et collaborateurs, « L'analyse des sites Web d'entreprises du Québec sous l'angle de la protection du consommateur selon les données de novembre 2002 », Cahier de recherche CICMA 03-09, avril 2003, Issn : 1798-2722, disponible sur <http://web.hec.ca/cicma/fr/communications/cahiers/Cahier03-09entier.pdf>, visité le 3 avril 2004, et CÔTÉ, Y., « Analyse des sites Web d'entreprises du Québec sous l'angle

de la protection du consommateur selon les données de novembre 2002 – Abrégé du cahier de recherche 03-09 de la Chaire internationale CMA d'étude des processus d'affaires», Office de la protection du consommateur, 7 juillet 2003, disponible sur http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/com_ele_presentations/HEC_cicma03-07.pdf, visité le 3 avril 2004.

BOUTIN, P., « Just How Trusty is TRUSTe ? », 9 avril 2002, Wired, disponible sur <http://www.wired.com/news/exec/0,1370,51624,00.html>, visité le 12 décembre 2003.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Le Bureau de la concurrence dirige la première campagne anti-fraude internationale de sensibilisation du public », Toronto, 2 mars 2004, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02805f.html>, visité le 2 mars 2004.

BUREAU DE LA CONSOMMATION ET DIVISION DES AFFAIRES REGLEMENTAIRES DU SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRESOR, « Les codes volontaires – Guide d'élaboration et d'utilisation », mars 1998, Industrie Canada, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/codesvol.pdf>, visité le 4 mars 2003.

BUREAU DE LA CONSOMMATION, « Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires », Industrie Canada, mars 2000, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01227f.html>, visité le 4 mars 2004.

BURK, D.L., « Cyberlaw and the Norms of Science », 1999 B.C. Intell. Prop. & Tech. F. 060502, Actes de la Conférence Ethique et Technologie, Boston College, 4-5 juin 1999, disponible sur http://infoeagle.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/commentary/content/burk.html, visité le 17 mars 2004.

CAMPANELLI, M., « DMA Warns Members About Coming EU 'Opt-In' Law », DMNews, 25 juillet 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=24587, visité le 26 juillet 2003.

CEXX.org : « Advertising spyware : News Upd.exe », disponible sur <http://www.cexx.org/newsupd.htm>, et « Adware, spyware and other unwanted « malware » - and how to remove them, disponible sur <http://www.cexx.org/adware.htm>, et « The trouble with spyware & advertising-supported software », disponible sur <http://www.cexx.org/problem.htm>, visités le 4 avril 2004.

CICMA, « Site Web des entreprises québécoises : manque d'informations pertinentes », HEC Montréal – Chaire Internationale CMA, 15 juillet 2003, disponible sur <http://www.web.hec.ca/cicma/fr/communications/communiques2.cfm?choix=602>, visité le 10 janvier 2004.

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport sur la décriminalisation, [1373210], Strasbourg, Comité européen pour les problèmes criminels, 1980.

CONSUMER INTERNATIONAL, « Consumers@shopping: An International Comparative Study of Electronic Commerce », Program for Developed Economies and Economies in Transition, ISBN 1902391 13 1, septembre 1999, disponible sur

http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc28.pdf, visité le 4 avril 2004.

CONSUMER INTERNATIONAL, « Credibility on the Web: An international study of the credibility of consumer information », Office for Developed and Transition Economies (ODTE), ISBN 1-902391-39-X, novembre 2002, disponible sur http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc320.pdf, visité le 4 avril 2004.

CONSUMER INTERNATIONAL, « Disputes in cyberspace: Online dispute resolution for consumers in cross-border disputes - an international survey », Office for Developed and Transition Economies (ODTE), ISBN 19023 91 31 62, décembre 2000, disponible sur http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc29.pdf, visité le 4 avril 2004, et sa mise à jour « Disputes in Cyberspace 2001 : Update of online dispute resolution for consumers in cross-border disputes », Office for Developed and Transition Economies (ODTE), novembre 2001, disponible sur http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc517.pdf, visité le 4 avril 2004.

CONSUMER INTERNATIONAL, « Privacy @ net », Office for Developed and Transition Economies (ODTE), ISBN 19023 91 31 68, janvier 2001, disponible sur http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc30.pdf, visité le 4 avril 2004.

CRDP, CRIM et HEC, « La sécurité et la certification de conformité des sites Web », juillet 2000.

DELAPORTE, C., « Respect pour la publicité sur Internet », JNNet, 12 mai 2003, disponible sur http://www.journaldunet.com/dossiers/clicsdor/11tribune_delaporte.shtml, visité le 4 avril 2004.

DELIO, M. « Who's Winning Privacy Tug of War? », Wired News, 17 mars 2003, disponible sur <http://www.wired.com/news/print/0,1294,58064,00.html>, visité le 4 avril 2004.

GREENSPAN, R. et C. SAUNDERS : « Online marketers tighten privacy », ClickZ Network, 29 mars 2002, disponible sur <http://www.clickz.com/stats/markets/advertising/article.php/1000931>, visité le 4 avril 2004.

HANSEN, E., J. BORLAND et R. KONRAD « Your PC's enemy within » 26 juin 2002, disponible sur <http://news.com.com/2009-1023-937457.html>, visité le 4 avril 2004.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Statistiques : utilisation des TIC : ménages : utilisation d'Internet à la maison », 19 mars 2003, disponible sur http://diff1.stat.gouv.qc.ca/savoir/indicateurs/tic/menages/activites_qc.htm, visité le 27 août 2003.

IPSOS, « Canadians' Love Affair with Email Continues », 30 octobre 2001, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1345>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « Génération Haut débit », 4 novembre 2002, disponible sur <http://www.ipsos.fr/canalipsos/articles/1028.asp?rubID=23&print=1>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « La banque des sondages – Qui sont les internautes? », 30 mars 2001, disponible sur <http://www.ipsos.fr/Canalipsos/poll/2.asp?rubId=26&print=1>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « Majority (60%) of Canadians Don't Believe Enough is Being Done to Protect Internet Consumers From Cyber Crime – And Half (52%) Feel Threatened », 26 mars 2001, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1191>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « Privacy Policies Critical to Online Consumer Trust », 28 février 2001, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1171>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « Profiling 2003 : les internautes passés au crible », 23 juillet 2003, disponible sur <http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1151.asp?rubId=15&print=1>, visité le 4 avril 2004.

IPSOS, « Security And Privacy Issues Keeping Millions From Shopping Online », 27 avril 2000, disponible sur <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=1022>, visité le 4 avril 2004.

JESSOP, D. : « Canadian industry adopts E-C Consumer Protection Principles », 10 novembre 1999, *Internet news*, disponible sur : <http://www.Internetnews.com/business/article.php/235731>, visité le 1^{er} novembre 2003.

JOURNAL DU NET, « 200.000 ordinateurs dans le monde enverraient des spams à leur insu », *JDNet*, 26 mai 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0305/030526spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « 47% de mieux pour l'e-pub au premier semestre », 21 août 2003, *JDNet*, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/030821iab.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Guide : les formats de la publicité en ligne », *JDNet*, dernière mise à jour 31 mars 2004, disponible sur <http://www.journaldunet.com/dossiers/sites/e-pub/annuaireformats.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Internet dans le monde : l'e-mailing », *JDNet*, 13 juin 2003, disponible sur http://www.journaldunet.com/cc/03_internetmonde/e-mail.shtml, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Internet fait son nid dans les média-plannings », JDNet, 13 août 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0308/030813gartner.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « L'explosion du spam met en péril l'e-mail marketing », JDNet, 4 juillet 2002, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0207/020704spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « L'impact de la couleur dans la performance des bannières », JDNet, 16 juillet 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0307/030716couleur.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Les chiffres clés de l'Internet - Monde : l'e-mailing », JDNet, 22 août 2003, disponible sur http://www.journaldunet.com/cc/03_internetmonde/e-mail.shtml, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Les chiffres clés de l'Internet- Monde : le spam », JDNet, 18 mars 2004, disponible sur http://www.journaldunet.com/cc/03_internetmonde/spam.shtml, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Les internautes et l'e-commerce... », dossier en 4 parties, JDNet, du 22 juillet 2003 au 25 juillet 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0307/030722enquetecommerce1.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Microsoft en croisade contre le spam », JDNet, 19 juin 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0306/030619microsoft.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Monde : Le marché de la publicité en ligne », JDNet, 1^{er} juillet 2003, disponible sur http://www.journaldunet.com/cc/06_publicite/epub_marche_mde.shtml, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Scénarios contradictoires sur l'avenir du spam », JDNet, 18 juin 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0306/030618spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Spam : AOL, MSN et Yahoo ouvrent un front commun », JDNet, 29 avril 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0304/030429spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Sur la trace d'un spam : "vends adresses d'email de Français pour \$39..." », JDNet, 31 janvier 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0301/030131spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Tracking comportemental : DoubleClick repart à l'offensive », JDNet, 12 mai 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0305/030512doubleclick.shtml>, visité le 4 avril 2004.

JOURNAL DU NET, « Trois jours contre le spam », JNNet, 7 mai 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0305/030507spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

KAHN, M.A., « DMA Panel : Companies Not Communicating Well With Consumers », DM News, 13 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25252, visité le 25 octobre 2003.

KHAN, M.A., « Ad Trade Groups Build Consensus on E-Mail Practices », DMNews, 15 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25288, visité le 25 octobre 2003.

KHAN, M.A., « AIM Declines to Define Spam in E-Mail Practices Document », DMNews, 10 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25241, visité le 11 octobre 2003.

KHAN, M.A., « Internet Overtakes TV As Preferred Medium For Under – 34 Crowd », DMNews, 25 juillet 2003, http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=24592, visité le 26 juillet 2003.

KARAYAN, R., « L'e-mailing n'a pas dit son dernier mot », JNNet, 27 août 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0308/030828emailing.shtml>, visité le 4 avril 2004.

LECRAW, D.J., « Voluntary standards as a regulatory device », Conseil économique du Canada, cahier de recherches n°23, 1981.

LEGER MARKETING, « Canadian Internet Users and Their Usage Habits in E-commerce », 19 août 2002, disponible sur <http://www.legermarketing.com/documents/spclm/020819eng.pdf>, visité le 4 avril 2004.

LEGER MARKETING, « Saviez-vous que... », Juillet 2001, Leger Marketing, disponible sur <http://legermarketing.com/francais.tendances/juillet01-7.html>, visité le 24 juin 2003

LEMOS, R., « Can you trust TRUSTe ? », ZD Net, 2 novembre 1999, disponible sur <http://zdnet.com.com/2100-11-516377.html?legacy=zdn>, visité le 12 décembre 2003.

MAGILL, K., « Click-Through Rates Drop in Q2, DoubleClick Says », DMNews, 24 juillet 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=24584, visité le 24 juillet 2003.

MAGILL, K., « DoubleClick Sued Over “Diabolical” Banner Ads », DMNews, 22 juillet 2003, disponible sur http://dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=24551, visité le 22 juillet 2003.

MAIER, F., « Why Consumers Don't Trust Opt-out », DMNews, 29 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25415, visité le 1^{er} novembre 2003.

MCCLAM, E., « Microsoft sues spam ring », 19 décembre 2003, Australian IT, disponible sur <http://australianit.news.com.au/articles/0,7204,8210316%5e15319%5e%5enbv%5e15306,00.html>, visité le 4 avril 2004.

MORRISSEY, B., « As Pop-Ups Annoy, Online Ad Industry Seeks Remedies », DMNews, 6 novembre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25515, visité le 6 novembre 2003.

MORRISSEY, B., « DMA Vacillates, So Internet Groups Define Spam », DMNews, 23 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25369, visité le 1^{er} novembre 2003.

MORRISSEY, B., « Pew Survey : Spam Hurts E-Mail Use », DMNews, 24 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25381, visité le 25 octobre 2003.

MORRISSEY, B., « Spam Slows DoubleClick E-Mail Business », DMNews, 20 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25326, visité le 25 octobre 2003

NIELSEN, J., « Difference Between Paper and Online Presentation », disponible sur <http://www.useit.com/>, visité le 4 avril 2004.

OLSEN, S., « Is your E-mail watching you ? », CNET.com, 4 avril 2002, disponible <http://asia.cnet.com/newstech/industry/0,39001143,39036451,00.htm>, visité le 4 avril 2004.

PASTORE, « Web users will share information for better service », Cyberatlas, 5 avril 2000, disponible sur http://cyberatlas.Internet.com/markets/advertising/article/0,1323,5941_335011,00.html, visité le 4 avril 2004.

PEST PATROL : « Beyond viruses », White paper disponible sur <http://www.pestpatrol.com/Whitepapers/BeyondViruses0302.asp>, visité le 4 avril 2004.

PRICE, M.E. et S.G. VERHULST, « In search of the self : Charting the course of self-regulation on the Internet in a global environment », Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Public Law and Legal Theory Working Paper 015, mars 2000, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=216111, visité le 4 mars 2004.

REUTERS, « Declaring World War on Spam », 1er juillet 2003, Wired News, disponible sur <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,59459,00.html>, visité le 4 avril 2004.

SANTROT, F., « Du rich media en veux-tu, en voilà », JDNNet, 22 août 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0308/030822rich.shtml>, visité le 4 avril 2004.

SANTROT, F., « Le "spam-up", nouvelle plaie du Web », Journal du Net, 21 juillet 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0307/030721spamup.shtml>, visité le 4 avril 2004.

SANTROT, F., « Sur la trace d'un spam : « vends adresses d'email de Français pour \$39... » », Journal du Net, 31 janvier 2003, disponible sur <http://www.journaldunet.com/0301/030131spam.shtml>, visité le 4 avril 2004.

SOUSA, D., « Trust Is the Best Practice for E-Mail », DMNews, 10 octobre 2003, disponible sur http://www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25210, visité le 25 octobre 2003.

ST-PIERRE, N. : « L'auto-réglementation en matière de commerce électronique : Des principes à la pratique, quel chemin reste-t-il à faire? », Séminaire de l'Office de la protection du consommateur, présentation Powerpoint, (Action Réseau Consommateur), 30 octobre 2001, disponible sur http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/com_ele_presentations/6NSt-Pierre-ARC_fichiers/frame.htm, visité le 5 novembre 2003.

WEBB, K. et M. PRIEST, « La participation au système des normes - Un guide à l'intention des représentants des consommateurs », mars 2001, Industrie Canada, disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01580f.html>, visité le 4 mars 2004.