

# **Prospection commerciale par voie électronique**

## Rappel :

### I. la prospection commerciale

#### 1. Définition :

Action qui consiste à utiliser l'ensemble des techniques marketing pour identifier de nouveaux clients potentiels et les transformer en clients réels. Il s'agit de rechercher de nouveaux clients qu'on appellera alors des prospects puis ils obtiendront le nom de "clients" une fois leur premier achat effectué.

Autrement dit : La prospection est une des étapes de la vente. Elle concourt et traduit une volonté de conquérir de nouveaux clients et marchés.

La prospection réside dans une action de contact interactif avec une cible définie, dans un planning défini, et pour l'atteinte d'un objectif précis.

#### 2. les objectifs :

La prospection relève d'une volonté de conquête. C'est un investissement qui s'inscrit dans la durée. Cette démarche doit être en phase avec les objectifs définis dans votre stratégie commerciale :

- Gagner de nouveaux clients,
- Remplacer des clients déficients,
- Réactiver des clients anciens,
- Augmenter votre CA,
- Gagner des parts de marché,
- Lancer un nouveau produit...

## Introduction

Le commerce électronique, comme toute forme de commerce classique, use et abuse de techniques de communication, afin de tenter de séduire les clients potentiels. La prospection, la publicité jouent donc naturellement un rôle majeur.

L'anonymat favorisé par Internet fait craindre des risques de fraudes et de comportements illicites, c'est la raison pour laquelle des dispositions légales et réglementaires tentent de réguler la prospection et la publicité par voie électronique, tantôt par application de règles de droit commun, tantôt par la mise en place de règles spécifiques. De plus, des dangers particuliers menacent le « cyberconsommateur », par exemple, de devoir de payer en ligne immédiatement avant d'obtenir l'exécution de la fourniture de certains services.

Sur les sites les plus populaires, les « pop up », ou fenêtres intrusives dites « surgissantes » en français, s'ouvrent à tout moment sans avoir été sollicitées, des pages indésirables ou bannières indésirables s'affichent à l'écran, perturbant ainsi la qualité de la consultation d'un site, en altérant la réflexion de l'internaute.

Des dispositifs techniques, logiciels « anti-pop up » sont à la disposition des internautes, mais leur efficacité est parfois mise en défaut. Au-delà de la forme du message intrusif et de l'aspect technique de la lutte pour éviter les abus, la question juridique de « fond », est celle du **contenu** des messages et de leur conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs conformément aux dispositions de l'article 6 du Code civil. Des textes, des règles de bonne conduite, des chartes, ont été progressivement mis en place pour éviter les débordements publicitaires et les excès de la prospection en ligne.

Plusieurs techniques sont mises en œuvre pour limiter les risques, notamment, par la multiplication des obligations d'information (Art. 6, I.-1 de la loi du 21 juin 2004, dite « LCEN ») diffusées en langue française cf. : loi n° 94-665, du 4 août 1994, dite loi « Toubon » art.2 (relative à l'emploi de la langue française, JORF, n° 180, du 5 août 1994, 11392, complétée par la circulaire du 19 mars 1996, JORF du 20 mars 1996, n°68, 4258 et la circulaire du 6 mars 1997, JORF, n° 67 du 7 mars 1997, 4359).

En préambule, on rappellera que le particulier qui accomplit des actes de commerce à titre habituel acquiert de ce fait la qualité de commerçant alors même que les actes de commerce sont conclus sur « Internet ». (cf. : art. L. 121-1 du Code de commerce).

## La qualification des acteurs de l'économie numérique et ses conséquences

- Introduction
- La situation des éditeurs de sites
- La situation de l'auteur de l'offre contractuelle est la suivante

### Introduction

La notion d'« hébergeur » a dû être précisé par la jurisprudence au regard des dispositions de la loi du 1er août 2000 et de la loi du 21 juin 2004. Le contentieux opposant les plates-formes de vente en ligne, aux grands noms de l'industrie du luxe notamment le célèbre site « eBay », est particulièrement abondant. Ainsi, dans un arrêt récent, la cour d'appel de Reims confirme la décision du tribunal de grande instance de Troyes qui avait condamné « eBay ». La qualification d'éditeur de services est retenue pour déterminer le statut juridique d'« eBay » et la Cour d'appel constate l'existence d'une obligation de moyens qui n'avait pas été respectée en l'espèce par « eBay », ayant pour objet de juguler l'utilisation répréhensible de son site par les vendeurs de produits contrefaits. (CA Reims, ch. civ., 1re sect., 20 juill. 2010, eBay France et eBay International c/ Hermès International, Cindy F. ;)

### La situation des éditeurs de sites

Certaines informations relatives à l'identité de l'éditeur du site, sont imposées par la loi du 21 juin 2004 (dite « LCEN »).

**Dès lors, les personnes physiques ont l'obligation de communiquer leurs noms, prénoms, domicile, numéros de téléphone, et si elles y sont assujetties leurs numéros**

### **d'inscription au registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers (Loi du 21 juin 2004, art. 6 III.-1a).**

De leur côté, les personnes morales doivent spécifiquement préciser leur dénomination ou raison sociale, fournir l'indication de leur siège social, et, si elles y sont assujetties, leurs numéros d'inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS), ou au répertoire des métiers avec indication du capital social et l'adresse du siège social. (Loi du 21 juin 2004, art. 6 III.-1b).

En outre, le site doit,

- d'une part, indiquer le nom du directeur ou du codirecteur de la publication, et le cas échéant celui du responsable de la rédaction (Loi du 21 juin 2004, art. 6 III.-1c) et
- d'autre part, le nom, la dénomination ou raison sociale, l'adresse et le numéro de téléphone de l'hébergeur. (Loi du 21 juin 2004, art. 6 III. 1d).

Afin d'en permettre un accès sans obstacles techniques pour l'internaute, ces informations doivent naturellement être mises à la disposition du public dans un système dit de « standard ouvert », c'est-à-dire « un protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre ». (Loi du 21 juin 2004, art. 4).

### **CONSEILS, TRUCS ET ASTUCES :**

En pratique, l'éditeur du site utilisera donc un icône, un « logo », un lien hypertexte renvoyant l'internaute aux mentions informatives par l'usage d'un simple « clic ».

Le Bureau de vérification de la publicité (BVP), devenu depuis juin 2008 « l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité » (ARPP) admet pour que les conditions légales soient respectées que (BVP, recomm., avril 2005) : « les informations soient accessibles via un lien d'accès direct ».

L'éditeur de site qui ne respecte pas les prescriptions légales en matière d'information, s'expose à des sanctions pénales : un an d'emprisonnement et 75000 euros d'amende (Loi du 21 juin 2004, art. 6, § VI). L'amende étant portée au quintuple lorsque l'éditeur est une personne morale selon les dispositions de l'article 131-8 du Code pénal), le dirigeant social encourt de son côté une interdiction professionnelle pendant une période de cinq ans, selon les dispositions de l'article 131-39 du Code pénal.

**À l'occasion d'un contentieux, les mentions légales peuvent jouer un rôle déterminant quant au rôle des parties dans la procédure.**

## **La situation de l'auteur de l'offre contractuelle est la suivante**

Plusieurs obligations s'imposent à l'auteur de l'offre, de manière complexe, dans la mesure où les sources de ces obligations sont diverses et n'ont pas toutes le même domaine d'application.

## 1. Du point de vue du droit commun des obligations et du droit des contrats spéciaux

On rappellera que l'article 1369-4 du Code civil dispose que : « Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle demeure accessible de son fait ».

## 2. Du point de vue du droit de la consommation

- **En premier lieu**, dans le domaine de la protection des consommateurs, la Commission des clauses abusives (CCA) a recommandé (CCA, recommand., n° 07-02, relative aux contrats de vente mobilières conclus par Internet, BOCCRF, 24 décembre 2007) l'élimination de deux types de clauses en matière de contrats de vente de biens meubles : d'une part, « les clauses qui laissent croire aux consommateurs que lui seraient opposables des modifications unilatérales des conditions générales intervenues postérieurement à la conclusion du contrat », et, d'autre part, « les clauses imposant au consommateur la charge de la conservation et de la reproduction des conditions contractuelles et exonérant le professionnel de toute obligation de ce chef ».
- **En deuxième lieu**, La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 dite « Chatel », a renforcé les droits des consommateurs face aux professionnels, notamment face aux fournisseurs d'accès internet quant à la durée des contrats, leur reconduction, les conditions de l'offre d'accès à Internet, etc.
- *En troisième lieu*, en amont de l'offre contractuelle, proprement dite, dès le stade de la proposition de fourniture de biens ou de services par voie électronique, (même si le « cybermarchand » ne fournit que des indications en ligne, des communications « commerciales » ou des « outils de recherche »), le Code de la consommation impose à l'auteur de l'offre de mentionner le prix en euros TTC, en précisant ce qui est payant et le cas échéant gratuit, les frais inclus, et les taxes applicables. Cf. : art. L. 113-3 et L. 121-18 du Code de la consommation.
- **En quatrième lieu**, selon les dispositions de l'article L. 111-2 du Code de la consommation, les caractéristiques essentielles des biens et des services doivent être également communiquées par les professionnels aux consommateurs, c'est-à-dire les caractéristiques qualitatives du produit ou du service, et la « période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché ».
- **En cinquième lieu**, afin d'éviter le flou « des délais fournis à titre indicatif » dénoncé par le Forum des droits sur Internet (FDI, recommand., 31 août 2007, « Droit de la consommation appliqué au commerçant électronique ») et sanctionné par la jurisprudence (A propos de la formule « délai moyen » : TGI, Bordeaux, 11 mars 2008, note A. Debet, in CCE, mai 2008, n° 5, comm., 68.) les dispositions de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, des informations doivent être communiquées par le professionnel au consommateur en ce qui concerne les modalités de livraison et la date limite de livraison quel que soit le montant du contrat, à défaut : « le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat ».

L'article L. 114-1 du Code de la consommation prévoit qu'en cas de dépassement du délai supérieur à sept jours, sauf cas de force majeure, le consommateur a toujours la faculté de dénoncer la commande par lettre recommandée avec accusé de réception dans les soixante jours à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation.

- **En sixième et dernier lieu**, on signalera que le Code de la consommation impose des règles spécifiques dans certains contrats.

Ainsi, en matière de contrat de crédit à la consommation, des mentions doivent impérativement figurer dans l'offre de crédit cf. : art. L. 311-4 du Code de la consommation.

La jurisprudence considère que l'exigence de ces mentions sur le site web d'un établissement de crédit est d'ordre public (CA., Rennes, 1<sup>re</sup> ch. B, 31 mars 2000 ; observations Galloux, in CCE, 2000, jur., n° 66) et qu'il convient de faire cesser immédiatement le « trouble manifestement illicite ». Selon les dispositions de l'article L. 311-34 du Code de la consommation, l'omission des informations et des précisions expose le contrevenant aux peines d'amende de cinquième classe.

### 3. Du point de vue des spécificités de l'économie numérique

#### **ATTENTION**

Une charte de confiance par laquelle des grands noms du commerce électronique s'engagent à informer les internautes et vendeurs sur Internet de leurs droits et obligations, en fournissant aux utilisateurs une assistance en ligne a été conclue entre le Ministre des « PME » et la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD).

La loi du 21 juin 2004, art. 19, impose aux « cybermarchands » de fournir des informations aux internautes apposées en règle générale sur les documents « commerciaux ».

Lorsque l'auteur de l'offre est une personne physique doivent être indiqués les noms et prénoms, (lorsque l'auteur de l'offre est une personne morale la raison ou la dénomination sociale), l'adresse du lieu où elle est établie, l'adresse de messagerie électronique, et depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 (dite loi « Chatel ») les coordonnées téléphoniques auxquelles il peut effectivement être contacté.

Lorsque l'auteur de l'offre est assujetti à l'inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers, doivent être indiqués : le numéro d'inscription, l'adresse du siège social, le capital social.

Lorsqu'elle est assujettie à la T.V.A., et identifiée par un numéro individuel par application de l'article 286 ter du Code général des impôts, ce numéro doit être indiqué.

Lorsque l'auteur de l'offre exerce une activité soumise à autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré l'autorisation doivent être indiqués.

Lorsque l'auteur de l'offre est membre d'une profession réglementée, doivent être indiqués : le titre professionnel, l'état dans lequel il a été octroyé et le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel il est inscrit, et la référence aux règles professionnelles applicables. À défaut de sanctions pénales, le non-respect des

mentions informatives justifie l'application des dispositions de l'article L. 450-1 du Code de commerce (T. com., Paris, ord. réf., 17 octobre 2006, Juris-Data, n° 319191 ; note Malaurie-Vignal, in CCE, janvier 2007, n°1, p. 25 et s.).

En outre, en matière de ventes de biens et de fournitures de prestation de service à distance, l'auteur de l'offre doit informer le consommateur potentiel dans la sollicitation de son nom, de coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, (de son adresse, du siège social s'il s'agit d'une personne morale), et si elle est différente, de « l'adresse de l'établissement responsable de l'offre » selon les dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la consommation. En cas de non-respect, les peines prévues pour les contraventions de cinquième classe sont applicables : cf. : article R. 121 du Code de la consommation.

L'article R. 123-37 du Code de commerce, selon les dispositions du décret n° 2007-750 du 9 mai 2007, impose des obligations renforcées aux commerçants régulièrement immatriculés. Ils doivent ainsi indiquer leurs sites Internet, leur numéro unique d'identification, la mention au RCS suivi du nom de la ville dans laquelle le greffe du tribunal du lieu d'inscription est situé, le lieu du siège social, (lorsque le siège social est situé à l'étranger la dénomination sociale de la société, sa forme juridique, son numéro d'immatriculation dans l'état ou elle à son siège. Le non-respect de ces dispositions expose le contrevenant aux peines des contraventions de quatrième classe. (cf. : art. 131-13 du Code pénal).

## **La prospection et la publicité par voie électronique**

- Du point de vue des concours et offres promotionnelles proposés par voie électronique
- Du point de vue de la publicité en ligne

### **Du point de vue des concours et offres promotionnelles proposés par voie électronique**

L'envoi de courriels personnalisés est aujourd'hui assimilé par la jurisprudence à un démarchage dès lors qu'il est suivi d'un contrat conclu dans l'établissement de l'émetteur (Cour de cassation, chambre criminelle, 18 septembre 1995, n° de pourvoi : 94-86. 118. On soulignera en préambule que certains secteurs d'activité ne sont pas ouverts au commerce en ligne. Ainsi, le Tribunal de commerce et le Tribunal de grande instance de Paris ont eu à statuer, en référé, sur des demandes émanant de salles de spectacles tendant à interdire la revente de leurs billets sur le site viagogo.fr. Le Tribunal de commerce (T. com. Paris, ord. réf., 15 févr. 2012) a purement et simplement refusé de se prononcer. Le Tribunal de grande instance de Paris (TGI Paris, ord. réf., 27 févr. 2012) a fait partiellement droit à la demande d'interdiction de revente des billets de spectacles.

En dépit du caractère libéral de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique, la loi n° 2012-348, du 12 mars 2012 « tendant à faciliter l'organisation des manifestations sportives et culturelles » JO, 13 Mars 2012 interdit la revente des billets pour ce type d'événement sur Internet, de même les expositions en

vue de la vente et la fourniture de moyens en vue de ces ventes, dès lors que ces opérations, sont réalisées de manière habituelle, et qu'elles ont lieu sans l'autorisation de l'organisateur de la manifestation. Il est vraisemblable que ce nouveau texte soit l'objet d'une prochaine question prioritaire de constitutionnalité.

La question de la gratuité des frais de port en matière de ventes de livres a également soulevé un contentieux important au regard de la loi su 10 août 1981 dite « loi Lang » qui impose un prix unique. La Cour de cassation (Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-16.381<sup>∞</sup> ; note C. Rondey, D. 2008, p. 1466), a récemment mis fin à la polémique en affirmant que la gratuité des frais de port est licite, car elle « ne constitue pas une prime au sens du Code de la consommation ».

Selon les dispositions de l'article L. 121-15-2 du Code de la consommation, qui reprend les règles imposées par l'art. 21 de la loi du 21 juin 2004 (LCEN), les jeux, concours, rabais, primes, et autres « cadeaux », proposés « par voie électronique », doivent être clairement précisés et aisément accessibles par ceux auxquels ils sont destinés.

Les consommateurs bénéficient tant du point de vue du droit européen (Directive 2005/29 du 11 mai 2005 annexe I, pt 31), que du point de vue du droit français (article L. 122-11-1, 8° du Code de la consommation) de nombreuses protections contre les abus parfois révélés par certaines actions promotionnelles. Ainsi, s'il n'est pas interdit d'organiser des jeux et concours via Internet ou de manière plus traditionnelle, les spécialistes du « marketing » doivent respecter les impératifs de transparence, de clarté, des termes dans lesquels ces jeux et concours sont organisés. Le public auquel le jeu promotionnel est proposé doit être en mesure de connaître les caractéristiques précises des prix offerts aux participants. Ainsi, la CJUE a récemment (CJUE, 18 octobre 2012, aff. 428/11) rappelé que dates et points de départ et d'arrivée d'une croisière qui constituait le « gros lot » doivent être impérativement précisés, ainsi que les conditions d'hébergement et de nourriture, et, surtout qu'il est strictement interdit d'imposer aux consommateurs un coût quelconque, aussi négligeable soit-il par rapport à la valeur du lot gagné, pour profiter de leur prix et entrer en possession de leur lot. De la même manière, est prohibée, toute technique reposant sur une option offerte aux candidats ayant participé au concours, entre une technique (rapide, mais payante) ou gratuite (mais plus lente...), permettant de savoir si l'on a gagné et comment bénéficier de l'attribution du lot. Le fait pour l'organisateur d'un jeu-concours à finalité commerciale, quel que soit le support utilisé, de ne pas respecter l'ensemble de ces contraintes constitue une pratique commerciale « agressive », au sens des articles L. 122-11-1 et s. du Code de la consommation.

### **Du point de vue de la publicité en ligne**

Il n'est pas toujours évident de tracer une frontière nette entre publicité commerciale et l'information en matière de pratiques massivement développées sur Internet, tout particulièrement en matière de comparaisons tarifaires présentées « en ligne ». Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble a récemment eu l'occasion de sanctionner les pratiques d'un célèbre site de comparaison des prix en relevant que : « Constitue une pratique commerciale déloyale le fait pour un site comparateur de prix d'omettre de s'identifier comme site publicitaire, le fait de ne pas mettre à jour en temps réel les prix, de ne pas indiquer les périodes de validité des offres, les frais de livraison et les caractéristiques

principales des produits et de diffuser des informations erronées sur le mode de fonctionnement du site ». Le site « Kelkoo » a donc été condamné sous astreinte à cesser ces pratiques. En revanche le fondement textuel sur lequel la sanction se fonde n'est pas clairement précisé par la Cour d'appel de Grenoble Il est possible de justifier la condamnation aussi bien par l'application de l'article L. 121-1, I, 2° du Code de la consommation (pratique critiquée fondée sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur certains éléments dont la disponibilité du produit, les caractéristiques essentielles, le prix, les conditions de livraison du bien ou du service) que par l'application de l'article L. 121-1, II du Code de la consommation (omission, dissimulation, fourniture de manière inintelligible, ambiguë ou à contretemps d'une information substantielle ou absence de mention du caractère commercial du message, la disposition étant applicable aux pratiques qui visent les « non-professionnels »). Pour aller plus loin : Anne DEBET « Les pratiques du comparateur de prix Kelkoo de nouveau condamnées » in Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2011, comm. 25.

La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, JORF, du 1er octobre 1986, 11755) relative à la liberté de communication, et le décret n°92-280 du 27 mars 1992 (Décret n° 92-280, du 27 mars 1992, JORF, n° 75 du 28 mars 1992, 16) ont imposé que, les messages publicitaires diffusés par les services de communication audiovisuelle soient présentés comme tels et séparés nettement du reste des programmes.

Il s'agit d'une consécration d'une véritable « obligation de transparence ». La « publicité ciblée » a créé des problématiques juridiques complexes recensées par le rapport sur la publicité en ligne de la CNIL du 5 février 2009. Les différents acteurs de l'économie numérique, les régies publicitaires, les fournisseurs de contenus, etc., utilisent des moyens importants pour tenter de séduire les internautes de façon de plus en plus efficace. La CNIL a tenté d'établir une liste cohérente de moyens de protection contre cette traque publicitaire en ligne exploitant à outrance les données personnelles (E. A. Caprioli : « L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », in CCE, juin 2009, comm., p. 60 et s.).

Les dispositions des articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 du Code de la consommation reprenant celles de l'art. 20 de la loi du 21 juin 2004 (LCEN) imposent une identification claire de la publicité et de l'annonceur, (c'est-à-dire de la personne pour le compte de laquelle elle a été faite), que la diffusion soit effectuée par e-mail, ou à partir d'un site web, alors même qu'il s'agit de communications destinées à des professionnels (cf. : article L. 121-15-3 du Code de la consommation). La violation de la règle expose l'auteur du délit à des peines d'emprisonnement de deux ans et d'amende de 37500 euros à concurrence de la moitié des dépenses de la publicité constituant le délit. (Cf. : art. L. 121-6 et L. 213-1 du Code de la consommation).

Une recommandation du 13 mai 2005 du Bureau de vérification de la publicité (BVP) invite les professionnels de la publicité, au titre de règles déontologiques, à distinguer les messages dont le caractère publicitaire est manifeste et ceux qui ne le manifestent pas clairement. Pour ces derniers, il convient d'ajouter de façon intelligible une indication explicite permettant d'identifier qu'il s'agit bien d'une publicité.

## ATTENTION

**Le Conseil national de la consommation (CNC) préconise que « les fournisseurs de services de communications électroniques respectent des principes de lisibilité, de clarté, et de précision de l'information tarifaire ainsi qu'une utilisation des renvois limitée, ces derniers ne pouvant concerner les caractéristiques essentielles d'une offre ».**

En pratique, la mention non équivoque « publicité » est une réponse aux contraintes légales sur le site porteur du message publicitaire, ou dans l'objet du mail publicitaire, le cybermarchand devant être de son côté identifiable, au besoin par un lien hypertexte.

Néanmoins, en réalité la distinction entre information et message publicitaire n'est pas toujours très nette, comme en témoignent les « newsletters » ou « lettres d'information », émanant d'entreprises commerciales, qui mélangent savamment des éléments objectifs permettant de renseigner le destinataire sur des évolutions de gammes de produits, de techniques, ou de services, tout en privilégiant de manière sélective et subjective ses productions et les marques qu'elles diffusent.

### Remarque :

***Les frontières entre information et publicité ne sont donc pas toujours faciles à établir en matière de presse écrite « classique », (comme le démontre la méthode dite du « publireportage ». À fortiori, les réalités techniques en matière informatique, montrent les limites de l'efficacité des contraintes juridiques, spécialement avec la multiplication de « pop up » (fenêtres intrusives ou « surgissantes ») et autres bannières publicitaires s'ouvrant de manière intempestive contre lesquels existent certains logiciels destinés à les bloquer.***

### CONSEILS, TRUCS ET ASTUCES :

Les navigateurs d'aujourd'hui sont capables, s'ils sont mis à jour, de bloquer les POP-UP :

- Pour Internet Explorer 8 : outils > bloqueur de fenêtres publicitaires > activer le bloqueur.
- Pour Firefox : outils > options > onglet « contenu » > et cocher « Bloquer les fenêtres popup ».
- Pour Chrome : outils > options > onglet « options avancées » > « Paramètres de contenu » > fonctionnalités « Fenêtres pop-up » > et cocher « Interdire ».
- Pour Opera : Ctrl+F12 > onglet « Générales » > choisir « Bloquer les pop-ups non désirés ».
- Pour Safari : Réglages > « Bloquer les fenêtres surgissantes » ou Ctrl+Maj+K.

La Cour de cassation (Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86351) considère que la « publicité, s'entend de tout document commercial dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé, de se former une opinion sur les résultats du bien ou du service proposé ». La publicité est selon le rapport du Conseil d'État « Internet et les réseaux numériques »; caractérisée par deux critères :

- d'une part, la finalité promotionnelle de l'objet du message, et
- d'autre part, le fait que le message soit adressé au public.

## La problématique de la publicité mensongère dans l'économie numérique

L'obligation de loyauté s'impose aux acteurs de l'économie numérique, tout particulièrement du point de vue des messages publicitaires que diffusent les « cybermarchands ».

L'article 5 du Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la Chambre de commerce internationale (CCI) dispose que : « la publicité doit proscrire toute déclaration ou présentation visuelle qui soit de nature, directement ou indirectement, par voie d'omission, d'ambiguïté ou d'exagération, à induire en erreur le consommateur ».

L'article 6 du même Code, prévoit d'abord que : « Lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne doit pas être de nature à induire le consommateur et doit respecter les principes de la concurrence loyale. Les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur des faits objectivement vérifiables et qui doivent être choisis loyalement », ensuite que : « Lorsque la comparaison porte sur les prix, elle doit concerner des produits identiques vendus dans les mêmes conditions et indiquer la durée pendant laquelle sont maintenus les prix mentionnés comme siens par l'annonceur », et enfin que : « La publicité comparative ne peut pas s'appuyer sur des opinions ou des appréciations individuelles ou collectives ».

### 1. Du point de vue européen

On mentionnera deux dispositions importantes.

#### ATTENTION

D'abord, la directive cadre n° 2005/29 CE du 11 mai 2005 (JOUE, n° L 149 du 11 juin 2005 p. 0022 - 0039) qui interdit les pratiques révélant un manquement aux exigences de la diligence professionnelle et l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs, et les pratiques trompeuses et agressives, dont elle dresse une « liste noire ».

Ensuite, la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 (JOUE, n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 21–27) qui a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales, et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est licite. La Commission européenne, a depuis cette directive, renforcé les normes existantes en matière de lutte contre la publicité trompeuse et les pratiques commerciales agressives, en adoptant de nouvelles dispositions le 12 décembre 2007.

## 2. Du point de vue du droit français

### **IMPORTANT**

Le Bureau de vérification de la publicité (BVP, devenu en juin 2008, l'ARPP), dans une recommandation d'avril 2005, rappelle que : « toute publicité doit se conformer aux règles de droit positif, être loyale, honnête, et véridique...être conçue et diffusée avec un juste sens de la responsabilité sociale et doit être conforme aux principes de la concurrence loyale, tels qu'ils sont généralement admis dans des relations commerciales ». Toujours, selon la recommandation : « aucun message publicitaire ne doit être de nature à dégrader la confiance que le public doit pouvoir porter à la publicité ».

Le Code de la consommation prévoit des règles strictes en matière de « prospection » par voie électronique.

Les articles L 120-1 à L. 121-7 du Code de la consommation dans leur rédaction postérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, loi de modernisation de l'économie dite « LME » constituent le fondement de la réponse législative aux pratiques commerciales trompeuses, dont la publicité « mensongère » constitue une application particulière.

La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, dite loi « Chatel », mettait déjà en évidence un ensemble d'éléments constitutifs de pratiques commerciales trompeuses dont les grands axes sont repris dans les dispositions actuelles de l'article L. 121-1, I, du Code de la consommation applicable même entre professionnels, (« B to B » et « B to C » sont donc concernés)

- **En premier lieu**, lorsqu'une pratique « crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ».
- **En deuxième lieu**, lorsque la pratique « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur » sur certains éléments caractéristiques existence du bien, prix, identité du professionnel, etc.).

L'article L 121-1, II, du Code de la consommation comporte des dispositions qui ne sont obligatoires que dans les relations entre professionnels et consommateurs, c'est-à-dire dans le « B to C ». Il s'agit de sanctionner la pratique qui « omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps, une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ». (De toute évidence, la jurisprudence sera amenée à prendre en compte les limites propres au moyen de communication utilisé).

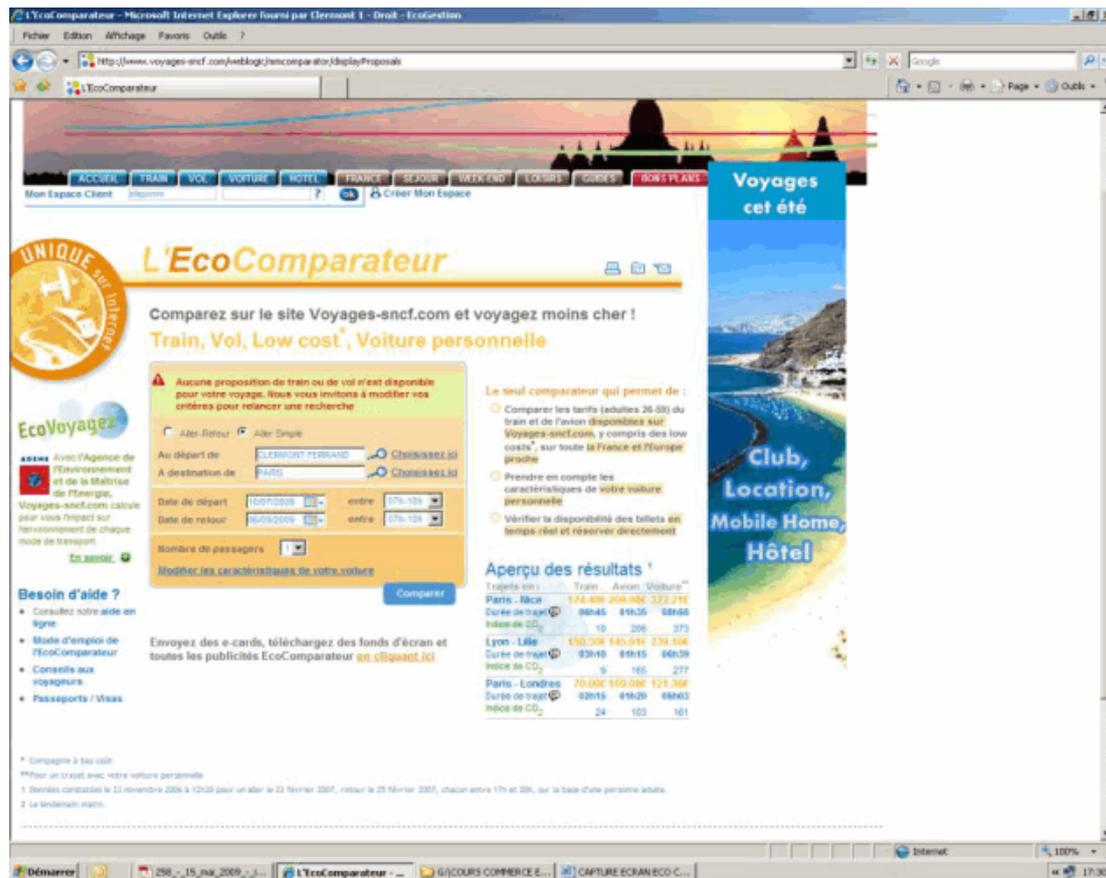
L'article L 121-1-1 du Code de la consommation, applicable entre professionnel, énumère une « liste noire » de pratiques commerciales présumées trompeuses.

Se prétendre à tort signataire d'un code de conduite, d'afficher un label de qualité sans en avoir l'autorisation, etc.

La publicité trompeuse	La publicité comparative
<p><b>Certaines formes de publicité constituent des pratiques commerciales illicites car trompeuses.</b>L'article L. 121-5 du Code de la consommation dispose que la personne pour le compte de laquelle la pratique commerciale trompeuse est mise en œuvre est responsable, à titre principal, de l'infraction commise. L'infraction est constituée dès lors que la pratique commerciale est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France. Le texte peut donc s'appliquer pour toute publicité trompeuse diffusée sur Internet.</p> <p>C'est un délit correctionnel réprimé pénalement par l'article 131-38 du Code pénal avec des peines maximales de deux ans d'emprisonnement et une amende de 37500 euros. Le maximum de l'amende peut être porté à la moitié des dépenses de la publicité constituant le délit. Des sanctions ont été prononcées à ce titre, par exemple contre des FAI (Cass. 1re civ., 9 mars 2004, n° 01-11296), des voyagistes en ligne ne respectant pas leurs annonces (Note L. Grynbaum sur TGI Pontoise, 6e ch., 19 mai 2004, in CCE, décembre 2004, p. 35 et s.), des sites de vente en ligne ne respectant pas les délais contractuels de livraison (Note A. Debet sur CA., Lyon, 7 mars 2007, in CCE, 2007, n° 84, p. 39 et s.) etc.</p>	<p><b>La publicité comparative</b> ; quant à elle, est encadrée par les dispositions des articles L. 121-8 à L. 121-14 du Code de la consommation. Elle n'est autorisée que si la comparaison porte sur des biens ou services « répondant aux mêmes besoins, ou ayant le même objectif, et que si elle est loyale, véridique, et n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur ».</p> <p>Certains sites de commerce en ligne mettent en place des « éco-comparateurs » dans une finalité où les préoccupations écologiques sont censées faire bon ménage avec les attentes commerciales et le marketing.</p>

**Exemple :**

Capture d'image l'Eco-Comparateur du site VOYAGE SNCF.COM



Devant les juridictions, le contentieux porte fréquemment sur les sites de **comparaison de prix**.

Dans la longue bataille jurisprudentielle opposant les acteurs principaux de la « grande distribution », on mentionnera que la Cour de cassation a récemment (Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2010, n° de pourvoi : 08-19.814) qu'un site Internet de comparaison des prix pratiqués par plusieurs grandes enseignes est naturellement révélateur d'une technique de « publicité comparative » au sens des articles L. 121-8 et s du Code de la consommation. La Cour de cassation admet le principe de la validité d'un site Internet de cette nature dans la mesure où les éléments relevés par les juges du fond établissaient la preuve que les relevés des prix avaient été effectués de manière objective par des acteurs professionnels indépendants de l'annonceur et que la preuve de l'exactitude des prix comparés avait été établie sans que puisse être dénoncée une manipulation particulière des grilles tarifaires pendant la période des relevés et celle qui l'avait précédée. Les comparateurs de prix sont aujourd'hui très prisés par les Internautes et donnent lieu à un nombre croissant de litiges. Le Tribunal de commerce de Paris a récemment décidé en substance que la similarité de deux sites comparateurs de prix dans le domaine du voyage s'expliquait par le caractère banal du contenu et de la présentation même de ces sites. Il n'y a, dès lors, aucune forme coupable de parasitisme. (Tribunal de commerce de Paris, ord. réf., 6 juill. 2011, CNI c/ Luteciel, Viaticum, Kelkoo)

Un arrêt récent de la Cour de cassation (Cour de cassation, chambre commerciale, 29 novembre 2011, n° de pourvoi : 09-13.223) met un terme à une incertitude quant à la qualification des « informations » diffusées dans le public pas les sites de comparaison

des prix sur Internet. Au regard des dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 dite « LCEN », la Cour de cassation décide que les éléments mis en ligne par les sites de comparaison des prix de produits ou services sont de nature publicitaire. Dès lors, il est impératif que le caractère publicitaire des messages diffusés dans le public apparaisse clairement comme tel et que les dispositions légales en matière de publicité commerciale, notamment celles des articles L 121-8 et s. du Code de la consommation, soient strictement respectées. Dans l'affaire ayant justifié l'arrêt précité, la Cour de cassation condamne la société exploitant le site de comparaison à eu un comportement illicite faussant le jeu normal de la concurrence parce que : « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle ». Or, dans ce cas particulier, les explications fournies par la société sur son site Internet n'étaient en réalité accessibles qu'à la condition que l'internaute, soit d'un naturel curieux, et selon un cheminement complexe obligeant ce dernier à ouvrir plusieurs « liens et fenêtres » sur l'écran de l'ordinateur avant de pouvoir comprendre la nature publicitaires des éléments mentionnés, référencés et diffusés sur le site. Il convient de rappeler que le comportement économique du consommateur doit être substantiellement altéré pour que le délit de pratiques commerciales déloyales soit établi. Il incombe donc aux juges du fond comme l'article L. 120-1 du Code de la consommation l'impose de vérifier si les omissions reprochées à « Kelkoo » étaient susceptibles ou non d'altérer de manière substantielle le comportement des consommateurs.

Les techniques de référencement utilisées par certains moteurs de recherche sont également contestées faute de transparence suffisante. En ce qui concerne le moteur de recherche « Google », la technique de référencement dite « AdWords », est donc à l'origine d'un contentieux très important, ce service publicitaire payant permet à des annonceurs de sélectionner des mots clés générés par une liste établie de façon automatique, afin de faire apparaître un lien commercial vers leur site, dès qu'un internaute effectue une recherche à partir de l'un de ces mots clés, or, parmi les mots clés suggérés, il y a des signes protégés à titre de marque. Dès lors, les titulaires de droits de marque considèrent qu'il y a contrefaçon de la part de « Google » pour avoir permis à des tiers d'utiliser leurs marques comme mots clés. Il convient d'apporter des réponses en matière de droit de la concurrence aux nouvelles problématiques suscitées par le développement des activités liées au commerce en ligne. **A consulter** : David BOSCO, « Google et le droit de la concurrence : avis de tempête ! », in Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2011, étude 7.

Dans un arrêt du 23 mars 2010 (affaires jointes, aff. C-236/08, Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA ; aff. C-237/08, Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL ; aff. C-238/08, Google France SARL c/ Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, P.-A. Thonet, B. Raboin), la CJUE, répond à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation dans une affaire opposant Google à Louis Vuitton SA et à d'autres titulaires de marques (Cass. com., 20 mai 2008, pourvoi n° 06-15136, Google France c/ Sté CNRRH, commentaire Ch. Caron in Comm. com. électr. 2009, comm. 4 ; note I. Gavanon et J. Huet in D. 2009, p. 1065,). La CJUE affirme au regard de la directive 2000/31, que : « Le bénéfice du régime de responsabilité propre à l'hébergement suppose que le défendeur n'ait pas joué un rôle actif de nature à lui attribuer une connaissance ou un contrôle des données

litigieuses ». La CJUE adopte en premier lieu une conception assez étroite du champ de l'article 14 de la directive précitée (CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, § 112 à 114). Pour qu'un stockage de données relève de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient que le comportement du prestataire « se limite à celui d'un "prestataire intermédiaire" au sens voulu par le législateur » (§ 112), en ne concernant « que les cas où l'activité du prestataire [...] revêt un caractère "purelement technique, automatique et passif", et implique que le prestataire "n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées" » (§ 113). Il s'agit donc en conclusion de vérifier, au cas par cas, si l'attitude du prestataire est neutre » (§ 114). En second lieu, la CJUE précise que l'article 14 de la directive 2000/31 s'applique lorsque le prestataire « n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées » (§ 120). Doivent être pris en considération : l'absence de rôle « actif » exprimant le comportement « neutre », « purement technique, automatique et passif » et l'absence de « connaissance » ou de « contrôle » des données litigieuses par le prestataire. Seul le prestataire qui remplit une série de conditions positives bénéficie de l'article 14 de la directive 2003/31; dans le paragraphe 120, tout prestataire qui « n'a pas joué » tel rôle en profite. La perte par le prestataire du bénéfice de l'article 14 de la directive précitée impose la preuve qu'il ait tenu un rôle « de nature à » lui attribuer « une connaissance ou un contrôle des données stockées ». Le critère n'est cependant pas parfaitement expressif. La formulation de l'arrêt de la CJUE demeure ambiguë, qu'entend-on, par exemple, par « contrôle des informations », au-delà de l'évidence selon laquelle la « connaissance » des données se distingue nécessairement d'un simple « stockage » de ces dernières. **A consulter** : Philippe STOFFEL-MUNCK, « La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords », in Communication Commerce électronique n° 9, Septembre 2010, comm. 88 ; Georges BONET, « Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE ? », in Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2010, étude 12

À propos de la problématique de la contrefaçon, la Cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 17 novembre 2010, infirmé la condamnation pour contrefaçon de « Google » dans l'affaire « Belle literie » dans laquelle le Syndicat français de la literie, avait obtenu la condamnation de « Google France » à payer la somme totale de 80 000 € notamment du fait de l'atteinte à sa marque notoire « Belle Literie » par la diffusion de publicité pour des produits concurrents lorsque l'on faisait une recherche par mot-clef. (CA Paris, pôle 5, 4e ch., 17 nov. 2010, RLDI 2010/66, n° 2169) **A consulter** : Julien LACKER, « Assigner Google en dix leçons : la Cour d'appel de Paris explique l'arrêt AdWords de la CJUE », in Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2011 68, ACTUALITÉS, CRÉATIONS IMMATÉRIELLES, ÉCLAIRAGE

De son côté, à la suite de l'arrêt de la CJUE du 30 mars 2010, la Cour de cassation a écarté, par quatre arrêts du 13 juillet 2010, (Cass. com., 13 juill. 2010, RLDI 2010/63, n° 2082), la responsabilité de « Google » au titre de la contrefaçon de marques en ce qui concerne son service de référencement « AdWords ». **A consulter** : Céline CASTETSRENARD, « Système Adwords de Google : la Cour de cassation suit sans surprise la CJUE », in Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2010 63, ACTUALITÉS, CRÉATIONS IMMATÉRIELLES, ÉCLAIRAGE; Marianne SCHAFFNER, « « AdWords » la clé du succès du système de mots clés », in Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2010 64, ACTUALITÉS, CRÉATIONS IMMATÉRIELLES, ÉCLAIRAGE

Toujours à propos de la problématique de « Google AdWords », la société « Navx », ayant dénoncé des pratiques discriminatoires, le 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence avait imposé des mesures d'urgence à « Google » (Aut. conc., déc. n° 10-MC-01, 30 juin 2010 : [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)). Par la suite, Google ayant proposé des engagements destinés à apporter une solution relative aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en France, l'Autorité de la concurrence a dans une décision d'urgence prononcée en juin 2010, relevé que : « Google avait rétabli le compte « AdWords » de la société « Navx » et proposé des engagements concernant le fonctionnement de son service « AdWords ». L'Autorité de la concurrence a indiqué dans un communiqué du 28 octobre 2010, (Aut. conc., communiqué, 28 oct. 2010, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)) qu'elle avait accepté et rendu obligatoires les engagements de « Google », qui, « tels qu'améliorés par rapport aux propositions d'origine de l'entreprise », répondaient désormais aux préoccupations de concurrence, la société « Google » s'étant engagée à rendre le fonctionnement de son service « AdWords » concernant les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France plus transparent et prévisible pour les annonceurs, notamment « en spécifiant les dispositifs dont la publicité est autorisée ou interdite », (plus particulièrement en ce qui concerne les avertisseurs et les bases de données radars) ; « en précisant le champ d'application de l'interdiction s'appliquant tantôt aux contenus des annonces tantôt s'étendant à d'autres pages » ; en mettant en place une procédure d'information et de notification ciblée des modifications de la politique de contenus AdWords » ; « en précisant la procédure pouvant mener à la suspension du compte de l'annonceur en cas de violation de la politique de contenus AdWords ». Les engagements proposés par « Google » pour un trimestre ont été rendus obligatoires par l'Autorité de la concurrence, sous peine de sanctions et, dès lors l'Autorité de la concurrence a décidé en définitive de clore la procédure. **A consulter** : Magali BOURDAROT, « Autorité de la concurrence - Publicité en ligne - Google/Navx, suite et fin ? », in Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2010, alerte 114

Très récemment, la Cour d'appel de Paris, (CA Paris, pôle 5, 1<sup>re</sup> ch., 2 févr. 2011) a considéré que l'annonceur qui choisit la marque d'un tiers pour apparaître en lien commercial n'est pas nécessairement un contrefacteur au regard des faits de l'espèce, et l'arrêt a été critiqué par un certain nombre d'auteurs car il fragilise le « droit des marques ». **A consulter** : Élisabeth TARDIEU GUIGUES, « La concurrence entre les opérateurs économiques favorisée aux dépens du droit des marques AdWords, toujours... », in Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2011 71, ACTUALITÉS, CRÉATIONS IMMATÉRIELLES, ÉCLAIRAGE

Du point de vue fiscal en ce qui concerne les moteurs de recherche, grands acteurs en matière de publicité commerciale, on signalera que la loi de finances 2011, n° 2010-1657, du 29 décembre. 2010, art. 27, publiée au J. O. du 30 décembre 2010) a mis en place une nouvelle taxe dite communément « taxe Google ».

Ainsi, l'article 302 bis KI du Code général des impôts consacre une nouvelle taxe de 1 % sur l'achat de publicité en ligne. Elle est due par les annonceurs établis en France. L'entrée en vigueur a été repoussée à l'initiative du Gouvernement au 1<sup>er</sup> juillet 2011 et devait être collectée pour la première fois en mars 2012 sur les investissements réalisés entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 31 décembre 2011, et devrait être liquidée et versée selon les modalités de la TVA.

Cette loi a suscité de très nombreuses critiques. En premier lieu on s'interroge d'abord sur le champ même de son application : quels sont les services publicitaires visés. En second lieu, l'assiette de la taxe n'est pas clairement définie, le texte visant « les sommes versées » ce qui est pour le moins, imprécis...

Enfin, en matière de publicité en ligne, on signalera que l'Autorité de la concurrence a rendu, le 14 décembre dernier, son avis sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne (Aut. conc., avis n° 10-A-29, 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne : [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)). En premier lieu l'Autorité de la concurrence l'applicabilité de la loi « Sapin » sur Internet, comme sur les autres supports médiatiques, afin de garantir la transparence financière aux annonceurs en matière d'achats d'espaces et la neutralité des recommandations délivrées. En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence relève l'existence de deux marchés distincts de la publicité en ligne. Selon elle, il existe, d'une part, un marché de la publicité liée aux recherches, et d'autre part, elle relève l'existence un marché de la publicité graphique dite « display ». Enfin, en troisième et dernier lieu, sur la problématique de la position dominante de certains acteurs sur le marché, (dont tout spécialement « Google »), l'Autorité de la concurrence constate que « la profitabilité de Google, sa part de marché très importante qui se maintient depuis plusieurs années, le fait que Google puisse s'abstraire de l'insatisfaction des annonceurs dans le cadre des relations contractuelles qu'il noue avec eux » sont autant d'éléments convergents pour conclure à une position dominante de « Google » sur le marché de la publicité liée aux recherches. Sur la question d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence relevant qu'elle a été saisie dans un cadre consultatif et non contentieux et qu'elle n'a donc pas à se prononcer, sur l'existence d'abus de position dominante, a élaboré une grille de lecture de comportements susceptibles de déstabiliser le marché. L'Autorité de la concurrence relève spécifiquement l'hypothèse des « abus d'éviction », destinés à décourager, retarder, voire éliminer les concurrents par des procédés ne relevant pas d'une saine compétition (élévation artificielle de barrières à l'entrée ; clauses d'exclusivité devenant excessives par le champ d'application, la durée ou la portée ; obstacles techniques etc.). L'Autorité de la concurrence met ensuite en évidence les abus d'exploitation, par lesquels « Google » imposerait des conditions exorbitantes à ses partenaires et clients, en leur imposant, par exemple un traitement discriminatoire ou refuserait de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles nouées avec ces derniers. L'Autorité de la concurrence conclut enfin que le cas particulier de « Google » ne nécessite pas la mise en place d'un cadre réglementaire et que « le droit de la concurrence [peut] mettre des bornes aux agissements de Google et répondre aux enjeux concurrentiels soulignés par les acteurs ».

Les fluctuations jurisprudentielles quant à la qualification juridique des grands acteurs du commerce électronique permettent de souligner que la sécurité juridique des acteurs du commerce électronique n'est pas encore parfaitement assurée.

Pour un exemple dans le domaine du « luxe », (dans un conflit opposant le groupe L.V.M.H et Google) : Cass. com., 20 mai 2008, n° 06-20230.

**Un lien hypertexte peut aussi être l'instrument d'une pratique commerciale illicite,** par exemple en cas de renvoi à des pages secondaires d'un autre site « web », sans

indiquer son identification, et aboutissant à une appropriation indue de marques ou de produits d'un concurrent.

## Ordre public et restrictions à la publicité

### ATTENTION

Du point de vue de la publicité, certains produits font l'objet d'interdictions ou de limitations légales et réglementaires. Les impératifs de santé publique, d'ordre public, justifient des atteintes importantes à la liberté contractuelle et à la circulation des produits.

Il n'est pas toujours évident de tracer une frontière nette entre publicité commerciale et l'information en matière de pratiques massivement développées sur Internet, tout particulièrement en matière de comparaisons tarifaires présentées « en ligne ». Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble a récemment eu l'occasion de sanctionner les pratiques d'un célèbre site de comparaison des prix en relevant que : « Constitue une pratique commerciale déloyale le fait pour un site comparateur de prix d'omettre de s'identifier comme site publicitaire, le fait de ne pas mettre à jour en temps réel les prix, de ne pas indiquer les périodes de validité des offres, les frais de livraison et les caractéristiques principales des produits et de diffuser des informations erronées sur le mode de fonctionnement du site ». Le site « Kelkoo » a donc été condamné sous astreinte à cesser ces pratiques. En revanche le fondement textuel sur lequel la sanction se fonde n'est pas clairement précisé par la Cour d'appel de Grenoble Il est possible de justifier la condamnation aussi bien par l'application de l'article L. 121-1, I, 2° du Code de la consommation (pratique critiquée fondée sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur certains éléments dont la disponibilité du produit, les caractéristiques essentielles, le prix, les conditions de livraison du bien ou du service) que par l'application de l'article L. 121-1, II du Code de la consommation (omission, dissimulation, fourniture de manière inintelligible, ambiguë ou à contretemps d'une information substantielle ou absence de mention du caractère commercial du message, la disposition étant applicable aux pratiques qui visent les « non-professionnels »).

### En savoir plus : Les pratiques du comparateur de prix Kelkoo

#### 1. En ce qui concerne le tabac

La loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, dite loi « Evin » interdit également toute forme directe ou indirecte de publicité en faveur du tabac et des produits du tabac, sauf dans le cadre spécifique des publications et les services en ligne réservés aux professionnels, ou qui ne sont pas principalement destinés au marché communautaire, dans les limites très strictes de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique (CSP). Le contrevenant s'expose selon les dispositions de l'article L. 3512-2 du CSP, à une peine de 100000 euros d'amende. L'accroissement du prix des cigarettes a favorisé le développement de sites de ventes de cigarettes en ligne. Le site « e-tabac.com » a fait l'objet d'une plainte de l'Administration des douanes et ses dirigeants ont été condamnés par un jugement du Tribunal correctionnel de Meaux, du 13 mars 2007.

La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a par deux arrêts du 5 mars 2009, validé les condamnations prononcées, par des juridictions françaises, à l'encontre des responsables de publications périodiques, pour propagande et publicité en faveur du tabac contraires aux dispositions du Code de la santé publique (E. Derrieux « Interdiction de propagande et de publicité pour le tabac », in RLDI, avril 2009, p. 32 et s.).

À consulter sur : ZDNet.fr

Le 13 octobre 2009 la presse a relayé une « information » selon laquelle la vente de cigarettes sur Internet serait possible en France à partir du 1er janvier 2010. Après réunion avec les buralistes disposant du monopole de la distribution du tabac, plusieurs Ministres, dont Madame R. Bachelot, Ministre de la santé, ont démenti formellement l'existence d'un quelconque projet favorable au commerce électronique du tabac.

## 2. En ce qui concerne l'alcool et les produits alcoolisés

La loi 01-32 du 10 janvier 1991, dite loi « Evin » (Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, JORF, 12 janvier 1991) codifiée aujourd'hui au Livre III, du Code de la santé publique (CSP), a imposé, après des débats parlementaires houleux, le principe d'une prohibition de la publicité en faveur de l'alcool sous toute ses formes, qu'elle soit directe, ou indirecte. Dans le contexte de cette politique, le contrevenant s'exposait à une amende de 75000 euros, le maximum pouvant être porté à la moitié du montant des dépenses consacrées à l'opération illicite. (art. L. 3351-7 du CSP).

Avant l'adoption de la loi « Hôpital, patients, santé et territoires », dite loi « Bachelot », les règles principales étaient très restrictives selon les dispositions de l'article L. 3322-9 du Code de la santé publique. Néanmoins, on pouvait déjà constater que, cet article comportait déjà un certain nombre de dérogations, par exemple au profit de la presse écrite, de la radio, etc., sous certaines conditions, interprétées par la jurisprudence de manière très restrictive (Affaire « Heineken », CA Paris, A, 14e ch., sect. A, 13 février 2008) en refusant la publicité pour l'alcool sur support numérique, dont certains auteurs ont déduit l'interdiction de la vente d'alcool sur Internet (T. Verbiest, « Alcool et Internet », in Journal du Net, 4 novembre 2003).

L'analyse est démentie, de toute évidence, par la pratique réelle du commerce électronique sur le terrain.

### Exemple :

Les professionnels de la filière viticole défendent âprement leurs intérêts sur certains sites Internet et font jouer tous les mécanismes du « lobbying » sur certains sites. T. Verbiest, « Alcool et Internet », in Journal du Net, 4 novembre 2003.

Sur la discussion au Parlement de la loi « Hôpital, patients, santé et territoires », du 21 juillet 2009, dite loi « Bachelot » :

Désormais, du point de vue de la vente d'alcool, l'article 94 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'Hôpital, patients, santé et territoires, dite loi « Bachelot » prévoit que la vente à distance est considérée comme une vente à emporter (cf. : article 3322-9 du CSP).

En ce qui concerne l'évolution des contraintes législatives relatives à la **publicité pour l'alcool sur « Internet »** les débats ont été très vifs.

À l'occasion du débat parlementaire relatif à l'adoption de la loi relative à la modernisation de l'économie, dite « LME » du 4 août 2008, il avait déjà été envisagé d'autoriser la publicité pour l'alcool sur « Internet », mais le Sénat avait finalement rejeté cette possibilité. L'interdiction de toute publicité pour l'alcool était donc maintenue, y compris sous forme de messages électroniques. Récemment une « ouverture » tempérée avait été admise, par Mme le Ministre.

Deux amendements (amendement n°80 et amendement n°530) avaient ensuite été proposés à l'occasion de la discussion au Parlement de la loi « Bachelot » envisageant l'autorisation de la publicité pour l'alcool sur Internet dans certaines limites.

L'article 97 de la loi 2009-879 du 21 juillet 2009 a modifié l'article 3323-2 du CSP qui prévoit désormais que : la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées :

« 9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive, ni interstitielle ».

La Cour de cassation entend toujours imposer une grande sévérité en ce qui concerne le respect des dispositions du Code de la santé publique du point de vue de la promotion de l'alcool et de ses produits comme en témoigne, plusieurs décisions récentes (Cour de cassation, 1re chambre civile, 22 mai 2008, n° de pourvoi : 07-14.984 ; Cour de cassation, 1re chambre civile, 23 février 2012 n° de pourvoi : 10-17.887). Ainsi, une publicité pour une boisson alcoolique ne peut pas utiliser des références visuelles ou textuelles étrangères aux indications énumérées au Code de la santé publique et promouvoir, de façon directe ou indirecte, une image de convivialité ou des « valeurs » associées à la boisson pour inciter le public à la consommer. Un arrêt mérite une attention particulière car il relève une situation inédite marquant le grand degré d'imagination des publicitaires. (Cour de cassation, 1re chambre civile, 20 octobre 2011, n° de pourvoi : 10-23.509). Une société diffusant une célèbre marque de whisky avait mis en place sur un site Internet un « jeu-concours » fondé sur une logique de parcours initiatique valorisant les caractéristiques de la marque. L'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA) avait assigné la société pour que la plupart des visuels et des mentions utilisés soient purement et simplement retirés. La Cour de cassation considère que certaines mentions qui n'avaient pas été exclues suite à l'analyse d'une cour d'appel doivent impérativement être retirés. La décision qui démontre la plus extrême rigueur est fondée sur les dispositions de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique ; et rappelle que : « la publicité autorisée en faveur de boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit ; qu'elle peut seulement comporter, outre ces

indications, des références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L. 115-1 du Code de la consommation ou aux indications géographiques telles que définies dans les conventions et traités internationaux régulièrement ratifiés ainsi que des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit ».

### 3. En ce qui concerne les jeux en ligne

Fin 2008, 25000 sites de jeux illégaux avaient été recensés dans le monde, dont 5000 environ opéraient en langue française. M. F. Trucy, rapporteur de la Commission des finances du Sénat a rédigé un rapport sur « l'évolution des jeux de hasard et d'argent » (L. Costes : présentation du rapport de M. F. Trucy, in RLDI, 2006, n° 21, p. 29) afin d'envisager des réponses adaptées à la montée en puissance des sites de jeux de hasard en ligne.

La licéité des sites de jeux et paris en ligne a longtemps été contestée par le droit français. Les sociétés exploitant des casinos ont été tentées par l'expérience des jeux en ligne notamment pour le poker, jeu en pleine vogue actuellement : La Cour d'appel de Versailles jurisprudence a ainsi considéré (CA Versailles, 9e ch., 4 mars 2009, note MT, in RLDI, mars 2009, p. 59 et s. ; note A. Debet : « Poker en ligne : le groupe Partouche sauve la mise en appel », in CCE, mai 2009, comm. p. 46.) a récemment décidé,

- d'une part, qu'un site de poker en ligne, accessible depuis la France et destiné à un public français constitue « une maison de jeux de hasard au sens de la loi du 12 juillet 1983 », mais a,
- d'autre part, prononcé la relaxe du groupe « Partouche international » et de deux individus, en relevant que « leur implication dans le lancement et le développement du site n'était pas suffisamment caractérisée ». CA Versailles, 9e ch., 4 mars 2009, JurisData n° 2009-002147.

De nombreux contentieux opposent périodiquement le PMU à des sites de paris en ligne situés à l'étranger, notamment la société maltaise « Zeturf Ltd ». L'extranéité de la situation justifie alors la mise en œuvre de règles de conflits pour déterminer quelle est la loi applicable dans le « cyberspace ».

En vertu de la loi du 21 mai 1836 et de la loi du 12 juillet 1983, la publicité en faveur des loteries et des jeux de hasard est interdite. La publicité pour les jeux en ligne l'objet de polémiques importantes comme en témoignent deux avertissements du Conseil supérieurs de l'audiovisuel (CSA) (M. -A. Ledieu : « CSA – Deux avertissements du CSA contre la publicité pour des sites de paris en ligne », in CCE, juin 2009, p. 88.). La station de radio privée « Europe 1 » a été mise en demeure pour avoir diffusé à plusieurs reprises un message publicitaire en faveur du site de paris en ligne « BetClic », et la station de radio privée « RMC » a reçu de son côté une lettre pour avoir annoncé la diffusion d'une nouvelle émission en partenariat avec le site de jeux et paris en ligne « Unibet ».

Dans le domaine du « sponsoring », une plainte a été déposée contre un club de football professionnel français, (l'Olympique Lyonnais), qui souhaitait que ses joueurs

arborent sur leurs maillots le nom et le « logo » de « BetClic » à l'occasion d'un match de la Ligue des champions se déroulant en Belgique.

La Commission européenne a multiplié les procédures d'infraction à l'encontre des monopoles historiques, dès lors, pour tenir compte de ces orientations et des critiques formulées contre le système juridique français, le Ministre du Budget, M. Eric Woerth a envisagé une « ouverture maîtrisée du jeu en ligne » et ses services ont élaboré un projet législatif organisant un marché dans lequel l'activité des sites illégaux se développe. En raison de longues négociations l'adoption du texte au Parlement a pris du retard. Le 27 août 2009, les services de la Commission ont considéré que le texte proposé, correspondait pour l'essentiel à leurs demandes.

De fait, la France avait annoncé l'ouverture à la concurrence du marché des jeux en ligne aux opérateurs privés au 1er janvier 2010 dans trois secteurs, ceux des paris hippiques et des paris sportifs, et celui du poker. Le projet de loi (M. A. Ledieu : « Projet de loi sur l'ouverture à la concurrence du marché des jeux sur Internet », in CCE, avril 2009, p. 51) sur l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a été présenté le 5 mars 2009 par le Ministre du Budget. Le projet de loi a été présenté à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2009 pour y être discuté en première lecture le 13 octobre 2009 (voir site).

Des règles contraignantes ont été prévues pour les sites de « jeux en ligne » sous forme d'un cahier des charges très précis.

#### Exemple :

Les machines à sous devraient demeurer interdites, les licences seraient accordées pour cinq ans renouvelables, le taux de retour aux joueurs des mises devrait être fixé dans une fourchette stricte, etc. agréés.

L'organisation illégale de jeux sur Internet devrait être punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, portée à sept ans et 100 000 en cas d'infraction commise en bande organisée.

Les opérateurs agréés devraient pouvoir diffuser des messages publicitaires sur tous les types de supports, y compris sur Internet sous la surveillance de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP). En revanche, la publicité pour des services de jeux ou de paris en ligne ne disposant pas de l'agrément devrait être interdite et punie par une peine de 30000 euros d'amende au minimum, le montant de l'amende pouvant atteindre quatre fois le montant des dépenses publicitaires consacrées à l'opération illicite...

La pression du droit européen semblait avoir finalement abouti à l'évolution de notre système juridique (L. Grynbaum, « Projet de loi jeux et paris en ligne : une ouverture mesurée à la concurrence partiellement conforme au droit communautaire », in RLDI, mai 2009, p. 65 et s.). Le système retenu après réflexion par les autorités françaises devrait autoriser dans des conditions restrictives les paris hippiques et sportifs en ligne ou le poker. Les réflexions ayant abouti au projet de loi actuel peuvent être consultées sur les sites suivants :

- Jeux d'argent et de hasard en ligne

- Ouverture à la concurrence des jeux d'argent en ligne

Cependant, un arrêt de la Cour européenne de justice du 8 septembre 2009, affaire C 42-07 (Bwin International Ltd / Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) pourrait selon certaines opinions remettre en cause cette ouverture programmée de plus en plus contestée par bon nombre de députés et de sénateurs ou, à tout le moins, justifier d'une nouvelle rédaction du texte très restrictive comme le démontrent de très nombreux amendements.

Sur l'essentiel de cette affaire très médiatisée, on rappellera simplement que la société de paris en ligne « Bwin », sise à Gibraltar, ayant conclu un contrat de sponsoring avec la Ligue de football professionnel portugaise, l'opérateur « historique » de loterie « Santa Casa » a ensuite multiplié les recours en justice afin de dénoncer cet accord au nom de la défense de son « monopole exclusif sur les paris sportifs et autres loteries ».

La Cour a décidé en substance que : estimé qu'alors même que la législation portugaise constitue une « restriction à la libre circulation des services », que celle-ci est « justifiée » par des raisons impérieuses « d'intérêt général », telle que la « lutte contre la criminalité ». Les magistrats relèvent spécialement que : « compte tenu de l'importance des sommes qu'ils permettent de collecter et des gains qu'ils peuvent offrir aux joueurs, ces jeux comportent des risques élevés de délits et de fraudes », et que « les jeux de hasard accessibles par l'Internet comportent des risques de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs ».

La Cour souligne aussi que : « Les États membres sont libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché. Toutefois, les restrictions qu'ils imposent doivent satisfaire aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité ».

Par voie de conséquence, la Cour admet « qu'une autorisation limitée des jeux dans un cadre exclusif présente l'avantage de canaliser l'exploitation de ceux-ci dans un circuit contrôlé et de prévenir les risques d'une telle exploitation à des fins frauduleuses et criminelles » et « qu'il convient d'admettre à cet égard que l'octroi de droits exclusifs pour l'exploitation des jeux de hasard par l'Internet à un opérateur unique, tel que Santa Casa, qui est soumis à un contrôle étroit des pouvoirs publics peut, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, permettre de canaliser l'exploitation de ces jeux dans un circuit contrôlé et être considéré comme apte à protéger les consommateurs contre des fraudes commises par des opérateurs ».

La Cour relevant que : « le secteur des jeux de hasard offerts par l'Internet ne fait pas l'objet d'une harmonisation communautaire » conclut « qu'un État membre est donc en droit de considérer que le seul fait qu'un opérateur tel que Bwin propose légalement des services relevant de ce secteur par l'Internet dans un autre État membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier État, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques

de fraude et de criminalité, eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'État membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs ».

L'arrêt du 8 septembre 2009 permettait donc aux adversaires des paris et jeux en ligne d'espérer une remise en cause définitive de l'ouverture des jeux de hasard et paris sur Internet, toutefois le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 13 octobre 2009. Le texte est consultable sur le site.

La CJUE a, dans un arrêt du 3 juin 2010 concernant la société *Sporting Exchange* agissant sous le nom de « Betfair » établie au Royaume-Uni, (aff. C-203/08, *Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie*) de nouveau rappelé que « l'interdiction des jeux de hasard sur Internet par un État membre de l'Union européenne n'est pas contraire au droit communautaire ».

## En savoir plus : La CJUE

Le Conseil constitutionnel a considéré que la loi du 12 mai 2010 était conforme à la Constitution, (Cons. const., déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO 13 mai 2010, p. 8897).

L'entrée en vigueur de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 ouvrant à la concurrence et à la régulation le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, et l'attribution d'un agrément par l'ARJEL à la société maltaise « Zeturf » (ARJEL, déc. n° 2010-080, 26 juill. 2010, *Zeturf France limited* : Journal Officiel 1er Août 2010) permettant à cette dernière de proposer une offre de paris hippiques en ligne n' pas éteint le contentieux qu'avait fait naître le site. Après le Conseil d'État (CE, 5e et 4e ss-sect. réunies, 9 mai 2008, n° 287503, *Sté Zeturf Limited* : JurisData n° 2008-073519, Comm. com. électr. 2008, comm. 92, nos obs.) et la Cour de cassation (Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-13.986, FS-P+B+I, *Sté Zeturf Limited c/ GIE Pari Mutuel Urbain* : JurisData n° 2007-040137 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 123, nos obs.), le Conseil constitutionnel a lui aussi pris position en retenant la constitutionnalité des dispositions de la loi du 2 juin 1891, fondement législatif au monopole du PMU. Le Conseil constitutionnel, saisi le 29 septembre 2010 par la Cour de cassation, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société « Zeturf », a donc déclaré la loi du 2 juin 1891 réglementant l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, dans sa rédaction antérieure à la loi du 12 mai 2010, conforme à la Constitution. La CJUE, quant à elle, a été saisie d'un recours préjudiciel en interprétation par l'arrêt du Conseil d'État précité (demande de décision préjudicielle, aff. C-212/08). La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation portant sur la compatibilité de la réglementation française des jeux, antérieure à 2010, avec le principe de libre prestation des services, dans l'affaire dite « Zeturf ». La CJUE considère que, sous certaines conditions, qu'elle définit strictement, l'octroi de droits exclusifs dans le domaine des jeux à un organisme unique soumis à un contrôle étroit des pouvoirs publics (comme le PMU), est de nature à permettre de maîtriser et limiter les divers risques consubstantiels du secteur des jeux et paris. (CJUE, 30 juin 2011, aff. C-212/08).

## En savoir plus : L'affaire Zeturf

Peu après la promulgation de la loi du 12 mai 2010, le TGI de Paris (TGI Paris, réf., 6 août 2010, RLDI 2010/63, n° 2083) saisi sur le fondement de l'article 21 de la loi précitée qui attribue la compétence à cette juridiction pour statuer sur les demandes d'interdiction des sites n'ayant pas obtenu l'agrément de l'ARJEL, statuant en la forme des référés a rappelé à propos de la société « Stanjames » établie à Gibraltar offrant des paris sportifs et hippiques ainsi que des jeux en ligne aux internautes français sans que cette société ait obtenu l'agrément de ARJEL, que la violation de l'article 21 de la loi du 12 mai 2010 était avérée. En effet, si les jeux et paris par internet bénéficient d'une ouverture partielle à la concurrence, l'article 3, II, précise que le régime des « droits exclusifs délivrés par l'État » est maintenu, dès lors, les activités de loterie demeurent un monopole attribué par l'État et seuls les sites autorisés par l'ARJEL peuvent exercer leur activité auprès des parieurs et joueurs en France. Dans cette affaire le président de l'ARJEL avait demandé l'interdiction de l'accès au site. Le jugement du TGI de Paris fait droit à cette demande, la procédure étant jugée conforme aux dispositions de l'article 61 de la loi du 12 mai 2010, alors même que le décret d'application prévu par le texte n'était pas encore publié, l'obligation de « « filtrage » imposée par la loi étant quant à elle entrée en vigueur. Du point de vue de la procédure stricto sensu le TGI rappelle que l'article 61 de la loi n'impose pas que l'exploitant ou l'éditeur du site soit partie à l'instance ; seuls sont concernés par la procédure initiée par le président de l'ARJEL, les hébergeurs (art. 6, I, 2, de la loi du 21 juin 2004 dite « LCEN ») et les fournisseurs d'accès internet (art. 6, I, 1, de la loi du 21 juin 2004 dite « LCEN »). Les fournisseurs d'accès ont naturellement critiqué ces dispositions, mais la nécessité d'arrêter l'accès à des sites non-autorisés situés en dehors du territoire français et souvent même en dehors de l'Union européenne, justifie que le président de l'ARJEL « passe » par l'hébergeur du site et les fournisseurs d'accès pour rendre l'interdiction effective, alors que l'assignation des exploitants des sites contestés, ne cessant pas spontanément leur diffusion après avoir été mis en demeure, n'est que facultative.

La loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard « en ligne », après avoir été déclarée conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2010-605 du 12 mai 2010, est entrée en vigueur le 13 mai 2010. Désormais il existe donc un cadre juridique spécifique pour les jeux et paris diffusés et organisés par l'intermédiaire d'un service de communication au public en ligne », dont les modalités juridiques sont distinctes de celles applicables aux jeux organisés par la PMU, la Française de jeux, les casinos, sous leur forme traditionnelle. Le contrat « de jeux en ligne » est un contrat d'adhésion, (art. 10, 2° de la loi), car il a été tenu compte par le législateur du profond déséquilibre existant entre les opérateurs professionnels et les joueurs, simples particuliers. La protection des personnes vulnérables est l'un des objectifs de la loi qui a été complétée par de nombreux décrets afin de réguler l'activité de manière précise et rigoureuse. Le premier chapitre de la loi est d'ailleurs applicable à « l'ensemble des jeux d'argent et de hasard » : qui d'après l'article 1er : « ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect strict du principe de subsidiarité ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé des mineurs ». Les jeux d'argent sont donc tous interdits aux mineurs, même émancipés.

**En savoir plus : Conséquences fiscales de l'ouverture des jeux en ligne**

La publicité pour les jeux d'argent est, par voie de conséquence, interdite dans les supports spécifiquement destinés aux mineurs. Les opérateurs doivent, de même, informer tout joueur potentiel de l'interdiction aux mineurs. L'article 3 de la loi précise qu'il convient de « limiter et d'encadrer l'offre et la consommation de jeux et d'en contrôler l'exploitation afin de prévenir le jeu excessif ou pathologique et protéger les mineurs, d'assurer l'intégrité, la fiabilité et la transparence des opérations de jeu, de prévenir les activités frauduleuses ou criminelles, ainsi que le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, etc. ». L'article 7 de la loi confirme la volonté de régulation exprimée par le législateur : ainsi, l'opérateur doit diffuser des messages de « mise en garde » dans toute communication commerciale, il doit faire référence à un numéro de téléphone vert dédié à l'information et à l'assistance des joueurs afin de limiter les risques de dépendance et les formes pathologiques de jeu. Naturellement, l'article 26 de la loi prohibe la participation « aux jeux en ligne », des personnes « interdites de jeu » et l'article 30 de son côté, interdit le « jeu à crédit ». L'alinéa 2 de l'article 69 de la loi impose au Gouvernement, avant le 31 décembre 2011, de rendre compte de son action contre le jeu excessif au Parlement.

La loi du 12 mai 2010 au-delà de la volonté « régulatrice » précédemment décrite, organise la un nouveau secteur d'activité à la concurrence, encouragée par une jurisprudence, pour le moins ambiguë de la CJCE (CJCE, 9 septembre 2009, C-42/07 « Santa Casa » ; CJCE, 6 octobre 2009, C-153/08, « Commission c/ Espagne » ; CJUE, 8 juillet 2010, C-447-08 « Otto Sjöberg » et C-448-08 « Anders Gerdin »).

Seuls sont autorisés : les paris hippiques en la forme mutuelle, les joueurs jouant les uns contre les autres, (décret n° 2010-498 du 27 mai 2010 relatif à la définition des courses hippiques supports des paris en ligne et aux principes généraux du pari mutuel publié au JO du 18 mai 2010, p. 9164), des paris sportifs en la forme mutuelle ou à cote les joueurs jouant alors contre l'opérateur, (décret n° 2010-483 du 12 mai 2010, relatif aux compétitions sportives et aux types de résultats sportifs définis par l'ARJEL, publié au JO du 13 mai 2010, p. 8932), et enfin les « jeux de cercle » comme le « poker ».

Seules les entreprises titulaires d'un agrément délivré par l'Autorité de régulation des jeux en ligne, (ARJEL) sont susceptibles de proposer des offres de jeux en ligne, en France, les modalités d'agrément sont nombreuses et énumérées par le décret 2010-482 du 12 mai 2010 (JO du 13 mai 2010, p. 8930). Par exemple, il est , selon les dispositions de l'article 20 du décret précité, nécessaire que les opérateurs aient leurs sièges sociaux en France, dans un Etat membre de l'Union européenne, ou dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention de « lutte contre la fraude et l'évasion fiscale ». L'opérateur proposant des jeux en ligne, doit selon les dispositions de l'article 15 du même décret justifier de son identité, son adresse, sa solidité financière, etc. L'article 21 du même texte précise que l'agrément est délivré pour cinq ans n'est pas cessible.

Le décret n° 2010-518 du 19 mai 2010, relatif à la mise à disposition de l'offre de jeux et de paris par les opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne, publié au JO du 20 Mai 2010 précise quelles sont les caractéristiques générales de l'offre de jeux et de paris proposée par les opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne, les conditions d'ouverture et de fonctionnement du compte joueur, la lutte contre le jeu excessif et pathologique.

L'ARJEL est une autorité administrative indépendante dont le décret n° 2010-481 du 12 mai 2010 détermine l'organisation et le fonctionnement (Cf. : JO du 13 mai 2010, p. 8927). Elle comporte un collège, une commission de sanctions, et des commissions spécialisées (article 35 du décret). Consulter le site Internet de l'ARJEL.

L'Autorité de régulation des jeux en ligne est chargée de mettre en place des moyens de régulation, d'information et de contrôle pour protéger les joueurs, prévenir de l'addiction au jeu et lutter contre la fraude.

Décisions adoptées le 07 octobre 2010 par le collège de l'ARJEL.

Le 07 octobre, le collège de l'Autorité de régulation des jeux en ligne a adopté plusieurs décisions portant délivrance d'agrément ou homologation de logiciel de jeux ou de paris, relatives à l'inscription de nouvelles catégories de compétitions et types de résultats pouvant faire l'objet de paris en ligne et à la constitution d'une commission spécialisée.

Au-delà de la délivrance des agréments, elle est selon l'article 34 du décret du 12 mai 2010 chargée de surveiller les opérations de paris et jeux en ligne, de proposer au Gouvernement un chier des charges, de rendre des avis sur des projets relatifs aux jeux en ligne, de suggérer des modifications du régime juridique applicable aux jeux en ligne au Gouvernement. L'ARJEL doit rendre un rapport annuel afin de rendre compte de ses missions. L'ARJEL dispose d'un pouvoir d'enquête lui permettant de demander des informations, d'accéder à des locaux professionnels ou de réclamer des auditions (article 42 du décret). L'article 44 du décret rappelle que l'ARJEL a le pouvoir de sanctionner les opérateurs ne respectant pas les dispositions légales et réglementaires applicables à leurs activités. Le collège de l'ARJEL saisit la commission de sanctions quand une mise en demeure adressée à un opérateur est demeurée infructueuse (article 43 du décret). Le décret 2010-495 du 14 mai 2010 (relatif à la procédure de sanction applicable aux opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne, publié au JO du 15 mai 2010, p. 9052) prévoit que la commission de sanctions peut prononcer diverses sanctions : avertissement, suspension de l'avertissement pour trois mois au plus, sanctions pouvant être remplacées, ou assorties, de mesures pécuniaires (article 43 du décret). Les décisions de la commission sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat sous la forme d'un recours en plein contentieux. Le décret n° 2010-509 du 18 mai 2010, publié au JO du 19 mai 2010, précise les obligations imposées aux opérateurs agréés de jeux ou de paris en ligne en vue du contrôle des données de jeux par l'Autorité de régulation des jeux en ligne.

### **La problématique de la collecte d'informations personnelles sur le « web » (ou « toile »)**

Les mineurs sont l'objet de recommandations particulières du point de vue de la collecte de données personnelles

- par la CNIL (Cnil, délibération n° 2005-47, 22 mars 2005, portant avis sur un projet de Code de déontologie présenté par le syndicat national de la communication directe électronique ; délibération n° 2005-51 du 30 mars 2005, portant avis sur un

projet de Code de conduite présenté par l'UFMD sur l'utilisation des coordonnées électroniques à des fins de prospection directe.),

- par le BVP (BVP, recommandation, 13 mai 2005),
- et d'études du FDI (FDI, rapport du 4 juin 2008)

De manière plus globale, le Code de la consommation prévoit des règles strictes en matière de publicité et de « prospection » par voie électronique.

**Selon les dispositions de l'article 34-5 du CPCE, « la prospection directe consiste à promouvoir directement ou indirectement des biens et des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services ». La collecte des données des Internautes doit être loyale.**

Les sites de commerce en ligne demandent fréquemment aux internautes de remplir des formulaires comportant des rubriques comportant des données personnelles : noms, prénoms, adresses, adresses de courriers électroniques, etc.). Ces documents tantôt facultatifs, tantôt obligatoires permettent évidemment de recueillir des données à caractères personnel. Les fournisseurs d'accès à Internet et les sociétés exploitant les moteurs de recherche utilisent également des techniques de « traçage » des utilisateurs. Ces collectes risquent de porter atteinte à la vie privée, et sont considérées comme des traitements de données nominatives et comme telles soumises de formalités déclaratives. En cas de violation des règles, des peines de cinq ans d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende sont prévues par l'article 226-16 du Code pénal.

#### IMPORTANT

À l'occasion de la consultation et de l'utilisation de certains sites, des « cookies » appelés « témoins » en français, fichiers destinés à enregistrer et stocker des informations sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute, en particulier sur ses habitudes de navigation sur la « toile ». L'anonymat sur lequel certaines personnes comptent sur Internet n'existe donc pas réellement.

Consulter les informations de la CNIL sur les « cookies ».

Les « cookies » ou « témoins » mettent en place une traçabilité des consultations de l'Internaute sur la toile. La légitimité et l'utilité des « cookies » ou « témoins » (gain de temps pour l'internaute à l'occasion d'une nouvelle « visite » sur un site ont été admises par la directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 « à la condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises ». Cf. : Cass. crim., 3 novembre 1987, n° 87-83429

La CNIL a énuméré les informations qu'il convient de communiquer à l'internaute relativement aux « cookies » ou « témoins » : (durée, objet, etc.) dans un guide pratique destiné au créateur de site Internet ?

L'internaute doit être en mesure de refuser les « cookies » et de les supprimer. L'utilisation de cookies sans information préalable de l'internaute constitue une infraction pénalement réprimée par les dispositions de l'article 226-18 du Code pénal.

L'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 a transposé avec quelques mois de retard la Directive n° 2009/136/CE du 25 novembre 2009 (modifiant la Directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 au terme de laquelle le régime applicable aux cookies est passé d'un régime d'« opt-out » à un régime d'« opt-in ». Selon le nouveau texte : « tout abonné ou utilisateur d'un service de communication électronique doit être informé par le responsable du traitement de manière claire et complète, (sauf s'il l'a déjà été au préalable) de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement ; des moyens dont il dispose pour s'y opposer ». Par voie de conséquence, l'accord préalable à l'installation de cookies sur les ordinateurs est nécessaire désormais alors que, par le passé, il n'était possible que de réagir a posteriori, spécialement en procédant à leur suppression. L'installation des cookies est conditionnée par l'acceptation expresse des internautes. L'accord pourra être réputé avoir été fourni dès lors que l'utilisateur a procédé à un paramétrage de son dispositif de connexion par lequel il accepte l'installation de cookies et l'accès à ces derniers : l'accord peut donc résulter des paramètres appropriés du dispositif de connexion placé sous son contrôle de l'internaute. Toutefois, il n'est pas certain que le dispositif soit très efficace en pratique, car les informations relatives à l'acceptation des cookies des sites de commerce en ligne sont généralement peu visibles. En outre, l'autorisation n'est pas nécessaire lorsque l'accès aux informations stockées ou l'inscription d'informations dans l'équipement terminal de l'internaute a pour seule finalité de permettre ou de faciliter la communication par voie électronique, ou quand il est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur.

Des « logiciels espions », ou d'autres techniques, en évolution permanente, permettent carrément la collecte automatique des adresses électroniques sur des sites Internet. Un logiciel censé avertir, à l'insu du destinataire qu'un mail a bien été lu, a été qualifié de « courriel espion » par la CNIL et comme tel contraire aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et liberté », dans un communiqué officiel du 22 juin 2004.

Les techniques de collecte de données ne sont loyales que si elles sont effectuées avec l'accord de l'intéressé, dans le cas où elles sont déloyales elles peuvent justifier une action de la victime de la collecte illégale d'une action sur le fondement de l'article 9 du Code civil.

Une collecte déloyale expose son auteur aux peines prévues par l'article 226-18 du Code pénal (cinq ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende). L'article 323-1 du Code pénal sanctionne également par deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende, la collecte de données non autorisées au titre d'un accès ou d'un maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données.

Le fait d'identifier à l'insu de personnes physiques, des adresses électroniques sur l'espace public d'Internet et de les utiliser, même sans les enregistrer dans un fichier, pour adresser ensuite des messages électroniques, a été considéré par la Cour de cassation (Cass. crim., 14 mars 2006, n°05-83423) comme une collecte de données nominatives et comme tel réprimé sur le fondement de l'article 226-18 du Code pénal.

## CONSEILS, TRUCS ET ASTUCES :

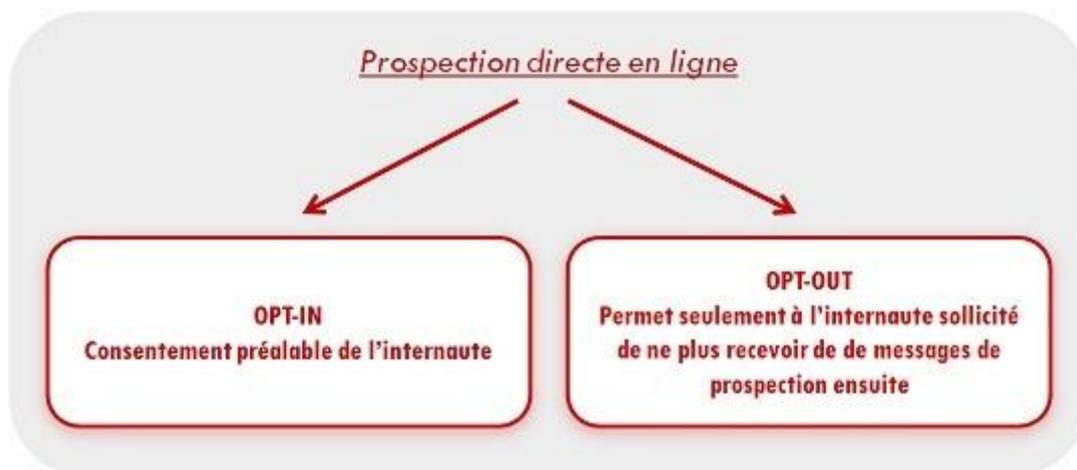
Pour supprimer les cookies de votre navigateur il faut :

- Pour Internet Explorer : outils > options internet > onglet « Général » et dans la partie « historique de navigation » cliquer sur « supprimer » et cocher la case « cookies » puis valider.
- Pour Firefox : outils > options > onglet « vie privée » > « supprimer des cookies spécifiques » et choisir les cookies à effacer.
- Pour Chrome : outils > options > onglet « options avancées » > « effacer les données de navigation » cocher la case cookies et valider.
- Pour Opera : Ctrl+F12 > onglet « Avancé » > menu Cookies > « Gérer les cookies » et choisir les cookies à effacer.
- Pour Safari : Ctrl+, > onglet « Sécurité » > Afficher les cookies et choisir les cookies à effacer.

## La problématique de la prospection directe en ligne

Le droit français a choisi le système dit de l'opt-in, et il n'est pas possible d'utiliser l'adresse de messagerie électronique d'une personne physique à des fins de prospection commerciale sans avoir obtenu son consentement préalable et sans offrir au destinataire une faculté de désinscription.

Afin de protéger le consommateur contre des méthodes de prospection et de diffusion de messages trop intrusives et envahissantes l'article L. 121-20-5 consacre avec netteté la règle du consentement préalable de l'internaute dite technique de « l'opt-in » en reprenant en substance les dispositions de l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques (CPCE). La technique de « l'opt-in » a été naturellement jugé plus protectrice que celle de « l'opt out » qui permet seulement à l'internaute sollicité par un message de ne plus en recevoir ensuite.



Quant à la mise en œuvre de la technique de « l'opt-in », on retient que le consentement préalable de l'internaute puisse être « exprès », ou « tacite ». Le consentement implicite de l'internaute pourra dès lors être « déduit » de l'attitude par

laquelle une demande d'informations a été formulée par le destinataire du message auprès d'un « correspondant ». L'article R. 10-1 du CPCE précise que la violation de la règle de l'opt-in est pénalement sanctionnée. La violation des règles de collecte et du droit d'opposition de l'Internaute sont pénalement réprimées par les articles 226-18 et 226-18-1 du Code pénal.

**Remarque :**

À titre exceptionnel, dans certaines hypothèses le consentement préalable du destinataire n'est pas nécessaire et l'on a alors recours à la technique de l'opt-out (système dans lequel une personne peut faire l'objet d'une prospection directe dès lors que lui est laissée la possibilité de s'opposer à cette prospection pour le futur.

La première exception à l'opt-in	La seconde exception à l'opt-in
La première exception à l'opt-in, résulte d'une démarche concertée, auprès de la CNIL, de l'Union française du marketing direct (UFMD) et de la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) quand le message est envoyé à des personnes physiques « au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme privé ou public qui leur a attribué cette adresse ».	La seconde exception à l'opt-in, prévue par l'article L. 33-4-1 (III) du CPCE du concerne l'hypothèse dans laquelle les données de l'internaute ont été recueillies auprès de lui à l'occasion d'un précédent contrat de vente ou de fourniture de prestations de services portant sur des biens et services« analogues ». L'ambiguïté du terme « analogues » est-une source de conflits d'interprétation.  La CNIL de son côté tolère la prospection sans consentement préalable pour des personnes physiques prospectées à leur adresse de messagerie électronique professionnelle, à condition que le message expédié leur soit envoyé au titre de la fonction exercée.

**ATTENTION**

Dans toutes les hypothèses, le destinataire d'un message doit toujours bénéficier d'un « droit d'opposition » lui permettant de refuser l'utilisation de ses données et coordonnées personnelles par le système de « l'opt out » par lequel l'Internaute pourra refuser à l'avenir la prospection.

L'article 22 de la loi du 21 juin 2004 dite « LCEN », a confié à la CNIL la mission de surveiller le respect des règles relatives à la prospection directe utilisant les coordonnées des personnes physiques.

La CNIL dispose également du pouvoir de prononcer les sanctions prévues par la loi du 6 janvier 1978 « informatique et liberté ». De plus l'article R. 10-1 du Code des postes et communications électroniques (CPCE) prévoit en cas de violation de la règle du « consentement préalable », une peine d'amende de 750 euros par message intempestif, dont le montant est portée au quintuple lorsque le contrevenant est une personne morale.

En outre, le fait de se livrer par des courriers électroniques ou tout autre outil de communication à distance à des sollicitations non souhaitées et répétées est assimilée à une pratique déloyale prohibée par la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005

(Directive-cadre 2005/29/CE, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales, JOUE, L. 149, du 11 juin 2005, p. 0022 à 0039.) dès lors que le destinataire a fait savoir qu'il rejette désormais ces sollicitations.

### En savoir plus : Sur la prospection directe

En matière de **prospection ayant pour objet des services financiers**, l'article L. 121-20-14 du Code de la consommation, impose des règles encore plus strictes et, les dispositions de l'article L. 34-5 du code des postes et communications électroniques, reproduites à l'article L. 121-20-5, sont naturellement applicables.

On constate aussi que les techniques de communication à distance destinées à la commercialisation de services financiers autres que celles mentionnées à l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques ne peuvent être utilisées que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition.

### La problématique du « spamming » ou « pollupostage »

La collecte automatique à l'aide de logiciels « aspirant » les adresses électroniques sur des sites Internet est dénoncée par la CNIL (CNIL : « Spam : l'état du droit en France ») et sanctionnée par la Cour de cassation (Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-83423, comm. L. Costes, in RLDI, 2006/15, p. 43 et s.) car il constitue un moyen illicite de collecte.

#### IMPORTANT

Le « spamming » est défini par la CNIL comme l'envoi massif, parfois répété de courriers électroniques non sollicités à de nombreux destinataires avec lesquels l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse de messagerie électronique de manière irrégulière. Le spamming n'est pas une forme licite de prospection commerciale (Rapport 24 octobre 2002, C. Alvergnat, « Opérations boîte à spams : les enseignements et actions de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées »).

#### IMPORTANT

Le spamming se distingue du « flaming » qui quant à lui consiste à diriger une attaque contre une personne via Internet pour perturber le système informatique de la victime en saturant sa capacité mémoire.

Le développement d'envois massifs, appelés quelquefois « pourriels », à l'initiative d'un expéditeur, de messages non sollicités à de multiples destinataires est considéré comme une véritable plaie par les internautes qui recherchent un moyen de lutte efficace « anti-spam » (J. Leclainche : « Les pourriels : le droit dépassé par la technique », in RLDI, mai 2005, n° 5, p28). Les peines prévues par l'article 226-18 du Code pénal sont applicables à l'auteur de ces envois (cinq ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende) mais la répression ne semble pas en mesure d'éradiquer efficacement la pratique du spamming. La jurisprudence considère que les « spams » constituent une pratique déloyale et gravement perturbatrice (A. -D. Denoed : « Les communications commerciales électroniques non sollicitées », in RLDI, 2005, n° 4).

Les pratiques dénoncées entravent quelquefois le système informatique du destinataire et justifient alors l'application de l'article 323-2 du Code pénal.

Plus spécifiquement, des sanctions pénales ont été parfois prononcées sur des fondements variés (« mailbombing », « flaming » ou envoi en très grand nombre de « courriels » non sollicités), qualifié de délit d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données sur le fondement de l'article 323-2 du Code pénal, par le TGI de Paris, 12e ch. Corr., 24 mai 2002 (Analyse doctrinale du jugement : G. Haas, et O. de Tissot, « E-Pollupostage », Legalis.net, 2003, n°1, p. 7 et s.) ; escroquerie réalisée en masse par une promesse de récompense en contrepartie du versement de sommes d'argent sanctionnée par un arrêt du 20 novembre 2007 de la Cour d'appel de Rennes.

Des sanctions civiles sont également prononcées contre les auteurs de « spams ». Outre les traditionnelles condamnations à des dommages et intérêts au profit des victimes, on relève par exemple, l'interdiction de l'utilisation du terme « hotmail » utilisé par « Microsoft Corporation » par l'auteur des « spams » utilisant une fausse adresse « », TGI Paris, ord. réf., 6 avril 2004.

On relève aussi dans le cas d'une utilisation commerciale prohibée par contrat, d'adresses de messageries électroniques, la résiliation judiciaire du contrat de fourniture d'accès Internet : T. com. Paris, 5 mai 2004.

Certaines techniques ont été initiées pour tenter de lutter contre le phénomène.

#### **CONSEILS, TRUCS ET ASTUCES :**

Pour se protéger contre le spam, il faut toujours les signaler comme « indésirable » dans votre boîte e-mail, et au bout de plusieurs fois, les spam seront directement bloqués par le serveur mail.

#### **Exemple :**

La CNIL a mis en place un espace sur son site dédié aux signalements et plaintes des internautes avec le service « SignalSpam ». Certains FAI, ont eux aussi créé des sites de lutte contre la multiplication des pourriels qui encombrant leurs réseaux () La Fédération des entreprises de ventes à distance (FEVAD) a créé elle aussi un site d'opposition aux courriers électroniques non-désirés appelée « eRobinson list », etc.

#### **CONSEILS, TRUCS ET ASTUCES :**

Pour se protéger contre le spam, il faut toujours les signaler comme « indésirable » dans votre boîte e-mail, et au bout de plusieurs fois, les spam seront directement bloqués par le serveur mail.