

Chapitre 7 – La publicité en ligne

par Éric LABBÉ

Introduction

La publicité en ligne représente le pilier commercial du réseau Internet d'aujourd'hui. Elle constitue souvent l'unique source de revenus des fournisseurs de contenu et des outils de recherche. Selon l'*Internet Advertising Bureau*, les recettes publicitaires en ligne ont d'ailleurs atteint en 1999 la somme impressionnante de 4,62 milliards de dollars américains. Il s'agit d'une hausse de 141 % par rapport à l'année précédente.

La publicité se retrouve partout sur Internet, notamment sur le Web et dans les contenus multimédias diffusés en temps réel. Elle permet ainsi aux internautes d'accéder gratuitement à une mine d'informations et de divertissements. Sans elle, l'accès aux contenus serait inévitablement précédé d'une contre-partie pécuniaire, ce qui n'est pas sans rappeler les services télématiques payants tels que le Minitel français.

Le commerçant électronique désireux d'annoncer ses produits et services bénéficie donc d'entrée de jeu d'une ouverture considérable sur Internet. Il peut utiliser ce nouveau média tant pour faire valoir son offre que pour accroître sa crédibilité. En cela, la publicité en ligne n'est guère différente de sa forme traditionnelle : elle vise à atteindre efficacement le consommateur et à agir sur ses décisions.

Avec le réseau Internet, les publicitaires disposent de nouveaux procédés pour rejoindre les clientèles-cibles. Ces procédés ainsi que les dispositifs contractuels permettant de vérifier et de garantir leur efficacité font l'objet de la première section de ce chapitre. Le commerçant électronique peut y apprécier les tenants et aboutissants des nombreuses alternatives qui lui sont offertes.

Son attention est ensuite portée, dans une section subséquente, sur l'utilisation mal intentionnée de certains procédés publicitaires dont il est susceptible d'être la cible ou même parfois le responsable de bonne foi. Ce deuxième développement a essentiellement pour but de l'instruire des pratiques litigieuses – et illicites – qui ont malheureusement cours en commerce électronique, et plus particulièrement dans le cadre de la publicité en ligne.

Les contenus publicitaires ainsi que leur réglementation par les États figurent aux dernières sections de ce chapitre. En général, cette réglementation a pour objet de protéger les consommateurs contre la publicité fausse et trompeuse. Elle peut également viser à protéger les personnes plus crédules comme les enfants ou à tempérer la consommation de produits nocifs pour la santé. Toutefois, la réglementation de la publicité ne constitue pas un droit harmonisé et varie par conséquent d'un État à l'autre. La nature transnationale du réseau Internet pose à cet égard une difficulté particulière.

Puisque les contenus disponibles sur Internet sont accessibles de par le monde, il s'avère difficile de s'adresser aux consommateurs selon le droit applicable à chacun d'entre eux. Les solutions à ce problème font l'objet de la troisième section et précèdent l'énumération des différents domaines de la publicité que les États ont choisis de réglementer. Cette dernière section se veut une liste de repères pour le commerçant qui désire rejoindre une clientèle éloignée.

Les procédés publicitaires

La création d'un site marchand est le premier outil publicitaire par lequel un commerçant réalise sa campagne promotionnelle. Le consommateur y retrouve généralement les informations relatives aux biens et services offerts ainsi que différents éléments complémentaires tels qu'un moteur de recherche, des informations financières relative à l'entreprise, des groupes de discussion et même certains divertissements. Un site marchand peut donc se comparer à ces entreprises qui mettent à la disposition de leurs clients une garderie, des jeux démonstrateurs, un restaurant et tout autre service destiné à inciter le visiteur à la consommation.

Afin de convaincre les internautes de visiter son site marchand, le commerçant dispose de plusieurs procédés publicitaires. Ces derniers se distinguent des procédés traditionnels sous plusieurs aspects. Ils ont d'abord pour conséquence de réduire la période qui précède la visite du commerce. Cette période varie généralement selon la situation géographique de l'établissement, ses heures d'ouverture et, dans le cas de commandes téléphoniques, selon la durée de la mise en attente. Grâce au contexte électronique, ces facteurs temporels ont tous été repoussés. Chacun des procédés publicitaires bénéficie en effet de l'hypertextualité, la fonction de base du réseau qui permet d'accéder à un contenu par un simple clic de souris. Le cyberconsommateur peut ainsi atteindre le site marchand que lui suggère une publicité en ligne pratiquement sans effort et à toute heure de la journée.

L'interactivité constitue une autre des originalités du réseau Internet en matière de procédés publicitaires. Ce concept représente la faculté d'échange entre l'utilisateur d'un système et son programme. Dans le cadre de la publicité, l'interactivité propose aux consommateurs la possibilité de personnaliser la réclame dont il est la cible. Cela peut être illustré par une image publicitaire que le consommateur modifie au gré de ses envies. Ainsi, une publicité portant sur une automobile pourrait permettre aux destinataires de changer la couleur du véhicule ou bien d'ajouter certains accessoires.

Internet se caractérise également par sa polyvalence. Il admet plusieurs formes de publicité, allant du simple écrit au contenu multimédia. La promotion d'un produit peut donc s'effectuer par une simple référence sur un site tiers ou par une publicité audiovisuelle équivalente aux réclames télévisuelles. Le plus commun de ces procédés est le lien hypertexte.

► Les liens hypertextes

Un lien hypertexte ou hyperlien constitue un procédé informatique par lequel un lecteur peut accéder à un autre contenu en cliquant simplement sur un ou plusieurs mots mis en évidence par soulignement ou par coloration du texte. En principe, un lien hypertexte est activable depuis une phrase qui résume le contenu vers lequel il dirige son utilisateur. En

terme de publicité, le consommateur atteindra le site du commerçant Untel depuis un texte semblable à « Site Web de la compagnie Untel ».

Le commerçant désireux de voir d'autres sites Web inscrire gratuitement un lien hypertexte vers son site marchand aura avantage à offrir un service de qualité. Les portails, les revues en ligne ainsi que plusieurs pages Web personnelles bien fréquentées disposent de rubriques thématiques sous lesquelles le lecteur retrouve des hyperliens vers des sites intéressants. Par exemple, la revue québécoise *Branchez-vous!* énumère les nouveaux sites de l'année en cours et dresse le portrait de chacun d'entre eux.

À notre connaissance, la simple création de liens hypertextes n'est pas un service offert à titre de procédé publicitaire payant puisque les commerçants préfèrent des procédés plus visibles tels que le très populaire bandeau publicitaire. En effet, le simple lien hypertexte constitue un moyen dépassé au regard de la publicité en ligne, notamment en raison des possibilités du multimédia.

L'importance du lien hypertexte comme procédé publicitaire réside plutôt dans son utilisation par les outils de recherche, dont l'une des fonctions est d'indexer gratuitement les contenus disponibles sur le réseau Internet. L'indexation des sites bénéficie largement à leurs propriétaires et représente une part importante d'une bonne stratégie promotionnelle. Pour en jouir correctement, le commerçant devrait connaître les techniques de référencement, c'est-à-dire les trucs et astuces qui amélioreront les chances d'être repéré facilement à l'aide des principaux outils de recherches.

► Le référencement

Pour apprécier l'utilité du référencement, il faut comprendre que la mise en ligne de sites Web n'est guère orchestrée, c'est-à-dire qu'aucune entité civile, étatique ou internationale ne gère le contenu diffusé sur Internet : les sites Web apparaissent et disparaissent sans aucun contrôle et selon le désir de leurs auteurs. Par conséquent, il est rapidement devenu impossible d'indexer l'ensemble des informations et des sites au fur et à mesure de leur publication en ligne.

Néanmoins, certains outils de recherche ont été réalisés pour pallier plus ou moins efficacement à ce manque d'organisation. Des entreprises telles que Alta Vista ont créé des programmes, dénommés robots (*spiders* ou *crawlers*), qui scrutent le réseau à la recherche de nouveaux contenus. Cette recherche automatisée alimente l'index qui permet aux internautes d'accéder aux contenus d'Internet selon différents paramètres, notamment en se servant de mots-clefs. D'autres entreprises, telles que le répertoire Yahoo!, préfèrent classer les sites sous des catégories thématiques et faire naviguer leurs employés à la découverte de nouveaux contenus.

Dans tous les cas, les outils de recherche mettent à la disposition des propriétaires de site une fonction de référencement. Celle-ci facilite l'indexation des contenus par la soumission volontaire de leurs auteurs. Cette fonction est généralement disponible sur la page d'accueil des outils de recherche sous les termes « Ajouter un site » ou « Ajouter un URL ».

Certains trucs peuvent améliorer la probabilité qu'un site Web soit facilement repéré à l'aide de mots-clefs. L'efficacité de ces astuces varie selon l'algorithme de classement des outils de recherche, c'est-à-dire selon les critères automatisés servant à l'indexation

des contenus et à la présentation des résultats. Le commerçant soucieux de bien référencer son site a donc avantage à s'informer des règles respectives des outils de recherche disponibles en ligne. Il peut également recourir à une entreprise spécialisée qui se chargera de cette tâche dans ses moindres détails. Dans les deux cas, il devrait être en mesure de comprendre le fonctionnement général des algorithmes de classement.

La règle de base d'un référencement efficace est de choisir minutieusement les mots servant à décrire le site. Plus ces derniers sont utilisés par les internautes dans leurs requêtes, meilleurs sont les probabilités que le site soit présenté en lice des résultats. En termes techniques, cela signifie que la présentation des résultats est établie en fonction de l'occurrence des mots recherchés par l'utilisateur par rapport aux mots contenus dans les pages Web indexées par l'outil de recherche. Selon l'algorithme utilisé, le classement peut varier en fonction de l'importance accordée à certains critères. Par exemple, l'emplacement particulier des mots-clés est un élément considéré par plusieurs algorithmes. C'est pourquoi il est salutaire de placer les mots-clés à plusieurs endroits, tels qu'au début d'une page Web ainsi que dans son titre et son adresse Internet. Également, l'inscription des mots-clés à l'intérieur des marqueurs Méta s'avérera particulièrement utile. Selon l'office de la langue française, un marqueur Méta est un « marqueur HTML inséré dans l'en-tête d'une page Web, après le titre, qui permet de décrire le contenu de la page afin de la référencer correctement et plus facilement dans les moteurs de recherche ».

Les plus astucieux des propriétaires de sites Web ont tenté de profiter abusivement des règles automatisées servant au classement des sites. Ce type de pratique est depuis prohibé par les entreprises exploitant un outil de recherche. Par exemple, la plupart d'entre elles désapprouvent le procédé consistant à employer des mots sans relation avec le contenu indexé, dans le but de gonfler artificiellement leur classement. Dans certains cas, l'utilisation de ce procédé risque même d'entraîner l'exclusion définitive d'un index. D'autres techniques figurent sur la liste des pratiques déconseillées :

- ❑ répétition excessive du même mot (mot-clef, mot-clef, mot-clef, mot-clef, mot-clef, mot-clef, etc.) ;
- ❑ actualisation d'écran Méta si rapide qu'elle passe inaperçue à l'œil humain (redirection de page) ;
- ❑ utilisation de la même couleur pour le texte et pour l'arrière-plan ;
- ❑ duplication de pages avec des adresses Internet différentes ;
- ❑ etc.

En tant que moyen promotionnel, le référencement est donc loin de constituer un procédé parfait. Son efficacité est limitée par l'aptitude des internautes à trouver les contenus et par les millions de détenteurs de sites tous soucieux de parvenir au sommet des résultats de recherche. À cet égard, l'investissement dans la publicité ciblée s'avère donc plus intéressant. Le principal procédé publicitaire offrant cette alternative est le bandeau publicitaire.

► Les bandeaux publicitaires

Selon l'office de la langue française, un bandeau publicitaire ou bannière est une « petite annonce publicitaire comportant une image ou un bref message, qui est affichée généralement dans le haut de la page d'accueil d'un site Web, le plus souvent à caractère commercial, et sur laquelle l'internaute est invité à cliquer ». En général, le clic conduit

l'internaute au site de l'annonceur où il peut consulter les informations sur le produit ou service offert.

Largement utilisé, le bandeau publicitaire représente la première source de revenus publicitaires en ligne. Selon certains spécialistes, son efficacité est comparable aux autres médias de masse tels que la télévision. Toutefois, son rendement peut être compromis par l'abondance de publicité sur la page Web où il se trouve. À cet égard, un bandeau animé, coloré et interactif risque d'être plus visible qu'une bannière statique, sobre et ennuyeuse. La lecture en transit ou *streaming* permet d'ailleurs de réaliser des bandeaux publicitaires multimédias de plus en plus compatibles avec la largeur de la bande passante. Selon l'Office de la langue française, la lecture en transit (ou diffusion en continu) est une « technique de lecture de fichier multimédia permettant à un internaute de lire le fichier en temps réel, sans avoir à attendre son téléchargement complet ». En d'autres termes, il devient possible de diffuser des bannières publicitaires équivalentes aux réclames télévisuelles. L'utilisation de ce procédé publicitaire est cependant limitée par deux considérations techniques. D'abord, la technologie du *streaming* est dépendante de la largeur de bande du réseau ainsi que de la vitesse de la connexion des internautes. La qualité, et donc la pertinence de ce procédé, est diminuée tant par le trafic Internet qu'une connexion lente. En conséquence, peu de sites largement fréquentés acceptent de diffuser des bandeaux sous cette forme. Ensuite, cette technologie nécessite l'installation par l'utilisateur d'un logiciel de lecture en transit. Bien que certains d'entre eux soient maintenant intégrés au logiciel de navigation, cette considération vient diminuer l'intérêt d'un procédé publicitaire susceptible de ne pas être vu... ni entendu. Néanmoins, le commerçant désireux de bénéficier d'un contenu dynamique et percutant peut se tourner vers les bandeaux interactifs. Ces derniers sont généralement produits avec le langage informatique Java et accaparent moins de bande passante que la diffusion en continu.

La valeur d'un bandeau publicitaire dépend essentiellement de l'achalandage du site sur lequel il apparaît. Quatre méthodes sont généralement utilisées pour calculer son coût. Le paiement en fonction du nombre de clics obtenus représente le moyen le plus satisfaisant pour l'annonceur. Les propriétaires de sites tentent toutefois de restreindre l'utilisation de cette méthode puisqu'elle a pour effet de diminuer les revenus publicitaires, notamment en raison des publicités ennuyeuses. D'autres sites préfèrent obtenir des commissions sur les ventes obtenues grâce au bandeau publicitaire. Il peut s'agir notamment d'un pourcentage sur les bénéfices ou sur le chiffre d'affaires. Une troisième méthode, qui devient très populaire, consiste à calculer le coût par millier (CPM), c'est-à-dire en fonction d'une somme forfaitaire pour chaque millier d'apparitions de la publicité. Le commerçant averti notera que ces apparitions ne représentent pas nécessairement le nombre de visiteurs ayant vu l'annonce publiée. En effet, les mêmes visiteurs peuvent consulter plusieurs fois une page Web. Les spécialistes de la publicité en ligne indiquent d'ailleurs que 100 000 apparitions correspondent généralement à un nombre allant de 10 000 à 40 000 visiteurs. Un dernier procédé, moins fréquent, consiste à calculer le coût en fonction du temps, normalement en termes de mois.

Le coût d'une bannière peut varier selon la nature du site sur lequel elle est publiée. Par exemple, les sites financiers ainsi que les sites technologiques sont généralement plus onéreux que les journaux en ligne et les outils de recherche. L'endroit où le bandeau est placé risque également de faire gonfler le prix. S'il se trouve sur une page d'information générale, il est plus abordable que s'il est placé sous une rubrique spécialisée. Par exemple, un bandeau sur la page d'accueil de Yahoo ne vaut pratiquement rien alors qu'affiché dans la catégorie jouets, il est de 20 à 40 fois plus cher. Dans un autre

contexte, une bannière située en début d'une page d'accueil a une plus grande valeur que placée à la fin d'une page secondaire. Certains sites offrent la possibilité de diffuser le bandeau dans un cadre indépendant du contenu (*frame*), ce qui a pour effet de rendre la publicité permanente pendant la durée de la consultation du site. Enfin, l'annonceur pourra dans certains cas choisir le format du bandeau publicitaire. Les standards vont de 468X60 pixels (*Full Banner*) à 88X31 pixels (*Micro Button*).

Certains sites Web effectuent une rotation des bandeaux à l'aide de logiciels de gestion de bannière, tels que Webadverts. Cette technique consiste à afficher aléatoirement des publicités en provenance de différents annonceurs. Elle permet d'augmenter le taux de clics et d'affecter les fréquences de diffusion des bannières. Par exemple, un espace publicitaire peut être occupé 30% du temps par le bandeau d'une compagnie et 70% par celui d'une autre. Cette possibilité constitue une autre modalité à considérer lors du placement d'une bannière.

L'efficacité des bandeaux publicitaires n'est pas forcément subordonnée à la fréquentation des sites Web. En effet, certaines compagnies offrent aux annonceurs de diffuser leur matériel publicitaire par l'entremise d'un module distinct du logiciel de navigation, c'est-à-dire dans une fenêtre externe et permanente. Cette option est disponible grâce à deux nouveaux services Internet. Le premier consiste à fournir aux internautes un accès Internet gratuit en contrepartie de l'installation d'un module publicitaire. Dénommés infomédiaires, ces nouveaux prestataires ont l'avantage de valoriser auprès des annonceurs la totalité du temps de navigation des abonnés. Le second service consiste plutôt à rémunérer les internautes pour l'utilisation du module publicitaire. Par exemple, l'entreprise AllAdvantage propose à ses utilisateurs 0,53 \$US pour chaque heure de navigation ainsi que 0,10 \$US par heure de navigation effectuée par un membre parrainé directement et 0,05 \$US pour un membre parrainé indirectement. La rémunération est limitée par un nombre d'heure de navigation (15 heures pour les américains) et l'envoi d'un paiement est conditionnel à un montant minimum (30 \$ US).

L'une des particularités du bandeau publicitaire est de permettre aux annonceurs de cibler leur auditoire. Ces derniers peuvent notamment choisir le type de site sur lequel leur bandeau est présenté. Par exemple, un éditeur de livres touristiques a avantage à annoncer sur le site d'une agence de voyage. Cela vaut également pour les rubriques spécialisées des portails et des revues en ligne.

Une autre stratégie consiste à acheter des mots-clefs. Cette alternative permet aux annonceurs de présenter leurs bandeaux publicitaires sur des outils de recherche en fonction des mots-clefs choisis par les utilisateurs. Ainsi, une galerie d'art peut se réserver le mot « surréalisme » pour une période d'un mois auprès de Alta Vista. Sa bannière apparaîtra chaque fois qu'un internaute interroge la base de données. Le coût de ce service est généralement calculé en terme de mois et certains moteurs de recherche garantissent un nombre minimal d'apparitions de l'annonce. Bien sûr, les tarifs pratiqués par les outils de recherche varient en fonction de leur popularité. L'annonceur désireux de bénéficier de ce service devrait choisir ses mots-clefs avec minutie. À cet égard, il est préférable d'éviter un mot trop général qui, même s'il est recherché très fréquemment, se révèle sans rapport avec le produit annoncé. La rentabilité ne dépend donc pas tant de la popularité du mot-clef choisi que de son rattachement avec les produits ou services offerts. Ceci étant dit, l'annonceur pourra consulter en connaissance de cause la liste des mots-clefs les plus recherchés sur les principaux outils de recherche, liste présentée gratuitement par des entreprises telles que Eyescream.

Certains spécialistes de la publicité en ligne sont d'avis que les bannières ne constituent pas un procédé rentable pour les petites entreprises ne disposant pas d'un budget publicitaire conséquent. Bien que cette opinion puisse être contredite par d'autres, certaines alternatives stratégiques peuvent être envisagées dans le but d'éviter un investissement onéreux. L'échange de bons procédés représente la plus intéressante de ces alternatives.

► Les échanges de bons procédés

Un bon service en amène un autre. Tel est l'adage que l'on retrouve dans le contexte de la publicité en ligne. Trois types de moyens sont actuellement appliqués pour mettre en œuvre ce principe : l'échange de bannières, le partenariat et les cercles Web.

L'échange de bandeaux publicitaires consiste à bénéficier mutuellement de l'achalandage de sites tiers. Les annonceurs ont le choix de développer leur propre réseau d'échange ou de participer à un système déjà organisé. Cette dernière option s'avère moins fastidieuse que la première. En effet, les réseaux d'échange organisés bénéficient d'un très large bassin de sites Web sur lesquels peuvent être annoncés les bandeaux publicitaires. Ils offrent également la possibilité de consulter les statistiques relatives à l'efficacité des annonces placées sur le réseau.

La participation à un réseau d'échange s'effectue en trois étapes. L'annonceur doit d'abord s'inscrire auprès du gestionnaire du système (inscription soumise à l'acceptation des conditions d'utilisation) et lui fournir certains renseignements : nom, courrier électronique, nationalité, titre et adresse Internet du site marchand, langage utilisé, catégorie de la publicité envisagée, etc. Le gestionnaire crée alors un compte personnel que l'annonceur peut consulter à l'aide d'un nom d'utilisateur et d'un mot de passe.

La seconde étape consiste à fournir au gestionnaire la ou les bannières devant être affichées sur les sites tiers. En général, les bandeaux sont classés selon des critères relatifs à la langue et à la catégorie sous laquelle ils s'inscrivent. Cela permet d'éviter, par exemple, qu'une publicité relative à l'achat de motoneiges se retrouve sur un site dédié à la vente de plantes tropicales. Lors du classement de la bannière, les gestionnaires procèdent également à la vérification du contenu. Selon la plupart des politiques d'utilisation, les annonces ne doivent pas se rapporter à de la pornographie ou à d'autres sujets habituellement réglementés par les États : l'alcool, le tabac, les armes à feu, etc. Les gestionnaires se gardent en tout état de cause la liberté de refuser une annonce.

L'ajout d'un code HTML au site de l'annonceur constitue la dernière étape sans laquelle l'échange de bannières ne peut s'effectuer. Ce code élaboré par le gestionnaire fait apparaître les bandeaux publicitaires des autres échangistes et permet, en fonction d'un ratio préétabli, de faire afficher sa propre bannière. Par exemple, le bandeau d'un participant est généralement affiché selon un ratio 2:1, c'est-à-dire lorsque deux bannières ont été présentées depuis le site du participant. Bien sûr, la pratique consistant à gonfler artificiellement le nombre de bannières affichées est strictement interdites par les gestionnaires. Pour éviter que cela ne se produise, certains d'entre eux offrent à leurs nouveaux membres un généreux crédit de départ permettant de bénéficier rapidement du réseau.

À première vue, un ratio de 2 : 1 peut sembler inéquitable. Il est toutefois justifié par la gratuité du service que le gestionnaire compense en affichant la publicité de ses commanditaires à partir de son réseau. L'efficacité du système est également assurée par une politique de semi-exclusivité qui oblige les participants à mettre les bandeaux publicitaires du réseau au premier plan. Ainsi, les bandeaux doivent généralement apparaître au début de la page Web, c'est-à-dire avant le contenu du site marchand. À la condition de respecter ce principe, certains gestionnaires permettent d'annoncer une ou plusieurs publicités additionnelles, peu importe leur origine.

Contrairement aux réseaux d'échange de bannières, le partenariat est une relation d'affaires de longue durée. Il consiste à troquer pendant une période indéterminée des espaces publicitaires. Il peut s'agir d'un bandeau publicitaire ou d'une simple mention écrite. Évidemment, la rentabilité de cette stratégie dépend de l'emplacement et de la grandeur de l'espace publicitaire attribué ainsi que de l'achalandage du site du ou des partenaires. En général, les entreprises partenaires offrent des contenus ou des produits complémentaires. Un partenariat peut également consister à associer un commerçant à l'une des rubriques d'une revue en ligne. Ce procédé est d'ailleurs de plus en plus répandu sur Internet.

La dernière relation mutualiste envisageable est le cercle Web ou, selon l'appellation anglophone, le *WebRing*. L'Office de la langue française définit le cercle Web comme un « regroupement de sites partageant le même thème, inscrits dans un site Web spécialisé, et qui sont reliés par un système de navigation en forme de boucle, permettant à l'internaute de passer facilement d'un site à l'autre ». Le cercle Web est semblable à un réseau d'échange en ce qu'il permet de bénéficier d'un système organisé. Son efficacité publicitaire est cependant moindre. En effet, le cercle Web ne permet pas d'annoncer directement des produits ou des services sur un site tiers. Il invite seulement les visiteurs à consulter, grâce à un mécanisme de liens que chaque membre doit incorporer à sa page d'accueil, d'autres sites se rapportant au même sujet. Puisque le mécanisme fonctionne au hasard, le visiteur n'a pas l'opportunité de choisir le site qu'il désire consulter. C'est pourquoi les cercles Web n'ont pas une grande valeur publicitaire. D'ailleurs, ils s'avèrent beaucoup plus utiles pour le visiteur que pour le commerçant.

Parmi les moyens publicitaires peu onéreux, l'échange de bons procédés est probablement la stratégie promotionnelle la plus appréciée des internautes. Cette préférence peut s'expliquer par l'attitude active des consommateurs que requiert la consultation de la publicité sur le Web. En effet, les hyperliens, les bandeaux et les cercles Web sont des procédés publicitaires dépendant de l'achalandage du Web. En cela, ils représentent, contrairement à l'envoi de courriers électroniques, une stratégie publicitaire indirecte.

► La publicité directe et le *spamming*

L'envoi de courriers électroniques constitue le moyen par excellence d'effectuer de la publicité directe en ligne. Ce procédé permet de rejoindre les consommateurs à leur « domicile virtuel » grâce aux messages qu'ils reçoivent par courriers électroniques. L'annonce expédiée peut comporter du texte, des bandeaux publicitaires et des fichiers joints, tels qu'un document multimédia.

Lorsque l'annonceur dispose, par exemple, de données relatives aux habitudes de consommation de ses destinataires, il peut aussi cibler son marché en fonction des

différents produits et services qu'il offre. Il importe toutefois d'indiquer que ce type d'information est susceptible d'être protégé par la loi. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'un annonceur pourra légalement acheter ou vendre des adresses de courriers électroniques. Le lecteur trouvera au chapitre 9 concernant la vie privée les règles régissant ce type de transaction.

La notion juridique de vie privée n'est pas la seule limite de la publicité directe en ligne. Le transfert de coût est un argument que font valoir les fournisseurs d'accès Internet à l'encontre de l'utilisation de ce procédé publicitaire. Lorsqu'un annonceur expédie des centaines de courriers électroniques publicitaires, le coût de son envoi est quasi nul. En effet, il n'y a pas de différence, ni en terme de coût ni en terme de temps de connexion, entre l'envoi d'un courrier à un seul destinataire ou à plusieurs. La réception des courriers par les propriétaires de serveurs de courriers électroniques, voire généralement les fournisseurs d'accès Internet, est cependant plus onéreuse. Ces derniers doivent composer avec les ressources limitées qu'ils exploitent et les envois de plus en plus nombreux de courriers électroniques promotionnels. Afin de palier aux difficultés techniques causées par la publicité directe en ligne, les fournisseurs d'accès Internet doivent s'approvisionner en ressources additionnelles. Les frais supplémentaires ainsi engagés opèrent un transfert du coût publicitaire des annonceurs aux exploitants de services de courriers électroniques. En conséquence, la plupart des fournisseurs de services ou d'accès Internet interdisent contractuellement leur client d'expédier du courrier électronique promotionnel. Nonobstant les règles juridiques applicables en l'espèce, la publicité directe n'est donc envisageable que si l'annonceur possède son propre serveur de courriers électroniques (serveur SMTP).

Les exploitants de services Internet ne sont pas les seuls acteurs du réseau à ne pas apprécier ce procédé publicitaire. Les internautes en général désapprouvent cette pratique en désignant négativement les messages reçus par le terme *spamming* ou, selon le néologisme francophone, par le terme pourriel. Il est d'ailleurs possible de croire que cette condamnation populaire explique en partie le bannissement de la publicité directe par les fournisseurs d'accès Internet et par la Netiquette, c'est-à-dire par les règles élaborées pas la communauté d'Internet pour assurer un certain ordre dans le Cyberspace.

Le *spamming* intéresse également les législateurs. Plusieurs États ont en effet réglementé l'utilisation de ce procédé publicitaire. Trois approches ont été envisagées pour appréhender le courrier électronique promotionnel. La première consiste à autoriser cette pratique à la condition de permettre aux destinataires la faculté de retirer leurs adresses de la liste d'envoi de l'annonceur (système opt-out). La seconde, plus restrictive, prohibe l'envoi de messages publicitaires à moins que l'annonceur ait pu obtenir l'autorisation du destinataire (système opt-in). La dernière approche consiste à donner aux fournisseurs d'accès Internet le pouvoir d'interdire l'envoi de courriers promotionnels sur leurs ressources (système propriétaire).

En tout état de cause, chacun des systèmes prévoit que les messages commerciaux doivent fournir une adresse de retour exacte et identifier correctement l'annonceur auprès du destinataire. Également, tous tolèrent les messages publicitaires ayant été sollicités par le consommateur, notamment en raison d'une relation d'affaires déjà établie. Toutefois, certaines législations nationales relatives à la sollicitation directe exigent d'avertir le client, voire même de requérir son autorisation pour l'envoi de messages post-contractuels.

L'existence de standards divergents est lourde de conséquence pour l'annonceur désireux de pratiquer la publicité directe en ligne. Il lui sera difficile voire impossible de connaître la nationalité de ses destinataires et, par conséquent, de modifier ses pratiques selon les différentes approches adoptées par les législateurs. En effet, les adresses de courrier électronique ne révèlent pas toujours le pays d'origine des titulaires, notamment parce que certaines d'entre elles ne se terminent pas par un code national (par exemple, les .com, .net et .org). L'existence d'États fédérés complique cette difficulté en multipliant les standards à l'intérieur d'un même pays. C'est notamment le cas des États-Unis d'Amérique où près de 20 États ont adopté une législation particulière pour réglementer le courrier électronique publicitaire. Une loi fédérale est toutefois imminente et ne devrait pas permettre aux États américains de promulguer un standard différent, au contraire de la *Directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance (97/7/EC)* à l'égard des pays de l'Union européenne. En effet, l'article 14 de ce texte autorise les États membres à « introduire ou maintenir, dans les zones couvertes par cette Directive, des dispositions plus strictes et compatibles avec le Traité, afin d'assurer un meilleur niveau de protection du consommateur ». Par conséquent, certains pays de l'Union ont préféré une approche réglementaire plus avantageuse que le système opt-out adopté par la Directive en son article 10. Un système de réglementation opt-in a d'ailleurs été choisi par l'Allemagne (standard établi par les tribunaux depuis 1998), l'Autriche (législation du 06-07-1999), le Danemark (législation du 17/07/00), la Finlande (législation du 01-07-99) et l'Italie (législation du 22-05-1999). Cette approche restrictive fait d'ailleurs l'objet de la *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*, laquelle devrait modifier la directive 97/66/CE du même nom. Elle est également envisagée pour régir la promotion directe de services financiers dans l'ensemble de l'Union européenne, selon la *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE (COM (1999) 385 final)*.

L'expression *spamming* n'inclut pas seulement la publicité directe par courrier électronique. Elle concerne également le pollupostage qui consiste à expédier un grand nombre de messages sur les groupes de nouvelles Usenet. Le réseau Usenet est défini par l'office de la langue française comme un réseau mondial distribué de forums de discussion appelés « groupes de nouvelles », constitué d'un ensemble de serveurs où sont centralisés des articles traitant de sujets particuliers et auxquels les internautes ont accès sur demande ». La publicité effectuée via cette ressource n'est pas plus appréciée par les internautes que le courrier électronique commercial non sollicité. D'ailleurs, plusieurs regroupements d'administrateurs de serveurs Usenet et d'internautes lutent contre ce procédé publicitaire qu'ils considèrent nuisible au bon fonctionnement des groupes de nouvelles. Par conséquent, il n'est pas conseillé de recourir à cette ressource dans le cadre d'une activité promotionnelle même si peu d'États ont adopté une réglementation. La Finlande est l'un de ces rares pays ayant légiféré sur cette question en interdisant l'envoi de messages publicitaires sur les groupes de nouvelles Usenet (législation du 01-07-1999).

Bien qu'il s'agisse d'un procédé bon marché, la publicité directe en ligne comporte un coût lié au risque de ne pas rencontrer l'un ou l'autre des différents standards adoptés par les États. Puisque les publicitaires étrangers ne pourront être punis que suite à des procédures tout aussi onéreuses qu'incertaines, les plus délinquants d'entre eux

persisteront à exercer leurs activités. Les commerçants désireux de respecter les droits de leur clientèle étrangère devront se méfier des agences trop prometteuses et des stratégies publicitaires incompatibles avec cet objectif. À cet égard, d'autres alternatives moins risquées lui sont proposées parmi les procédés déjà mentionnés. L'emploi de statistiques lui procure d'ailleurs un moyen de vérifier leur efficacité, et par conséquent, leur rentabilité.

► Les statistiques et garanties

Grâce à un fichier journal (*log file*) dans lequel est emmagasiné les informations de chacune des requêtes adressées à un serveur de site Web, il est possible de mesurer le volume de transactions informatiques et de produire, à l'aide d'un logiciel d'audimétrie, des statistiques publicitaires. En règle générale, les propriétaires de sites Web offrent aux annonceurs la possibilité de consulter ces statistiques dans le but de mesurer l'efficacité de leurs annonces et, par le fait même, de justifier leurs propres tarifs publicitaires.

Un annonceur averti devrait savoir que les statistiques produites par les logiciels d'audimétrie ne représentent pas l'état exact du nombre d'apparitions d'une publicité figurant sur une page Web. Plusieurs facteurs viennent en effet perturber ce décompte. D'abord, il importe de distinguer les appels de fichier (*hits*) du chargement complet d'une publicité affichée sur une page Web. En effet, les statistiques qui présentent uniquement les appels de page Web ne considèrent ni les visites incomplètes ni les chargements de page effectués en mode texte seulement. Par conséquent, le logiciel d'audimétrie comptabilise des apparitions publicitaires alors que les éléments graphiques, dont notamment les publicités, n'ont pas été chargés par le visiteur. À cet égard, l'annonceur devrait exiger des statistiques présentant les appels du bandeau publicitaire plutôt que les appels de page. Il éviterait du même coup la comptabilisation des visites effectuées par les robots lancés par les moteurs de recherche, ces derniers ne s'intéressant généralement qu'au texte des pages qu'ils explorent.

Un autre facteur se rapporte aux moyens techniques utilisés pour accélérer les communications du réseau. En effet, les serveurs cache (*cache servers*) et les sites miroir (*mirror site*) sont des procédés qui ont pour but d'accélérer la transmission de sites largement fréquentés. L'inconvénient de ces procédés à l'égard des statistiques est qu'ils opèrent en marge du serveur Web principal. Ainsi, ce dernier ne comptabilise pas les appels de fichiers effectués auprès du serveur mandataire ou du site miroir.

L'inexactitude des statistiques concerne également le nombre de visiteurs uniques. Puisqu'un internaute peut à lui seul visiter un site une centaine de fois par mois, il est impossible de connaître le nombre réel de visiteurs ayant chargé une annonce publicitaire. Toutefois, plusieurs logiciels d'audimétrie calculent le nombre de visiteurs non pas en fonction des appels de fichiers mais selon le nombre d'appels placés par adresse IP. Les adresses IP étant uniques et disponibles dans les fichiers journaux, les statistiques réalisées à partir de ces données évitent une surévaluation des apparitions publicitaires. Néanmoins, d'autres facteurs faussent encore les résultats. Par exemple, les serveurs mandataires (*proxy server*) et l'attribution d'adresses IP dynamiques contribuent à sous-évaluer le nombre d'apparitions. Généralement utilisés par les entreprises pour sécuriser leur intranet, les serveurs mandataires ont pour effet d'identifier l'ensemble des employés à une seule adresse IP, celle du serveur mandataire. Il peut en découler une sous-évaluation considérable dans le cas d'une entreprise comptant plusieurs milliers d'employés. Largement répandue, l'attribution d'adresses dynamiques par un fournisseur

d'accès Internet consiste à attribuer à un ordinateur une adresse IP temporaire durant sa connexion à Internet. Puisque les mêmes adresses IP sont utilisées par plusieurs abonnés à tour de rôle, il devient impossible de distinguer les différents visiteurs.

L'utilisation de témoins (*cookies*) est une technique pouvant améliorer le calcul des visiteurs uniques. Cette pratique largement répandue consiste à attribuer à chaque visiteur un numéro d'identification unique servant à comptabiliser ses allées et venues. Cette technique n'est toutefois que partiellement utile puisque les témoins peuvent être désactivés par l'utilisateur. Le décompte est également altéré lorsque des visiteurs utilisent plusieurs ordinateurs ou logiciels de navigation.

Néanmoins, lorsqu'un témoin identifie un seul visiteur, son potentiel devient considérable. Il permet notamment de dresser le profil d'un utilisateur, c'est-à-dire de révéler ses intérêts particuliers en fonction des informations transmises sur Internet : les préférences personnelles fournies par un formulaire qu'il a rempli, les produits de consommation qu'il a sélectionnés sur un site marchand ainsi que les rubriques spécialisées qu'il a visitées. À l'aide des témoins, un propriétaire de site est donc en mesure de déterminer quel type d'annonce est susceptible d'intéresser cet utilisateur. Il peut par conséquent optimiser le rendement de son espace publicitaire et offrir aux annonceurs un procédé mieux ciblé. Le profilage demeure toutefois une activité risquée au regard de la protection de la vie privée. Le lecteur trouvera au chapitre 9 les règles régissant ce nouveau procédé de marketing.

Les statistiques constituent aussi un moyen de garantir le rendement de l'espace publicitaire d'un propriétaire de site. Ce dernier s'oblige, par exemple, à fournir pendant une durée prédéterminée un certain nombre de clics ou d'apparitions de la bannière d'un annonceur. Selon les termes du contrat de publicité intervenu entre les parties, l'inexécution de cette obligation peut entraîner une diminution du coût publicitaire. Les parties ont néanmoins la possibilité de convenir de la récupération de cette perte lorsque le nombre de clics ou d'apparitions est atteint ultérieurement, notamment dans le cadre d'un contrat de longue durée étendu sur plusieurs trimestres.

En général, une clause d'exonération concernant la publication de l'annonce et le bon fonctionnement du réseau fait partie des contrats de publicité en ligne. Cette limite de responsabilité s'explique par les difficultés techniques que les propriétaires ne peuvent contrôler. Même s'ils ont pour effet d'interrompre la publication des annonces, le trafic Internet ainsi que les pannes éventuelles de l'épine dorsale du réseau ne justifient donc pas une diminution du coût publicitaire. Les propriétaires doivent cependant agir avec diligence et fournir tous les efforts raisonnables nécessaires à l'exécution de leurs engagements.

L'obligation de diligence exige également des propriétaires une certaine retenue à l'égard de l'utilisation de leurs procédés publicitaires. Ainsi, ils ne devraient pas se servir du langage informatique de création de site Web, le HTML, pour exploiter insidieusement le potentiel publicitaire de concurrents. De plus en plus répandue, ce type de pratiques litigieuses vient en effet miner la bonne marche des activités publicitaires en ligne.

Les pratiques litigieuses

Bien que les pratiques litigieuses ne concernent pas directement les procédés publicitaires, il importe de mentionner leur existence dans le cadre d'un texte portant sur la publicité. Ce court exposé vise à informer le commerçant électronique des conséquences préjudiciables de certains emplois qu'il fera, de bonne ou de mauvaise foi, des procédés publicitaires en ligne.

En général, les dévoiements observés se rapportent particulièrement à la mise en ligne d'un site Web marchand et à son référencement. Ils consistent simplement à utiliser les liens hypertextes ainsi que d'autres procédés HTML afin de profiter sans autorisation du contenu d'un concurrent ou de sa marque de commerce. Les techniques susceptibles de devenir litigieuses sont les liens profonds, l'insertion d'images par liens hypertextes, l'utilisation de cadres et l'emploi de mots-clefs dans le code source d'une page Web.

► Les liens profonds

Un lien profond ou *deep linking* est un lien vers une page secondaire, c'est-à-dire vers une page subordonnée à la page d'accueil d'un site Web. La profondeur du lien dépend généralement du nombre de pages hébergées et de la complexité de la structure du site. Le caractère abusif de ce type de procédé est illustré par l'affaire du journal écossais Shetland Times. Une entreprise écossaise du nom de Shetland News avait établi une compilation de liens vers des articles situés sur différents sites journalistiques. Puisque aucune indication ne mentionnait la provenance des articles, les utilisateurs consultaient les textes dans l'ignorance des véritables éditeurs, parmi lesquels le Shetland Times. En outre, les liens du Shetland News dirigeaient les utilisateurs directement aux articles du journal écossais, évitant un passage à la page d'accueil et, par conséquent, aux bandeaux publicitaires ainsi qu'aux détails de l'utilisation du site. En l'occurrence, le tribunal britannique n'a pas conclu, en raison de l'absence de confusion chez les utilisateurs, que les hyperliens en cause représentaient une pratique déloyale. Il a néanmoins émis une injonction préliminaire à l'encontre du Shetland News en raison de la reproduction illicite de titres d'articles protégés. Un tribunal américain est du même avis lorsqu'il indique, dans la décision *Ticketmaster Corp., et al. c. Tickets.Com, Inc* du district californien, que l'utilisation d'hyperliens ne peut être interdite s'il n'y a pas de confusion quant à la propriété du contenu et si aucune reproduction illicite n'a été effectuée.

Les liens profonds risquent aussi de constituer une représentation non autorisée d'une œuvre. C'est d'ailleurs la solution qu'a retenue le Tribunal de commerce de Paris dans la décision *Havas et Cadre On Line c. Keljob* (26/12/2000). L'affaire concernait un outil de recherche qui liait un bon nombre des offres d'emploi disponibles sur le site du demandeur. Selon le juge, les dispositions de l'article L. 122-4 du *Code la propriété intellectuelle* relatives au droit de représentation devaient s'appliquer. Le défendeur n'était pas à son dernier revers, puisque le Tribunal de Grande Instance de Paris le condamnait, le 8 janvier 2001, pour contrefaçon de la base de données (extraction déloyale) d'un autre site d'offres d'emploi, Cadreemploi. De l'avis du Tribunal, la société Keljob récupérait « sans bourse déliée, les éléments de la base de données créée par Cadreemploi et donc les investissements réalisés par cette société, ce pour le développement de sa propre image et de son entreprise commerciale en fait directement concurrente de Cadreemploi ».

Afin de se prémunir des liens profonds, plusieurs revues électroniques se sont dotées de mécanismes techniques, eux aussi en langage HTML, dont la fonction est de rediriger automatiquement tous liens hypertextes profonds vers la page d'accueil de la revue. Bien qu'efficace, cette solution comporte certains désavantages pour les internautes, dont notamment l'impossibilité de récupérer rapidement, à l'aide des signets de leur navigateur ou des outils de recherche, les articles situés sur l'une ou l'autre des pages secondaires. En raison de ce type d'inconvénients, d'autres revues en ligne ont préféré prohiber l'emploi de liens profonds en insérant une clause à cet effet dans les conditions d'utilisation de leur site. En cherchant ainsi à engager la responsabilité contractuelle de ses visiteurs, le commerçant électronique se réserve un argument à l'encontre de ses concurrents mal intentionnés. Cette solution est d'ailleurs envisageable tant pour les liens hypertextes profonds que pour l'insertion d'images par liens et l'emploi de cadre. Les concurrents pourront toutefois faire valoir que la seule visite d'un site ne vaut pas consentement aux conditions d'utilisation et que leur responsabilité contractuelle ne peut par conséquent être engagée.

► L'insertion d'images par liens hypertextes

L'insertion d'images par liens hypertextes ou *inline linking* est un procédé HTML consistant à faire apparaître sur une page Web une image située sur un autre site sans avoir à la reproduire. L'utilisation de ce procédé peut certainement constituer un acte illicite au regard des droits de propriété intellectuelle bien qu'il soit improbable qu'elle consiste en une reproduction illicite de l'œuvre protégée. En effet, et à défaut d'effectuer une reproduction au sens stricte du terme, l'insertion d'images risque de constituer une violation au droit de communication de l'œuvre au public ou, selon l'appellation française, au droit de représentation.

Ce procédé pourrait également, dans le cadre d'une poursuite en concurrence déloyale, être présentée comme une source de confusion entre le site lieur et le site lié. En principe, la poursuite n'aura toutefois gain de cause que si la confusion est bien établie et qu'elle a pour effet d'apporter des bénéfices indus au site lieur ou de provoquer un préjudice au propriétaire du site lié. En tout état de cause, le caractère déloyal d'une pratique sera apprécié, comme nous pouvons aussi l'observer dans le contexte des liens profonds et des cadres, au cas par cas et selon la conception personnelle du tribunal de ce qui est honnête et loyal.

► Les cadres

L'emploi de cadres ou *framing* est une troisième technique susceptible de constituer une pratique déloyale. Les cadres permettent de diviser un site Web en plusieurs fenêtres ou cadres et ainsi de présenter plusieurs pages indépendantes à la fois. Ces dernières peuvent provenir d'autres sites sans que l'adresse Internet affichée par le navigateur ne le mentionne. Par conséquent, certains créateurs de sites utilisent ce procédé pour bénéficier du contenu de sites concurrents. L'affaire Total News illustre ce cas. Cette entreprise liait sous cadres, et sans autorisation, les rubriques d'information émanant d'autres sites, notamment du Washington Post. Le contenu éditorial de ce dernier était par conséquent utilisé dans le but d'obtenir sans trop d'efforts de généreuses recettes publicitaires. La confusion provoquée par ce procédé ainsi que les avantages indus recueillis par l'entreprise amenaient à conclure à une pratique déloyale. Un règlement à l'amiable obligea finalement Total News à retirer ses cadres litigieux.

L'appréciation du caractère déloyal d'une pratique ou, dans certains cas, d'une violation des droits de propriété intellectuelle, dépend des différents critères juridiques adoptés par les États. Il est donc difficile de s'en remettre ici à un standard uniforme et précis. Le commerçant désireux de bénéficier du travail d'autrui, notamment dans le but d'augmenter ses recettes publicitaires, devrait dans tous les cas chercher à obtenir l'autorisation de ses concurrents. Au minimum, il devrait bien identifier l'origine des contenus liés afin d'éviter toute confusion dans l'esprit de sa clientèle quant à la propriété du contenu ou même quant à l'autorisation ou au cautionnement des hyperliens par le propriétaire du site lié.

Dans cet ordre d'idées, la promotion d'un site Web ne devrait pas être réalisée à l'aide de la marque de commerce d'un concurrent, particulièrement par l'utilisation de mots-clefs dans le code HTML d'un site Web.

► L'emploi de mots-clefs

La stratégie de référencement consistant à inscrire des mots-clefs dans le code source d'une page Web, plus précisément à l'intérieur des marqueurs Méta, est en soi parfaitement licite. Elle devient litigieuse lorsque les mots-clefs choisis correspondent aux marques de commerce de concurrents, c'est-à-dire aux signes servant à distinguer leurs produits ou services de ceux offerts sur le marché.

En effet, le droit de reproduire ou d'utiliser une marque de commerce est dans la plupart des États attribué exclusivement à son titulaire. Selon les différentes lois nationales, la propriété d'une marque de commerce peut être prouvée soit par son enregistrement soit par un usage établi ou par l'un ou l'autre de ces moyens. En conséquence, lorsque la propriété d'une marque de commerce est démontrée, le titulaire bénéficie de recours légaux contre les tiers mal intentionnés, tels que l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale.

Dans le cadre d'une activité de référencement, l'utilisation d'une marque de commerce dans le code de programmation d'une page Web est donc sujette à des poursuites légales. La décision canadienne *Convectaire NMT Inc. c. Ouellet Canada Inc* illustre cette possibilité. Le site Web de la compagnie Ouellet Canada Inc., accessible depuis un ordinateur établi dans le district de Montmagny, comportait dans son code source quarante-quatre (44) fois le mot « Convectaire », soit la marque de commerce du demandeur. Ainsi, le demandeur bénéficiait de résultats de recherche avantageux auprès des divers outils de recherche. L'action en concurrence déloyale intentée par Convectaire NMT Inc. devait démontrer que l'utilisation de sa marque de commerce avait pour effet de créer une confusion dans l'esprit du public. Bien que le demandeur ait admis sa responsabilité en cessant d'utiliser la marque Convectaire, le tribunal du district de Montréal a décliné sa compétence en prétextant que la cause d'action avait pris naissance dans le district de Montmagny.

La confusion constitue généralement l'élément de preuve nécessaire pour établir la responsabilité relative à l'utilisation non autorisée d'une marque de commerce. Toutefois, les législations nationales peuvent, encore ici, établir différentes règles. Par exemple, le titulaire d'une marque de commerce jouit, en France, d'une forte présomption de confusion lorsqu'il intente une action en contrefaçon. Ainsi, la responsabilité relative à la reproduction d'un signe distinctif légalement déposé peut difficilement être contestée, même lorsque les produits ou services des parties en cause ne sont pas semblables.

L'existence de règles et de critères juridiques divergents ne concerne pas seulement la concurrence déloyale et la contrefaçon. Elle touche aussi l'ensemble du droit de la consommation, et par conséquent, les normes relatives à la publicité. Cette considération représente une importante modalité relative au choix du contenu publicitaire.

Le respect des différentes législations

L'élaboration d'un contenu publicitaire licite peut être envisagée, sur Internet, selon trois approches distinctes, soit le respect des standards nationaux de l'annonceur, l'exclusion de consommateurs et le choix d'un standard élevé.

► Le respect des standards nationaux

Cette première option consiste à respecter les lois applicables dans le pays de l'annonceur. Cette décision apparaît idéale dans le cadre d'une opération publicitaire ne s'adressant, en fait, qu'aux résidents d'un seul pays. Tel est le cas, par exemple, d'un magasin d'alimentation permettant l'achat en ligne et la livraison de biens comestibles à domicile. Dans ce cas, il est difficile de conclure que l'annonce placée sur Internet est destinée à des étrangers, dans la mesure où le service de livraison ne déborde effectivement pas les frontières nationales. Cela est encore plus improbable si la publicité est accessible depuis un site destiné essentiellement aux internautes résidents. En somme, les circonstances entourant la publication de l'annonce, la nature des informations fournies, les activités de l'annonceur ainsi que ses rapports contractuels existants constituent des éléments permettant au tribunal de déterminer la clientèle ciblée par la publicité, et par conséquent, le droit susceptible d'être applicable en l'espèce. Par ailleurs, il est utile de noter que ces éléments pourront également servir à apprécier l'application de certaines obligations fiscales.

Lorsque les circonstances démontrent qu'il existe bel et bien une opération publicitaire destinée à des consommateurs hors frontière, les lois en vigueur à l'étranger ne sont pas automatiquement appliquées à l'annonceur. L'assujettissement réel de ce dernier résulte en effet d'un processus judiciaire complexe et incertain qui dépend de plusieurs éléments, dont la compétence du tribunal saisi, l'adoption contractuelle d'une législation applicable, la nature impérative du droit de consommation auquel est soumis le tribunal ainsi que l'exécution de la décision à l'étranger.

Le respect des standards nationaux de l'annonceur constitue donc une opération qui, dans le cadre d'une activité de promotion internationale, comporte un certain risque juridique. Bien que certains commerçants choisissent de prendre ce risque, d'autres préfèrent exclure de leur clientèle les consommateurs étrangers.

► L'exclusion explicite de consommateurs

L'exclusion explicite de consommateurs représente une alternative intéressante. Elle consiste à indiquer aux consommateurs que l'annonce placée en ligne s'adresse exclusivement aux résidents d'un ou de plusieurs pays ou simplement à certains groupes de consommateurs, notamment aux adultes. Cette mention doit cependant être claire et évidente. À cet égard, l'annonceur devrait signaler immédiatement toutes exclusions ou, à

défaut de mieux, en informer le consommateur dès son premier clic, c'est-à-dire sur les pages de destination des différentes publicités qu'il a placées en ligne.

Lorsque l'annonceur désire promouvoir ses biens et services sur son propre site, il lui est conseillé de permettre à ses visiteurs de choisir, avant la consultation du site, leur région d'appartenance ou leur pays de résidence afin d'amener chacun d'entre eux aux informations convenant aux normes de protection qui leur sont particulièrement applicables. Ce système d'interface multinationale est nécessaire lorsque les biens ou services offerts sont assujettis par des règles variables d'un État à l'autre.

L'exclusion explicite de consommateurs comporte toutefois le désavantage de restreindre la clientèle ou, dans le cas d'un système d'interface multinationale, d'alourdir sensiblement la structure d'un site Web ainsi que son budget afférent. Par conséquent, cette alternative est susceptible de diminuer les bénéfices espérés par le commerçant. Enfin, le commerçant électronique notera qu'une clause d'exclusion de consommateur ne garantit aucunement que ses activités échapperont aux différentes lois impératives. En effet, il est probable que certains juges appliqueront les règles d'ordre public, dont notamment les dispositions pénales. À cet égard, le choix d'un standard juridique élevé représente une option plutôt séduisante.

► Le choix d'un standard élevé

Le choix d'un standard élevé permet de promouvoir biens et services à l'ensemble des utilisateurs du réseau Internet en pratiquant une politique équivalente ou supérieure aux règles applicables dans la plupart des pays. Deux inconvénients sont toutefois à considérer.

Le premier inconvénient concerne les procédures administratives requises à l'égard de certains contenus publicitaires. Par exemple, l'annonceur qui effectue le lancement d'un concours publicitaire doit rencontrer un bon nombre d'exigences matérielles qu'implique cette opération dans la plupart des États. En raison de la lourdeur d'une telle démarche, le choix d'un standard élevé sera probablement repoussé par les annonceurs.

Les limites posées à la liberté d'expression constituent le second inconvénient. L'annonceur risque en effet de devoir retirer de son contenu publicitaire des éléments et des procédés par ailleurs licites chez lui ou dans certains autres pays. Par exemple, il ne pourra comparer son offre à celle de ses concurrents puisque cette stratégie publicitaire est prohibée dans plusieurs États. Le choix d'un standard élevé a donc pour conséquence néfaste, sur le plan culturel notamment, d'uniformiser et d'aseptiser l'expression commerciale des annonceurs.

En tout état de cause, l'annonceur désireux de rejoindre un maximum de consommateurs doit calculer au cas par cas les risques qu'il prend et choisir l'une ou l'autre des alternatives ici mentionnées. La revue des principales règles régissant les contenus publicitaires lui permettra d'apprécier plus adéquatement les risques auxquels il fait face ainsi que les pratiques qu'il doit adopter. Ces règles sont valables tant pour les annonces qu'il place afin d'inciter le consommateur à visiter son site marchand que pour les informations publicitaires qui s'y trouvent.

Le contenu des messages publicitaires

Cette dernière section présente une synthèse des normes relatives à la publicité commerciale. Elle vise à identifier les principaux points de droit susceptibles de régir la présentation des publicités ainsi que leur contenu. Bien que non exhaustive, cette section permettra de conscientiser les commerçants quant à la légalité de leurs annonces placées en ligne.

La plus répandue des règles de protection des consommateurs en matière de publicité concerne les représentations fausses et trompeuses.

► Les représentations fausses et trompeuses

Les publicités qui comportent des allégations fausses ou qui ont la capacité de tromper les consommateurs sont généralement interdites par les législations nationales. Certains pays sanctionnent les représentations fausses et trompeuses tant en matière civile qu'en matière pénale. Cette réglementation vise à protéger les consommateurs inexpérimentés et à assurer que les rapports commerciaux, traditionnels et en ligne, sont gouvernés par l'honnêteté. Le commerçant trouvera ici les pratiques ordinairement frappées par cette interdiction :

- ❑ les fausses allégations relatives :
 - ❑ à un bien ou à un service ;
 - ❑ au mode de fabrication ou à l'origine d'un bien ou d'un service ;
 - ❑ au caractère indispensable d'un bien pour la réalisation d'une activité ;
 - ❑ à la supériorité d'un produit ;
 - ❑ à la rentabilité d'une affaire ;
 - ❑ aux titres professionnels ainsi qu'au parrainage d'un bien ou d'un service ;
 - ❑ l'attribution d'un faux avantage à un bien ou à un service ;
 - ❑ l'omission d'un fait important ;
- ❑ les fausses coordonnées ;
- ❑ les fausses réductions de prix ;
- ❑ les faux prix de référence ;
- ❑ la vente à un prix supérieur au prix annoncé ;
- ❑ la promotion d'un bien ou d'un service que le commerçant ne possède pas ou dont il ne dispose pas en quantité suffisante (vente à prix d'appel) ;
- ❑ la déformation d'un témoignage ou l'omission de mentionner que les expériences décrites ne sont généralement pas celles que le consommateur obtiendra du produit ou du service ;
- ❑ les données fausses présentées comme scientifiques ;
- ❑ les démonstrations effectuées dans des conditions trompeuses ;
- ❑ l'utilisation d'un permis ou d'un cautionnement exigé par la loi pour faire valoir la solvabilité ou la bonne conduite.

Dans certains cas, plusieurs personnes autres que l'annonceur risquent d'être sanctionnées pour avoir participé à la conception ou à la distribution d'une publicité fautive et trompeuse, telles que les agences publicitaires, les webmasters et les propriétaires de site. Différents critères sont employés pour apprécier leur responsabilité. Dans certains pays, tels que les États-Unis, la France et le Québec, le critère de la connaissance réelle ou objective de l'élément faux ou trompeur est déterminant. D'autres

approches préfèrent distinguer les agences publicitaires des médias d'information en assujettissant les premiers à une obligation d'une plus grande intensité. Ainsi, la jurisprudence fédérale canadienne exige que le matériel préparé par les agences publicitaires ne soit ni mensonger ni trompeur.

Sur le réseau Internet, les représentations fausses et trompeuses concernent autant les contenus publicitaires que leur présentation. En effet, le contexte numérique, dont l'hypertextualité et la disposition graphique, sont des éléments susceptibles de rendre équivoque une publicité en ligne. Par exemple, une information importante pourrait passer inaperçue en raison de son emplacement éloigné du bandeau publicitaire duquel provient le consommateur. En conséquence, certaines annonces *a priori* licites pourront devenir fausses ou trompeuses. Le commerçant trouvera dans le guide *Dot Com Disclosures : Informations about Online Advertising*, préparé par la *Federal Trade Commission* américaine, les principes qu'un annonceur devrait suivre à cet égard, et dont voici un résumé :

- Les informations publicitaires devraient être placées près de l'annonce, et si possible, sur la même page. Elles devraient également apparaître sur la page du bon de commande et sur toute autre page lorsque cela est nécessaire. Cependant, elles ne devraient pas se trouver isolée à la fin d'un document de manière à ce que le consommateur doive, sans indication à cet effet, utiliser la barre de défilement de son navigateur. Dans le cas des bandeaux publicitaires, les informations publicitaires devraient apparaître dès le premier clic du consommateur ;
- Les liens hypertextes conduisant aux informations publicitaires devraient être évidents, fonctionnels et libellés de manière à ce que le consommateur discerne l'importance, la nature ainsi que la pertinence des informations auxquelles ils conduisent. Ils devraient également être placés près de l'élément auquel ils se rapportent et diriger directement le consommateur aux informations ;
- La taille, la couleur et l'arrangement graphique et sonore devraient permettre aux consommateurs de dissocier l'offre commerciale des autres parties du site Web, mais ne devraient pas distraire leur l'attention des informations publicitaires ;
- Enfin, le langage et la syntaxe utilisés devraient permettre aux consommateurs de comprendre les informations publicitaires. Dans la même perspective, les annonces multimédias devraient être suffisamment audibles et longues afin que le consommateur puisse noter, comprendre et, le cas échéant, lire les informations.

Afin d'éviter qu'une omission ou une erreur de programmation engendre une allégation fausse ou trompeuse sur un point important de l'offre, il est donc conseillé de vérifier régulièrement les pages Web contenant des informations publicitaires. Cette tâche peut cependant consister en une opération lourde et complexe lorsque le site Internet comporte de nombreuses pages, dont notamment un système d'interface multinationale. Afin de se protéger, certaines entreprises espèrent limiter leur responsabilité en formalisant, par la rédaction de conditions d'utilisation, les rapports qu'ils entretiennent avec leurs visiteurs. Ainsi, il est généralement stipulé qu'aucune garantie n'est valable quant au contenu du site et à son accès, que le propriétaire se réserve le droit de modifier sans préavis le site et qu'il exclut toute responsabilité découlant d'une information erronée, incomplète ou périmée. Bien que cette pratique contractuelle puisse être avantageuse, il n'est pas certain qu'elle sera valide au regard de la publicité fausse et trompeuse, puisque les dispositions nationales relatives à ce type d'allégations sont généralement impératives. Par conséquent, toute entente contractuelle ne saurait aller à l'encontre, par exemple, d'une

infraction pénale. Dans ce cas, l'annonceur ainsi que ses mandataires pourront néanmoins bénéficier de la défense de diligence raisonnable ou d'erreur de bonne foi.

► La publicité comparative

La publicité comparative consiste généralement à mentionner que le produit dont l'annonceur fait la promotion est plus efficace ou de meilleure qualité que le produit d'un concurrent ou que les ventes de ce produit sont supérieures à celles d'un concurrent. Ce type de stratégie publicitaire n'est pas toujours autorisé par les États, dont notamment la République populaire de Chine. Néanmoins, d'autres États, tels que l'Union européenne et le Canada, permettent la publicité comparative sous réserve de certaines conditions. En général, les comparaisons seront autorisées lorsque aucune allégation n'est fautive ou trompeuse, que ni le produit du concurrent ni sa marque de commerce ne sont dénigrées et que l'annonceur ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs du concurrent.

Depuis 1992, la législation française accepte également les comparaisons mais oblige l'annonceur à communiquer à son concurrent le contenu de la publicité dans un délai suffisant pour éviter que l'annonce ne soit diffusée advenant un litige. Ce type de procédure matérielle s'ajoute donc aux nombreuses conditions sous lesquelles la publicité comparative est acceptée. Dans le contexte de la publicité en ligne, il est fort probable que les annonceurs désireux de recourir à cette stratégie opteront pour le modèle moins risqué de l'exclusion de consommateurs. Ce modèle pourra également servir les intérêts juridiques des annonceurs qui opteront soit pour un concours ou une loterie soit pour la remise d'un cadeau promotionnel.

► Les concours, loteries et cadeaux promotionnels

Les concours, loteries et cadeaux promotionnels sont des procédés largement réglementés par les États en raison des abus qu'ils sont susceptibles de comporter. Par conséquent, plusieurs exigences matérielles peuvent être requises par les autorités nationales.

Les concours sont des jeux qui consistent à poser des questions objectives à des participants et à octroyer aux gagnants certains prix. Au nombre des exigences matérielles requises, figurent généralement l'inscription du concours auprès de l'autorité compétente, le dépôt du texte et de son règlement ainsi que l'apport d'un cautionnement. L'organisateur du concours doit également respecter les délais de remise des prix, les obligations relatives à l'âge, à la langue, à la divulgation de la méthode d'allocation des prix et des chances de gains, ainsi que, dans certains cas, requérir de ses participants qu'ils répondent à une question faisant état de leurs connaissances (question d'arithmétique par exemple).

Cette dernière condition vise à distinguer les concours publicitaires des simples loteries, lesquelles sont des jeux faisant intervenir un élément de hasard. Nonobstant l'étatisation des jeux de hasard et l'octroi exceptionnel de permis, les lois nationales prohibent en règle générale l'organisation de loteries lorsque la participation au jeu requiert une contribution financière du consommateur. Il en va ainsi des casinos virtuels.

Les cadeaux offerts ou non à titre gratuit risquent également d'être frappés d'interdiction ou, du moins, d'être autorisés dans le respect de certaines conditions. En l'occurrence, il peut s'agir d'un accès gratuit à une revue électronique, de points bonis permettant

d'acquérir un bien ou un service, de logiciels, d'échantillons expédiés par la poste, d'accès gratuit à Internet et tout autre cadeau susceptible de promouvoir un commerce.

La multiplication des conditions et des règles législatives concernant soit le lancement d'un concours ou d'une loterie soit l'offre de cadeaux promotionnels conduit inévitablement le commerçant électronique à choisir ses consommateurs en fonction du droit qui leur est applicable. Néanmoins, et afin d'élargir la portée de leur opération, certains annonceurs mentionnent simplement que le jeu ou l'offre de cadeau est nul là où la loi le prohibe. La validité d'une telle clause est toutefois contestable dans la mesure où elle ne permet pas au consommateur de savoir s'il peut ou non y participer. Par conséquent, le transfert au consommateur de la responsabilité de vérifier la légalité du concours risque, en cas de litige, d'être allégué à l'encontre de l'organisateur.

► Les aliments et drogues

Les aliments et drogues représentent un autre sujet lourdement encadré par le droit. Leur publicité est généralement soumise à une panoplie de conditions et d'autorisations lorsqu'elle n'est pas tout simplement prohibée. Par exemple, la *Loi réglementant les produits du tabac* au Canada interdit la promotion de tous les produits du tabac mais accepte, dans le cas de commandite, qu'on mentionne le nom entier d'un fabricant ou d'un importateur. Parmi la longue liste des produits réglementés, on retrouve notamment les boissons alcoolisées, les cosmétiques, les suppléments alimentaires, les médicaments et toute autre substance pouvant affecter la santé des consommateurs.

En conséquence, le commerçant électronique qui exerce des activités de vente se rapportant à des aliments ou drogues devra inévitablement s'assurer de la légalité de ses annonces ainsi que de ses transactions avec les internautes. À cet égard, mentionnons que les ventes de produits pharmaceutiques en ligne constitue un nouveau fléau qui inquiète de plus en plus les différentes autorités étatiques. Certains « cyber-pharmaciens » font déjà l'objet de poursuites pour avoir contourné la réglementation et vendus des médicaments sans permis professionnels ou prescriptions médicales. La *Résolution WHA51.9 de 1998 de l'Assemblée mondiale de la santé sur la vente de produits médicaux par Internet* invite d'ailleurs les États membres de l'Organisation mondiale de la santé « à mettre en place des mécanismes de contrôle et d'enquête sur la publicité, la promotion et la vente transfrontières de produits médicaux par Internet, ou à renforcer ceux qui existent, et de fournir un appui technique selon les besoins ».

► Les autres contenus réglementés

Une pléiade d'autres aspects juridiques peuvent affecter la publicité en ligne. La liste suivante présente, à titre illustratif, d'autres contenus susceptibles d'être réglementés. Notons toutefois que certains d'entre eux font déjà l'objet, dans certains États, de la réglementation générale relative à la publicité fautive et trompeuse :

- la publicité adressée aux enfants ;
- la publicité relative aux hydrocarbures et à l'électricité ;
- la publicité politique ;
- la publicité de l'enseignement ;
- la publicité en matière de voyage ;
- l'offre d'emploi ;
- l'offre de crédit et de produits financiers ;

- ❑ l'offre de services juridiques ;
- ❑ l'offre de franchises et les opportunités d'affaires ;
- ❑ la mention « recyclable » et toute autre indication suggérant un bénéfice pour l'environnement ;
- ❑ l'utilisation du mot gratuit ;
- ❑ l'incitation à l'achat par téléphone ;
- ❑ les services téléphoniques payants ;
- ❑ les informations relatives à des métaux et pierres précieuses ;
- ❑ la promotion de textiles ;
- ❑ la mention d'une garantie ;
- ❑ l'indication d'origine ;
- ❑ les mentions de la résistance d'un produit (telle que « shockproof » et « waterproof ») ;
- ❑ la langue utilisée par la publicité ;
- ❑ etc.

Conclusion

Afin de s'assurer de la légalité de son contenu publicitaire, le commerçant électronique devrait au minimum vérifier les règles en vigueur dans son propre pays et fournir aux consommateurs toutes les informations nécessaires à la conclusion d'une transaction honnête.

L'exercice d'une bonne pratique commerciale est garante d'une réussite durable et prospère. Dans un contexte où il est difficile d'obtenir la confiance des consommateurs, ce principe sous-tend une politique exigeante à l'égard des relations avec la clientèle.

Ressources électroniques pertinentes

- ❑ *Coalition Against Unsolicited Commercial Email (CAUCE)*, <http://www.cauce.org/>
- ❑ *Cipertexte* (ressource relative aux pratiques litigieuses), <http://www.lexum.umontreal.ca/cipertexte>,
- ❑ *Federal Trade Commission* (Guides de la FTC sur la publicité), <http://www.ftc.gov/bcp/menu-ads.htm>,
- ❑ *Internet Advertising and Promotion Resources*, <http://adres.internet.com/>,
- ❑ *Internet Advertising Bureau (IAB)*, <http://www.iab.net/>.