

LE POP UP

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I. DEFINITION ET DROIT APPLICABLE INADAPTE

I. DEFINITION

A. Format de publicité en ligne

1. Un format de publicité en ligne efficace
2. Dont le coût est inférieur à celui des autres formats
3. Mais préjudiciable à son destinataire

B. Définition par exclusion : le spam

1. Définition du spam
2. Exclusion du Pop Up
3. Cas particulier : le Spam Up

II. UN DROIT APPLICABLE INADAPTE

A. Règles générales applicables à la publicité

1. Textes législatifs
2. Codes de bonne conduite et recommandations

B. Dispositions sur le respect de la vie privée

1. Textes législatifs
2. Tentative d'application à la pratique du Pop Up

PARTIE II. EVOLUTION

I. REACTION HOSTILE DE L'INDUSTRIE

A. Actions individuelles

1. Le mouvement hostile aux Pop Up débute aux Etats-Unis
2. Pour se poursuivre en Europe

B. Actions concertées au travers de l'IAB

II. REPONSES DU JUGE ET DU LEGISLATEUR

A. Réponses apportées par le juge en Allemagne et aux Etats-Unis

1. Sanction sur le fondement de l'atteinte à la concurrence par le juge allemand
2. Sanction pour violation de copyright par le Tribunal Fédéral de Virginie
 - a) Consécration : Les éditeurs de presse contre Gator
 - b) Revirement : U-Haul International contre When-U
3. Sanction pour pratiques déloyales ou trompeuses par le Tribunal Fédéral de Baltimore : la FTC contre D Squared Solutions

B. Proposition de législation spécifique: Vers un élargissement du champ d'application de l' « opt in » en Belgique

CONCLUSION

INTRODUCTION

La publicité en ligne en format Pop Up a fait son apparition pendant les années de crise de l'Internet lorsque les formats existants de publicité en ligne se révélaient inefficaces à générer les revenus supplémentaires dont les éditeurs avaient alors urgemment besoin.

Le format Pop Up, parce qu'il ne prend pas de place sur les pages Web, permet aux éditeurs d'afficher autant de fenêtres qu'ils souhaitent. Or, le coût des prestations des annonceurs étant calculé en fonction du nombre d'internautes qui répondent aux offres publicitaires¹ (aussi appelé « conversion rate »), annonceurs et éditeurs avaient tout intérêt à diffuser le plus de Pop Up possible.

Leur choix a été payant, le format Pop Up s'étant en effet montré un moyen plus efficace pour capter l'attention des internautes que les autres formats de publicité en ligne².

La part de marché du Pop Up et du Pop Under sur la publicité en ligne s'est donc élargie passant de 1,4% en décembre 2001 à 8,7% en juillet 2003, soit au cours de la période d'août à octobre 2003 pas moins de 9.6 milliards de Pop Up et Pop Under sur un total de 226.4 milliards de messages publicitaires en ligne selon l'institut de recherche Nielsen/NetRatings.

Mais ce format de diffusion ne fait pas l'unanimité, et les internautes s'y sont déclarés particulièrement hostiles en raison de son caractère intrusif. C'est pour répondre au mécontentement des internautes que l'industrie, le juge et le législateur sont intervenus pour limiter puis interdire cette pratique.

Ce mouvement d'hostilité à l'égard des Pop Up n'a pas manqué de se répercuter dans les chiffres. Ainsi, de 8,7% en juillet 2003, la part des Pop Up et Pop Under a décliné à 6,2% en décembre 2003³.

Nul doute que l'industrie trouvera de nouveaux formats de publicité qui lui permettront de contourner cette difficulté. La question de leur légitimité sera alors à nouveau posée (mais non celle de leur licéité en l'absence de législation spécifique).

¹ Mesure appelé « conversion rate » par les e-marketeurs

² Le Pop Up serait 13 fois plus efficace que la bannière publicitaire selon l'étude publiée par la société de marketing en ligne, Advertising.com, en mai 2003 ; <http://www.advertising.com/Press/03May28.html>;

Le choix de ce format est une décision majeure pour les régies publicitaires dont les investissements sur Internet représentant 127 millions d'euros au premier semestre 2002 « Internet : le 5^{ème} grand Media », communiqué de presse du bureau français de l'IAB, 05/10/2002

³ « As Consumers Revolt, a Rush to Block Pop-Up Online Ads .. », New York Times, 01/12/2003; « New IE may burst pop-up bubble », News.com, Stéphanie Olsen, 24/11/2003

PARTIE I. DEFINITION ET DROIT APPLICABLE INADAPTE

I. DEFINITION

Les Pop Up sont des petites fenêtres Windows qui s'affichent automatiquement lorsqu'un internaute accède à une page web et utilisées le plus fréquemment pour communiquer des messages publicitaires. Lorsqu'elles s'affichent par-dessus la fenêtre active du navigateur Internet à l'entrée d'un site il s'agit de Pop Up (à l'inverse, lorsque l'affichage est sous cette page et visible une fois que l'internaute referme la page web, il s'agit de Pop Under)⁴.

A. Format de publicité en ligne

1. Un format de publicité en ligne efficace

Le Pop Up est un format de publicité en ligne très efficace car il a un fort impact visuel de par sa taille et sa position superposée sur la page Web. En conséquence, il obtient de bons résultats, à savoir de 2 à 10% de taux de clics alors que la bannière classique représente seulement 0,2 à 0,5%.⁵

2. Dont le coût est inférieur à celui des autres formats

Le développement du Pop Up n'est pas l'effet du hasard. Son coût est en effet bien moindre que celui des autres formats. Ainsi aux Etats-Unis, un Pop Up spécifique coûte 17,97 dollars quand une bannière verticale coûte 26,78 dollars.⁶

3. Mais préjudiciable à son destinataire

Une des raisons de la réaction hostile du public à la pratique du Pop Up est que, tout comme le spam, il en résulte un coût qui doit être supporté par l'internaute alors même qu'il n'a pas sollicité cette communication.

Ainsi, le spam qui représente désormais plus de la moitié du courrier électronique⁷ a pour effet d'engorger les réseaux et d'augmenter les temps de connexion de l'internaute lors de la

⁴ Dictionnaire de l'informatique et de l'internet ; MSN Accueil définition ; Tout-Savoir.Net

⁵ « Format de l'e-Pub : le point de vue de Foucaud Delannoy (Les Echos) » JDNet, 17/12/2001 ; « Le Pop Up », JDNet 07/2002

⁶ « Monde : Le marché de la publicité en ligne », JDNet rédaction, 01/12/2003 ; extraits : « Bannière verticale 26,78 ; Format spécifique 26,19 ; Skyscraper étendu 24,87 ; Skyscraper classique 24,63 ; Pop-up carré 23,70 ; Carré 23,43 ; Demi-bannière 20,83 ; Bannière étendue 18,80 ; Bouton étendu 18,32 ; Pop-up spécifique 17,97 ; Bouton carré 16,96 ; Bouton 12,13 ; Micro-barre 9,13 »

⁷ « Courriel: mesures communautaires contre les messages indésirables », Question écrite E-2254/03 posée par Piiia-Noora Kauppi (PPE-DE) à la Commission (8 juillet 2003)

réception de messages. Or, les frais du fournisseur d'accès, contraint d'investir afin d'augmenter la largeur de sa bande passante, et ainsi supporter l'augmentation du trafic, sont répercutés sur les abonnés.⁸

Le préjudice causé aux internautes du fait du Pop Up est plus difficile à déterminer encore qu'il n'est pas douteux que leur temps de connexion en soit allongé, que leur productivité en soit réduite, que leurs données puissent être perdues ou endommagées, et enfin qu'il leur faille engager des frais pour acquérir des logiciels pare-feu ou anti Pop Up. Les logiciels souvent associés aux Pop Up eux aussi mobilisent les ressources de l'ordinateur qu'il infeste lorsqu'il est actif en tâche de fond (mémoire disque, mémoire vive et bande passante pour la transmission de données).

C'est d'ailleurs au motif du préjudice causé aux internautes infestés que la FTC a fondé sa demande en réparation à l'encontre de D Squared Solutions (cf. infra).

B. Définition par exclusion : le spam

1. Définition du spam

Le spamming est défini comme l'envoi de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact direct et dont il a capté l'adresse électronique de manière irrégulière.

Ces messages indésirables sont interdits en Europe et aux Etats-Unis où le régime de l'« opt-in » qui y a été instauré requiert des personnes pratiquant la prospection commerciale par voie de courrier électronique qu'elles obtiennent des destinataires leur autorisation préalable.

En France cependant, c'est le système de l'« opt-out » qui a été adopté pour régir les communications commerciales non sollicitées⁹, et ce alors que la Commission Européenne

⁸ Selon une étude menée par la Commission européenne, le spam aurait coûté pour l'année 2001 aux abonnés près de 10 milliards d'euros, et pour l'année 2002, le montant de la perte pour les entreprises européennes serait de 2,5 milliards d'euros, cf. « Courriel: mesures communautaires contre les messages indésirables » précité

« Le spam est illégal en France », CASPAM (Collectif anti-spam), 28/09/2002 ; « Le spam ou courrier électronique non sollicité », CASPAM 15/01/2002 www.caspam.org; « Spamming » 28/05/2002 www.droit-tic.com;

⁹ C'est l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 qui transpose en droit français la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de vente à distance ainsi que la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications ; au terme de la directive 97/66/CE dont l'objet était de compléter le dispositif de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles, les états membres peuvent choisir entre le système du « opt-out » et celui du « opt-in » (**Nota : cette directive 97/66/CE n'est plus en vigueur et a été remplacée par la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée et les communications électroniques qui prévoit le système de l'« opt-in »**) ; texte codifié dans le code de la consommation à l'article L121-20-5 en vigueur depuis le 25 août 2001, Livre Ier : Information des consommateurs et formation des contrats, Titre II : Pratiques commerciales, Chapitre Ier : Pratiques commerciales réglementées, Section 2 : Ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance : « Est interdite la prospection directe par un professionnel, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs, d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels.

adoptait le système de l' « opt-in » dans sa directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 ne laissant plus aux états membres le choix entre l' « opt-in » et l' « opt-out »¹⁰ et que cinq Etats membres (l'Allemagne, l'Italie, la Finlande, l'Autriche et le Danemark) avaient très tôt adopté le système de l' « opt-in »¹¹.

Il convient de noter que cette directive 2002/58/CE qui devait être transposée par les états membres le 31 octobre 2003 au plus tard n'avait toujours pas été transposée par la France et huit autres états membres au 8 décembre 2003¹².

La France ne manquera pas de bientôt se conformer aux prescriptions du législateur européen : l'article 12 du projet de loi sur la Confiance dans l'Economie Numérique (qui vise à favoriser le développement de la société de l'information en créant les conditions de la confiance) interdit l'envoi de courriers électroniques dans un but de prospection directe sans l'accord préalable des destinataires¹³.

2. Exclusion du Pop Up

Lorsqu'elles permettent une communication individuelle, les techniques de communication à distance, autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent, ne peuvent être utilisées *que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition*. (...) »

Voir aussi : Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui consacre dans son article 10 intitulé « Limites à l'utilisation de certaines techniques de communication à distance » le système de l' « opt-out » tout en laissant la possibilité aux états membres de choisir l' « opt-in » :

« 1) L'utilisation par un fournisseur des techniques suivantes nécessite le consentement préalable du consommateur: - système automatisé d'appel sans intervention humaine (automate d'appel), - télécopieur.

2) Les états membres veillent à ce que les techniques de communication à distance, autres que celles visées au paragraphe 1, lorsqu'elles permettent une communication individuelle, ne puissent être utilisées *qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur* »,

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997L0007&model=guichett

¹⁰ Article 13 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques qui remplace la directive 97/66/CE (JO L201 du 31/07/2002), : « 1. L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur *consentement préalable*. (...) » ; disponible sur http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32002L0058&model=guichett; voir aussi : lettre d'information Webconseil, 17/06/2003 ; lettre d'information Webconseil, 13/05/03 ; « La Commission européenne déclare la guerre totale au spam : elle dévoile un plan d'attaque pluri-annuel », Etienne Wery, Droit Nouvelles Technologies, 30/01/2004, article sur la Communication de la Commission des Communautés Européennes relatives aux « Communications commerciales non sollicitées ou spam » du 22/01/2004

¹¹ « Le spamming ou les courriers électroniques envoyés à des fins de prospection directe », Blandine Poidevin, Jurisexpert.com, 23/06/2003

¹² « 9 états membres poursuivis pour défaut de transposition de la directive « vie privée dans les communications électroniques » », Etienne Wery, Droit Nouvelles Technologies, 08/12/2003

¹³ Disponible sur http://www.assemblee-nat.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp#modifAN2

La Commission de l'Union Européenne en 2002, répondant à une question parlementaire, a déclaré que la pratique du Pop Up n'est pas un courrier électronique au motif qu'il disparaît lorsque le destinataire n'est plus en ligne¹⁴. Pour la Commission, la notion de courrier électronique comprend seulement les messages qui (1) peuvent être stockés sur un terminal (2) jusqu'à ce que leur destinataire les collecte, à l'inverse d'un Pop Up qui apparaît seulement quand le destinataire est en ligne. Le régime applicable au spam prévu par la Directive 2002/58/CE n'est donc pas applicable au Pop Up.

Cette réponse est critiquée par certains au motif que (1) le Pop Up est bien stocké sur le terminal du destinataire en plus du réseau, et (2) c'est bien le destinataire qui collecte ce message en se connectant sur son terminal¹⁵. Il convient de noter cependant que le Pop Up n'est pas stocké de manière permanente mais seulement exploité de manière temporaire (sauf il est vrai dans le cas de l'espionnage). La solution retenue par la Commission est donc conforme aux caractéristiques techniques du Pop Up.

De plus, il est indéniable que les Pop Up sont moins gênants que le spam. Il existe en effet pléthore de moyens techniques d'échapper aux Pop Up. Ainsi, les Pop Up Spam de Windows peuvent être supprimés simplement par paramétrage de Windows, et les « add-ons » pour Windows Explorer permettant de supprimer les Pop Up et Pop Under sont légions.

Reste que la question de la qualification des fenêtres Pop Up devra être tranchée et ce d'autant que de nouvelles formes d'intrusion publicitaire ont fait leur apparition.

3. Cas particulier : le Spam Up

Au cours de l'année 2002 une nouvelle forme d'intrusion a fait son apparition, le Spam Up (aussi appelé « Pop Up Spam »), un mélange de Pop Up et de spam.

Cette pratique résulte d'une faille des systèmes d'exploitation Windows 2000, NT et XP et permet l'affichage de Pop Up sous la forme de fenêtre d'information Windows contenant du texte publicitaire, et ce dès lors que l'utilisateur est connecté sur le réseau (c'est-à-dire quant bien même il ne navigue pas sur Internet). Ces envois se font par ciblage d'adresses IP tout comme le spam¹⁶.

Le juge fédéral américain a d'ailleurs à connaître de cette pratique dans une affaire opposant la Federal Trade Commission à la société D Squared Solution (cf. infra).

La réponse à la question de la définition du Pop Up permettra également de trancher celle du régime applicable à ces nouvelles formes de messages publicitaires non sollicités, le droit général de la publicité et de la vie privée applicable à la publicité sur Internet ayant une vocation trop générale.

¹⁴ Réponse E-3392/02 de la Commission

¹⁵ « Should pop-up windows be considered as electronic mails? The EU commission says no. », Droit Nouvelles Technologies, Euwot Keuleers, 11 août 2003

¹⁶ « (Mise à jour) Microsoft bâillonnera Messenger pour lutter contre le spam », Guillaume Cugier, 01net, 29/10/2003 ; « Le « spam-up », nouvelle plaie du web », Florence Santrot, JDNet, 21/07/2003

II. UN DROIT APPLICABLE INADAPTE

La publicité est une communication de masse, à sens unique et à finalité mercantile¹⁷. Elle utilise divers supports dont l'Internet qui est considéré comme un support publicitaire à part entière¹⁸. Par conséquent la publicité en ligne, y compris le format publicitaire Pop Up, est soumise au corpus juridique applicable à la publicité en sus des règles relatives au respect de la vie privée¹⁹.

A. Règles générales applicables à la publicité

Les dispositions applicables à l'activité publicitaire (y compris sur Internet) interdisent la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, réglementent la publicité comparative, et instaurant le principe d'identification de la publicité, les règles de publicité des prix, du respect de la langue française, et enfin de la décence et de la loyauté.

1. Textes législatifs

Ce sont principalement la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative et la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (position commune du 28 février 2000)²⁰ qui trouvent leur application au niveau européen, et en France les dispositions suivantes²¹ :

- L'article L.121-1 du code de la consommation²² qui interdit la publicité mensongère ;

¹⁷ « Ethique et publicité » André Comte-Sponville, Colloque sur la Publicité et l'Autodiscipline en Europe 23/06/2003, www.bvp.org

¹⁸ CA Rennes 31 mars 2000, Expertises, mai 2000 p 130, disponible sur <http://www.legalis.net>; « Un site Internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la communication au public de textes et d'images, destinée éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. (...) Le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message publicitaire, quelle qu'en soit la forme. Un message publicitaire est une communication qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer à sa consommation. » ; E. Caprioli, La publicité sur Internet et le respect du droit de la consommation, RD bancaire et financier, mai/juin 2000, Comm. n° 104, p. 164 ; J.-C. Galloux, Publicité pour un crédit : un site Internet est un support publicitaire, CCE, juin 2000, Comm. n° 66, p. 24 ; « Comment aménager le support publicitaire qu'est le site Web ? », Cédric Manara, Recueil Dalloz, Actualités jur p.358

¹⁹ « Publicité sur Internet-Le droit en (r)évolution », Didier Gobert, Centre Recherche Informatique et Droit 2001

²⁰ Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE L*, 23 octobre 1997 ;

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE L*178 du 17 juillet 2000, disponible aussi à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/media/elecomm/index.htm;

²¹ Sur les règles applicables aux bannières publicitaires sur Internet cf. DroitDuNet.fr 2003

²² « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments

- L'article L121-8 du code de la consommation²³ qui admet la publicité comparative à la condition qu'elle ne soit pas de nature à induire en erreur ou être trompeuse, qu'elle porte sur des biens ou services rigoureusement équivalents, et qu'elle compare de manière objective une ou plusieurs caractéristiques essentielles et pertinentes du bien ;
- La loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon, qui rend obligatoire l'emploi de la langue française pour toute publicité parlée, écrite ou audiovisuelle et permet l'usage d'une langue étrangère accompagnée d'une traduction lisible en français. Cette loi quoiqu'elle ne contienne aucune disposition spécifique aux services en ligne paraît cependant leur être applicable sans restriction particulière. En revanche, son domaine d'application est limité au consommateur ou à l'utilisateur final français sur le territoire français.²⁴
- Les règles spécifiques de certains secteurs²⁵ ; ainsi en matière de crédit immobilier, l'article L312-4 du code de la consommation²⁶ requiert que certaines informations soient

ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. » ; Lefebvre Informatique, Bensoussan, Edition Juillet 2001, Mise à jour, n° 2730 Publicité mensongère

²³ Lefebvre Informatique, Bensoussan, Edition Juillet 2001, Mise à jour n° 2731 Publicité comparative ;

Article L121-8 : « Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :

- 1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
- 2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- 3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables. »

Article L121-9 : « La publicité comparative ne peut :

- 1° Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ;
- 2° Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;
- 3° Engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;
- 4° Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé. »

²⁴ « La loi Toubon est-elle applicable aux NTIC ? », Thibault Verbiest, Droit Nouvelles Technologies, 25/03/2004, http://www.droit-technologie.org/1_2_1.asp?actu_id=910; texte de la loi disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=6356&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1>

²⁵ Pour les avocats et Internet voir : « La publicité personnelle de l'avocat par voie de presse peut correspondre à l'information nécessaire du public » Recueil Dalloz Sommaires commentés p. 149

²⁶ « Toute publicité faite, reçue ou perçue en France, qui, quel que soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnés à l'article L. 312-2, doit :

précisées pour les publicités reçues en France tels que l'identité du prêteur, le coût total et le taux effectif global²⁷ ; et

- Les dispositions pénales générales sur la diffamation, l'injure, et les contenus pornographiques qui peuvent être lus par des mineurs²⁸.

A ces articles s'ajouteront les dispositions de la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique, dès son adoption, et notamment celles sur l'identification obligatoire de la publicité en ligne prévue aux articles 10 et 11 du projet de loi.²⁹

2. Codes de bonne conduite et recommandations

A ces textes législatifs, s'ajoutent également de nombreux codes de conduite ou recommandations élaborés par des organismes non étatiques, tels que la Chambre de Commerce Internationale (les codes et lignes directrices de l'ICC étant toujours subordonnés à la loi nationale existante)³⁰ et le Bureau de Vérification de la Publicité en France³¹.

1° Préciser l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt ;

2° Préciser, si elle comporte un ou plusieurs éléments chiffrés, la durée de l'opération proposée ainsi que le coût total et le taux effectif global annuel du crédit, à l'exclusion de tout autre taux. (1)

Toutes les mentions obligatoires doivent être présentées de manière parfaitement lisible et compréhensible par le consommateur. »

²⁷ TGI Paris 13 mars 1998, *Gaz. Pal.* 1998, 1, Somm. p. 331 ; CA Paris 19 févr. 1999, *D.* 1999, IR p. 96 ; « L'intermédiaire financier qui fait de la publicité sur internet doit respecter les dispositions de l'article L. 311-4 du code de la consommation », Jérôme Franck, *Recueil Dalloz* 2002 Sommaires commentés p. 2933

²⁸ Et notamment l'article 227-24 du Code pénal : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. »

²⁹ Travaux préparatoires du projet de loi disponible sur http://www.assemblee-nat.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp#modifAN2

³⁰ « Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet » avril 1998 http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp; Recommandation n° 98-05 du 3 mai 1999 de la Chambre de commerce internationale en matière de publicité et de marketing sur Internet et communiqué du 13 mai 1999 « Code on Advertising gathers international support », www.iccwbo.org ; « Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet » avril 1998 http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp

³¹ Le BVP est un organisme interprofessionnel privé de la publicité dont l'une des missions est de concevoir, avec tous les acteurs majeurs de la publicité la déontologie. Le BVP participe d'ailleurs aux travaux relatifs à la publicité de la Chambre de Commerce Internationale dans le cadre de la Commission du Marketing, Publicité et Distribution et contribue à la mise à jour et à l'élaboration de codes de déontologie professionnelle.

Code international de pratiques loyales en matière de publicité (mis à jour par la Commission du marketing, publicité et distribution en 1997) :

http://www.bvp.org/html/portail_public/role_international/ci/CCI%20CODE.doc.

Ainsi, le BVP dans sa dernière recommandation, après avoir rappelé que « La publicité placée sur le support Internet doit respecter les règles déontologiques qui s'appuient sur les principes retenus, en particulier, dans le Code international de pratiques loyales en matière de publicité et les lignes directrices révisées en matière de publicité et de marketing sur Internet de la Chambre de Commerce Internationale (édition 1998) », énonce dans ses dispositions générales les règles relatives : à l'identification de l'annonceur et de la publicité qui doit pouvoir être nettement distinguée comme telle ; au respect d'une publicité loyale, véridique, honnête, décente ; au respect de la personne ; au respect des sensibilités diverses d'un public mondial, puis dans ses dispositions spécifiques : les règles applicables à la protection des enfants ; au respect de la vie privée des internautes et de l'utilisation des données (recueil et utilisation des données, divulgation des données, rectification et blocage des données, déclarations relatives au respect de la vie privée) ; aux messages publicitaires non sollicités ; aux informations relatives aux coûts ; et enfin le BVP recommande que soit révisée régulièrement cette recommandation.³²

Ces règles qui visent à rendre la publicité en France « exemplaire », c'est-à-dire à faire en sorte qu'elle aille au-delà de la simple application des lois qui la réglementent déjà, n'ont cependant pas force obligatoire.

Ce bref aperçu des dispositions et principes généraux applicable à la publicité démontre que le secteur de l'Internet est loin d'avoir intégré ces exigences dans ses pratiques quotidiennes. Il suffit pour s'en convaincre d'y naviguer !

B. Dispositions sur le respect de la vie privée

Les pratiques publicitaires sur Internet sont également soumises aux dispositions relatives au respect de la vie privée. En effet, Internet est un support public particulièrement adapté pour recueillir des données diverses et plus particulièrement des données personnelles permettant l'identification des internautes personnes physiques. La collecte et le traitement de ces données permettent aux sociétés de mieux cibler leurs offres publicitaires au risque de constituer des profils comportementaux.

1. Textes législatifs

Ainsi, les dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés³³ et celles de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données³⁴ s'appliquent et réglementent les pratiques publicitaires en ligne.

³² Recommandation du Bureau de Vérification de la Publicité relative à la publicité sur Internet, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 124, avril 2000, pp. 24 à 25 ;
http://www.bvp.org/html/portail_pro/regles_deontologiques/viewreco.php?id=8.

³³ Texte de la directive disponible sur
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=13636&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1>

³⁴ Cette directive reprend en partie le contenu de la loi de 1978. Texte de la directive disponible sur
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31995L0046&model=guichett

Ces textes prévoient que le traitement des données personnelles doit être effectué dans le respect de conditions strictement définies et que l'intéressé dont les données personnelles sont l'objet d'un traitement automatisé (ou un traitement non automatisé mais contenues ou appelées à figurer dans un fichier ou une base de données) doit être informé de cette collecte afin de pouvoir s'y opposer. Ainsi, l'internaute dispose d'un droit à l'information préalable, un droit à la curiosité, un droit d'accès, un droit de rectification, un droit d'opposition et un droit à l'oubli de la personne.

Le responsable du traitement quant à lui doit déclarer au préalable la collecte et l'enregistrement des données (cf. article 16 de la loi de 1978), informer l'internaute de la finalité du traitement qui doit être déterminée, explicite et légitime (cf. article 25 de la loi de 1978 ; article 6 de la directive), des personnes destinataires des données, de sa possibilité de refuser de répondre, et de l'existence de ses droits à opposition (cf. articles 26 et 27 de la loi de 1978 ; article 10 de la directive), d'accès et de rectification³⁵.

2. Tentative d'application à la pratique du Pop Up

C'est par le biais des espiogiciels qui font apparaître les fenêtres de Pop Up que s'est posée la question de l'application de ces textes.

Un espiogiciel, aussi appelé « spyware » ou logiciel espion, est un petit programme informatique qui s'installe, avec les logiciels en téléchargement gratuit trouvés sur Internet, sur les ordinateurs de l'internaute sans qu'il en ait connaissance. Il permet de suivre l'internaute infesté à son insu lors de sa navigation sur Internet notant les clics, les pages visitées, la fréquence de son surf et fait apparaître des Pop Up sur n'importe quel site visité, et ce sans l'autorisation (non plus !) de l'éditeur du site.

Ainsi, le concepteur des logiciels gratuits qui servent de support aux Pop Up se rémunère en revendant l'information recueillie. C'est donc un outil de marketing redoutable pour les annonceurs puisqu'il permet de mieux cibler la publicité par l'analyse des pages visitées par l'internaute³⁶.

Pour le bureau français de l'IAB, il s'agirait d'une problématique purement américaine, mais les mesures prises par Médiamétrie révèlent que 11,3% des 1,6 millions de visiteurs uniques rassemblés par Gator en juin 2003 serait des internautes français.

La CNIL pour sa part subordonne la licéité de cette pratique au consentement exprès de l'utilisateur. Or bien souvent les mentions l'informant de l'existence du programme, de la nature des données collectées et de leurs destinataires sont illisibles, voir même absentes.

Les débats sont déjà lancés en France par les internautes soucieux du respect de leur vie privée.

³⁵ Sur le spam, la vie privée et Internet : « Les aspects juridiques du spamming », Forum Droit du Net, 20/02/2002 ; « Entré en vigueur de la directive vie privée et communications électroniques », Forum Droit du Net, 01/08/2002 ; « Le spam est illégal en France ! », CASPAM, 28/09/2002 ; « Le spam », Julia Morlec, Mémoire, 05/2003

³⁶ « Maîtriser son identité sur l'Internet : les espiogiciels », Forum Droit du net, 16/07/2002 ; « L'espion qui venait de nulle part », Christophe Abric, news.tf1.fr, 25/01/2002

Le Pop Up

C'est au vu de ce constat d'inadéquation et de l'hostilité révélée des internautes et des acteurs de l'industrie de l'Internet à travers le monde que le juge et le législateur sont intervenus pour réglementer la pratique du Pop Up.

PARTIE II. EVOLUTION

Au vu du développement des stratégies marketing des entreprises qui utilisent sans restriction le Pop Up comme moyen de communication publicitaire, et de l'opposition des internautes et des acteurs de l'industrie, respectivement destinataires et vecteurs de cette communication (I), la question de savoir si cette pratique est assimilable au spam (et par là même interdite sauf consentement préalable de son destinataire) est posée aux juridictions en l'absence de législation spécifique. Le juge américain et le juge allemand prennent position contre, il est vrai sans répondre à la question de la qualification. En Belgique, le législateur convaincu de l'opportunité de légiférer propose un amendement à la loi en vigueur en vue d'assimiler le Pop Up au spam (II).

I. REACTION HOSTILE DE L'INDUSTRIE

C'est pour répondre au mécontentement des internautes frustrés par l'intrusion quasi systématique de Pop Up dans leur navigation Internet³⁷ que l'industrie (il est vrai après avoir longuement tergiversé redoutant la perte des revenus qui en résulterait inévitablement) a pris des dispositions visant à limiter puis à interdire la pratique des Pop Up.

Les actions des acteurs de l'industrie de l'Internet sont prises individuellement (1) mais aussi de façon concertée au travers d'organismes professionnels, et notamment de l'IAB (2).

A. Actions individuelles

1. Le mouvement hostile aux Pop Up débute aux Etats-Unis

Le mouvement tendant à limiter puis à interdire les Pop Up a débuté aux Etats-Unis, où pourtant seuls 9,2% des annonceurs ont recours au format Pop Up qui représente 7,4% du marché de la publicité en ligne en 2003 (chiffre il est vrai en progression de plus de 100% depuis 2002 où il représentait 2% de ce marché, soit 11,3 milliards de Pop Up et Pop Under)³⁸, et ce alors même que les principaux supports des Pop Up sont les sites communautaires³⁹.

³⁷ Ainsi, une étude interne effectuée par l'éditeur américain Microsoft montre que les offres omniprésentes qui apparaissent quand on accède à certains portails exaspèrent de plus en plus les internautes. Pour 53.2% des cyberacheteurs selon un sondage en ligne effectué par le Journal du Net, il s'agit de la principale frustration quand ils visitent un site marchand ; cf. « Microsoft veut interdire les pop up sur ses sites MSN, Libération, 13/02/04 ; « Les cyber-acheteurs allergiques aux pop-up », JDuNet, Rédaction, 13/11/02 ; « Comment éviter les pop-up indésirables », 01 Net, Stéphane Darget, 25/09/2002 ; « Les outils pour éliminer les « pop-up » », ZDNet, Guide logithèque.

³⁸ Lettre du E Marketing se reportant à l'étude de Nielsen NetRatings de janvier à juillet 2002, <http://www.lettredumarketing.com/2002091008.shtml>, 26/03/2004 ; « Pop Up : le retour de flammes », Florence Santrot, JduNet, 01/10/2002 ; « Etats-Unis : 11,3 milliards de pop-up et de pop-under », Florence Santrot, JDuNet, 10/09/2002 ; « Pop-Up : les sites qui les utilisent encore », Florence Santrot, JDuNet, 22/12/2003 ; « L'offensive anti-pop-up prend de l'ampleur », Florence Santrot, JduNet 16/02/2004

Dès le début de l'année 2002, les sites MSNBC, USA Today, Yahoo et la plupart des sites B to B mettent en place des mesures en vue de limiter le volume d'affichages des messages Pop Up (l'éditeur CBS SportsLine décide quant à lui d'intervenir sur le temps d'affichage de ces fenêtres). Mais c'est le portail féminin américain iVillage, répondant au souhait de plus de 90% de ses lectrices qui se déclarent frustrées par l'affichage des fenêtres Pop Up, qui a décidé le premier de tout simplement supprimer la vente de Pop Up sur son site à compter du troisième trimestre 2002.

Quant aux moteurs de recherche, Google s'est toujours opposé au Pop Up et Yahoo sur ses traces lance fin 2003 un outil anti-Pop-Up pour sa barre outil Yahoo Compagnon.

Les fournisseurs d'accès Terra-Lycos, Earthlink et AOL suivent également ce mouvement. Ainsi, AOL annonce au mois d'octobre 2002 qu'elle ne diffusera plus les Pop-Up d'annonceurs tiers dans ses pages (soit pas moins de la moitié des Pop Up affichés et un manque à gagner de 30 millions de dollars) et limitera ceux consacrés à ses propres services. Il est vrai que AOL réagissait à l'annonce faite par son concurrent MSN de limiter l'affichage de Pop Up à une seule publicité par période de 24 heures !

Fin décembre 2002, Netscape, désormais propriété de AOL, va plus loin en annonçant la commercialisation d'une nouvelle version de son navigateur qui permet le filtrage des Pop Up (il est vrai partiel aux Etats-Unis, la moitié des sites non bloqués appartenant à AOL ; mais total en France).

Le FAI américain, Earthlink surenchérit peu après en mettant à la disposition de ses abonnés un logiciel qui bloque tous les Pop Up durant la navigation quelle qu'en soit la source⁴⁰.

Après Mozilla, Opera, Safari, c'est au tour de MSN d'annoncer fin 2003 que la nouvelle version de son navigateur Internet Explorer qui sera commercialisé au premier semestre 2004 comprendra une option⁴¹ bloquant les Pop Up quelque soit le site visité.

Par ailleurs, MSN, (qui se présente comme le groupe de portails les plus fréquentés au monde avec 350 millions de visiteurs) interdit purement et simplement fin 2003 ce type de format et interdit les Pop Up et Pop Under de tous ses sites aux Etats-Unis. C'est cette mesure qui marque la fin annoncée de ce format de publicité en ligne. En effet, la version antérieure d'Internet Explorer est utilisé par une large majorité d'internautes (66.3% aux Etats-Unis

³⁹ Avec les annuaires thématiques et les sites de jeu (les sites marchands, les grands portails et les moteurs de recherche sont restés plus prudents) ; cf. « Etats-Unis : 11,3 milliards de pop-up et de pop-under », JDuNet, 10/09/2002, Florence Santrot

⁴⁰ Actualités JduNet 21/08/2002 ; « AOL bannit le pop-up de son offre publicitaire », Florence Santrot, JduNet 17/10/2002 ; « Netscape ferme la fenêtre aux pop-up », Philippe Crouzillacq, JduNet, 13/12/2002 ; « Le nouveau Netscape, arme (partiellement) anti-pop-up », JduNet, Rédaction, 16/12/2002

⁴¹ Il est vrai que le document descriptif indique que cette option sera inactive par défaut limitant de facto son impact

selon One Stat) avec seulement 20% d'entre eux aux Etats-Unis qui ont installé des logiciels anti-Pop-Up selon Jupiter Research⁴².

2. Pour se poursuivre en Europe

En Europe, où les sites sont pourtant les principaux supports de ce format, les acteurs de l'Internet n'ont pris des mesures visant à limiter ou interdire les Pop Up qu'après leurs homologues américains.

Ainsi, AOL France, au lendemain de l'annonce de son homologue américain en octobre 2002, déclarait ne pas avoir prévu une limitation des Pop Up, ce format n'étant pas considéré comme intrusif en France.

Ce n'est qu'en mars 2004 que MSN annonce qu'elle ne vendra plus le format de publicité Pop Up et Pop Under aux annonceurs en France après déclaré en février 2004 arrêter cette commercialisation en Angleterre, dans les pays nordiques, la Belgique puis le reste du monde.⁴³

B. Action concertée au travers de l'IAB

L'IAB (Interactive Advertising Bureau) est un groupement professionnel international composé des régies publicitaires dont la mission est de connaître, organiser et mesurer l'efficacité de la communication interactive. Ainsi, il est chargé d'élaborer des lignes directrices et standard en vue de réguler la publicité sur Internet (sorte de guide de bonne conduite de l'utilisation des nouvelles technologies).

Concernant les Pop Up, le bureau britannique de l'IAB a déclaré en juillet 2002 souhaiter établir des lignes directrices destinées à limiter le nombre des fenêtres qui s'imposent à l'écran de chaque internaute pendant un temps déterminé⁴⁴.

Quelques mois plus tard en novembre 2002, le bureau français de l'IAB⁴⁵, a publié ses dernières recommandations sur les standard publicitaires. Dans cette version, qui comprend en plus des cinq formats déjà existant (publiés en novembre 2001) sept nouveaux formats

⁴² www.News.tfi.fr 13/11/2003 ; « New IE may burst pop-up bubble », précitée; « Microsoft veut interdire les pop-ups sur ses sites MSN » Libération, 13 février 2004

⁴³ « MSN ne diffuse plus de Pop-Up ni de Pop-Under en France. La régie publicitaire privilégie les formats standards définis par l'IAB et l'EIAA et propose également des formats créatifs spécifiques (flash transparents, video ...) pour mener des campagnes d'image ou de marketing direct. », communiqué de presse : <http://mediacentre.msn.fr/flattened/7C4EEFB2-2B9E-45CC-A72D-5FE3B7D33BDF.asp>; « Microsoft veut interdire les pop up sur ses sites MSN, Libération, 13/02/04 ; « MSN to swat pop-ups in Europe », News.com, 13/02/04 ; « L'offensive anti-pop-up prend de l'ampleur », JDuNet, Florence Santrot, 16/02/04 ; « Grégory Salinger : Pourquoi nous supprimons les pop-up », JDuNet, Florence Santrot, 19/02/04 ; « Publicité en ligne : Bientôt la fin des pop-up ? Après la Google Toolbar, ce devrait être au tour d'Internet Explorer de bloquer l'affichage des pop-up. Les annonceurs réfléchissent aux alternatives. » Le 08/12/2003 à 11:32 Jérôme Bouteiller

⁴⁴ « Formats de l'e-Pub : le point de vue de Christophe Dané (Outrider et IA) », Florence Santrot, JDuNet, 05/12/2001 ; News, Forum de Droit de l'Internet, semaine du 18/07/2002

⁴⁵ www.iabfrance.com

dont le Pop Up⁴⁶, l'IAB préconise pour chacun de ces formats que soit respecté un certain nombre de règles d'utilisation. Ainsi, pour le Pop Up, l'IAB recommande que le site support détermine et impose ses contraintes en termes de taille et de capping pour éviter qu'il ne gêne la navigation de l'internaute.⁴⁷

Cependant le résultat des travaux de l'IAB n'a pas force obligatoire. C'est donc au juge et au législateur que revient la tâche d'établir et de mettre en œuvre les règles en vertu desquelles le Pop Up pourra être utilisé.

II. REPONSES DU JUGE ET DU LÉGISLATEUR

Dans certains pays, le juge ou le législateur, suivant le mouvement de l'industrie, ont pris position réglementant et de fait réduisant l'utilisation du Pop Up.

A. Réponses apportées par le juge en Allemagne et aux Etats-Unis

Les juges de ces deux pays ont rendu des décisions visant à interdire la pratique des Pop Up sur différents fondements.

1. Sanction sur le fondement de l'atteinte à la concurrence par le juge allemand

Le juge allemand s'est tout d'abord intéressé à la pratique du SMS (messages écrits envoyés sur un téléphone portable) publicitaires non sollicités et a interdit cette pratique qu'il a assimilé au spam dans une décision du Tribunal de Berlin du 14 janvier 2003 se fondant il est vrai sur l'atteinte à la vie privée⁴⁸. Cette décision est conforme à la position adoptée par le législateur européen qui avait lui aussi identifié les risques résultant de la prospection par SMS et interdit celle-ci lorsque son destinataire n'a pas donné son consentement préalable⁴⁹.

⁴⁶ C'est en février 2001 que l'IAB américain a adopté le Pop Up comme nouveau format publicitaire : « Etats-Unis : l'Internet Advertising Bureau adopte de nouveaux formats publicitaires », Rédaction JDNet 27/02/2001

⁴⁷ « La grande révolution des formats publicitaires », Florence Santrot, JDNet 05/12/2001 ; « e-Pub : IAB France standardise sept nouveaux formats » Florence Santrot, JDNet, 15/11/2002 (extraits : « Pop up : Les coordonnées définissant la position horizontale et verticale du pop under devront être spécifiées par le support hébergeur. Le comptage du nombre d'affichages des objets publicitaires doit s'opérer à partir de la diffusion du fichier graphique. Valable pour les sept nouveaux formats : Recommandation de mettre un capping quelle que soit sa nature : session / jours / période (durée de la campagne). Il est recommandé à chaque régie/support d'indiquer clairement la nature du capping utilisé. ») ; « Les formats de la pub en ligne », JDNet, 30/10/2003 (pop up 250X250 ; poids limité à 15Ko ; durée pas de limite)

⁴⁸ « Allemagne : extension de l'interdiction du spamming à l'envoi de messages publicitaires par SMS », Lettre d'information Webconseil du 13/05/03

⁴⁹ L'article 13 de la directive 2002/58/CE Vie Privée et Communications Electroniques précitée (qui devrait entrer en vigueur dans les états membres à partir du 31 octobre 2003) renforce les règles applicables en matière d'appels téléphoniques et du courrier non sollicités adressés aux consommateurs.

Extrait de la Question écrite E-2344/02 : « En vertu de cette directive, adoptée dans le cadre de la procédure de codécision, le courrier électronique et les **messages courts (SMS)** adressés à des personnes physiques à des fins de prospection directe ne seront autorisés qu'avec le consentement préalable de l'utilisateur (système opt-in), sauf lorsqu'ils sont envoyés dans le cadre d'une relation existante et ce uniquement pour des produits analogues (voir article 13 de la directive) (...) »

Quelques mois plus tard, le tribunal régional de Düsseldorf a interdit la pratique du Pop Up publicitaire lorsqu'il n'est pas autorisé au préalable par son destinataire. Ainsi, aux termes d'une décision en date du 26 mars 2003, il a jugé que cette pratique est comparable au spam (les fenêtres s'imposant aux internautes sans leur accord) se fondant pour conclure de la sorte sur le droit de la concurrence. Pour ce tribunal il s'agit en effet d'une pratique immorale et constitutive d'une atteinte à la concurrence favorisant les entreprises qui utilisent cette pratique au détriment de celles qui s'obligent à obtenir l'accord de l'internaute avant tout envoi de publicité.⁵⁰

2. Sanction pour violation de copyright par le Tribunal Fédéral de Virginie

En 2002, dix-huit états américains avaient déjà adopté des législations visant à interdire la pratique du spam. Ainsi, les états de Washington en mars 1998, de Californie en septembre 1998 et du Nevada en 1999 prohibent et sanctionnent de peines lourdes les auteurs de courriers électroniques à caractère commercial non sollicités (jusqu'à \$58 par mail envoyé avec un maximum de 1 million d'euros en Californie).

Au niveau fédéral, le Congrès a proposé l'adoption d'une loi dont le premier projet a été voté par le Sénat en mai 2002 qui prévoit notamment un renforcement des pouvoirs de la Federal Trade Commission (FTC). Ainsi, celle-ci pourra condamner les entreprises fautives d'amendes de \$10 par mail envoyé avec un maximum de \$500 000⁵¹.

C'est pour échapper à ces législations sur le spam que les publicitaires peu scrupuleux se sont résolument tournés vers le Pop Up⁵². Mais c'est sans compter sur la vigilance des tribunaux et de la FTC !

a) Consécration : Les éditeurs de presse en ligne contre Gator⁵³

La société californienne de marketing Gator Corp. a développé un logiciel qui gère les mots de passe et les identifiants des internautes et qu'elle distribue accompagné d'un espioniciel, « Offer Companion ».

⁵⁰ « Les fenêtres pop-up publicitaires s'apparentent au spam », Cathie-Rosalie Netzer-Joly, 13/05/2003, NJuris.com ; « Allemagne : Les Pop-ups spammers », Lettre d'information Webconseil du 17/06/2003

⁵¹ « Le spamming », Droit-tic.com, 28/05/2002 ; Question écrite E-1997/03 du 16 juin 2003 et Réponse commune de la Commission du 24 juillet 2003, JO 2004/C51 E/178

⁵² « Les fenêtres pop-up, nouvelle arme des spammers », Christophe Lagane, SVM, 26 septembre 2003

⁵³ « Gator change de nom... mais continue de vous espionner », Jérôme Saiz, LesNouvelles.net, 01/11/2003 ; « Gator Corp. change de nom pour changer d'image », Stefanie Olsen, CENT News.com, 30/10/2003 ; « Claria, la nouvelle couverture des espions de Gator », Ludovic Nachury, 01Net, 30/10/2003 ; « Pop-ups sauvages : Gator perd un premier round », JduNet, 22/07/2003 ; « Documentation of Gator Advertisements and Targeting », Benjamin Edelman, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School, 07/07/2003 ; « Publicités parasites : Gator évite son premier procès », Florence Santrot, ZDNet, 11/02/2003 ; « Are Pop-Up Advertisements in the Web Illegal », Doug Isenberg, GigaLaw.com, 08/2002 ; « Gator, la pop-up de la discorde », Forum du Net, 15/07/2002 ; « Le « spyware » de Gator en quarantaine jusqu'au procès », Stefanie Olsen, CNET News.com, 15/07/2002 ; « Le « spyware » de Gator n'en finit pas d'attirer les critiques », Esetelle Dumout, ZDNet, 05/07/2002 ; « Les pop-up de Gator », actualités UZine3, 02/07/2002 ; « Gator passe entre les gouttes judiciaires pour l'instant », Florence Santrot, JduNet, 13/02/2003 ; « Etats-Unis : les sites d'information s'allient contre Gator », JduNet, 02/07/2002

Cet espioniciel, le plus souvent installé à l'insu des internautes lors du téléchargement de systèmes gratuits d'échanges de fichiers tels que Grokster, Audiogalaxy et Gozilla, est d'autant plus difficile à détecter qu'il est associé à un autre programme développé par Gator (Trickler) dont l'objet est de télécharger le module espion le plus discrètement possible sur la machine de l'internaute. Ce programme aurait été téléchargé 17 millions de fois et compterait plus 38 millions d'ordinateurs reliés à son réseau d'affichage et 500 annonceurs clients !

Ainsi, la société DietWatch.com avait utilisé le spyware de Gator afin d'afficher des Pop Up faisant la promotion de son site sur le site de son concurrent, WeightWatchers.com. Mais le 11 juin 2002, le tribunal d'Oregon, saisi début 2002 par WeightWatchers.com, a ordonné à DietWatch.com de cesser de telles pratiques.

Le mois suivant, c'est au tour de seize éditeurs de presse américains présent sur Internet (parmi lesquels New York Times, USA Today, Wall Street Journal et Washington Post) d'assigner Gator devant le Eastern District Court of Virginia (le tribunal fédéral d'Alexandria en Virginie) pour violation de leur copyright (l'apparition de la fenêtre Pop Up porterait atteinte à leur droit de représentation, l'œuvre n'étant plus présentée au public dans les conditions prévues, et leur ferait perdre la maîtrise exclusive sur leur contenu), parasitisme de leur contenu ayant pour effet de les priver de revenus publicitaires (le prix des publicités vendues par Gator étant inférieur aux prix des régies officielles) et vente sans autorisation de l'espace publicitaire de leurs sites.

Le 12 juillet 2002, le juge fédéral recevait la demande des éditeurs et enjoignait à Gator de cesser de diffuser ces publicités non autorisées sur leurs sites jusqu'à ce que soit rendue la décision au fond. Par ailleurs, il invitait Gator à développer une technologie d'affichage publicitaire qui permettrait d'afficher l'élément publicitaire sans superposition et de revenir sur le site visité.

Cette procédure s'est terminée le 7 février 2003 par la conclusion d'un compromis dont les termes n'ont pas été publiés.

Mais Gator n'en a pas terminé avec ces démêlés judiciaires des actions similaires ayant été initiées en novembre 2002 par la chaîne d'hôtels Six Continents et Intercontinental⁵⁴, par le groupe de messagerie UPS, le groupe de grande distribution LLBean, et la chaîne hôtelière Extended Stay America. Afin de tenter de trouver une solution globale à ces différents litiges, Gator a saisi le Judicial Panel on Multi-district Litigation.

C'est dans un souci de restaurer son image ternie que Gator a changé de nom en octobre 2003 pour s'appeler désormais Claria Corp. (son logiciel espion conserve cependant le nom Gator, investissement marketing oblige !) et qu'elle a quelque peu assaini ses pratiques notamment en informant désormais les internautes de l'installation de son programme (il est vrai que cette information est fondue au milieu de conditions générales d'utilisation de logiciel...).

b) Revirement : U-Haul International contre When-U⁵⁵

⁵⁴ Cette société soutient que le Pop Up de Gator créé une confusion dans l'esprit des internautes qui pourraient penser que ces messages intrusifs sont diffusés par les sites eux-mêmes

⁵⁵ « Publicités parasites : victoire judiciaire pour les éditeurs de « spyware » », Estelle Dumout, ZDNet, 08/09/2003 ; « Pop-Ups : cachez cette fenêtre que je ne saurais voir », Forum Droit du Net, 07/07/2003

Dans cette affaire, le juge fédéral d'Alexandrie en Virginie pourtant saisi des mêmes chefs de demande que dans l'affaire Gator renverse la jurisprudence Gator de son propre tribunal qui interdisait la diffusion de Pop Up (cf. supra).

En effet, ce magistrat a jugé que l'espionnage du défendeur, la société de marketing When-U, qui affichait des Pop Up contenant de la publicité de concurrents sur les sites du demandeur, la société U-Haul, ne violait ni sa marque ni son copyright, et ce au motif que les internautes avaient volontairement invité les Pop Up à s'afficher en téléchargeant en connaissance de cause l'espionnage de When-U.

Reste à savoir si cette décision sera confirmée au fond et si la jurisprudence à intervenir sera suivie par les tribunaux qui ont été saisis d'autres affaires à l'encontre de When-U (cette société a été assignée par Overstock.com, Wells Fargo et 1-800-contacts.com).

3. Sanction pour pratiques déloyales ou trompeuses par le Tribunal Fédéral de Baltimore : la FTC contre D Squared Solutions⁵⁶

Cette société californienne, éditrice de logiciels, profite de la fonctionnalité de système Microsoft Windows « Messenger Service » (qui a été conçue par les administrateurs réseaux pour envoyer des messages à leurs utilisateurs) pour envoyer de nombreux Pop Up publicitaires aux utilisateurs de ce système à travers les Etats-Unis.

Ces messages s'affichent toutes les 10 à 30 minutes pendant une session donnée dès lors que les utilisateurs sont simplement connectés sur le réseau (sans nécessairement naviguer sur Internet) et utilisent par exemple leur logiciel de traitement de texte, de tableur ou de gestion de budget. Cette pratique est aussi connue sous le nom de « Messenger Service spam » ou « Pop Up spam ».

Comble de l'ironie, D Squared n'hésite pas à proposer aux utilisateurs dans la plupart de ces messages de visiter un de ses sites web où ils peuvent acheter son logiciel qui désactive la fonctionnalité du système Windows qui permet cette intrusion (et ainsi faire cesser ces envois) pour une somme modique de 25 à 30 dollars, et ce alors même que cette manipulation est relativement simple et de surcroît gratuite !

Le Ministère du commerce américain (la FTC) a été alerté par ces pratiques et a engagé des poursuites à l'encontre de D Squared devant le tribunal fédéral américain de l'état du Baltimore le 30 octobre 2003. Elle reproche à D Squared ces pratiques au motif qu'elles sont déloyales ou trompeuses et qu'elles causent aux consommateurs un préjudice résultant de perte de productivité, perte de données, interruption de leur ordinateur, frustration et agacement, et dépenses subséquentes d'achat de logiciels anti-Pop-Up et de pare-feu.

⁵⁶ « Extorsion par la Pop-up », news.tf1.fr, 10/11/2003 ; « FTC Files Complaint Against Company Exploiting Microsoft Messenger to Display pop Up Ads », Techlawjournal.com, 11/2003 ; « Pop up dans le collimateur de Microsoft », Vie du net, 07/11/2003 ; « Les pop-ups publicitaires devant la justice américaine », Elinor Abreu, Libération, 11/12/2003 ; « (Mise à jour) Microsoft bâillonnera Messenger pour lutter contre le spam », Guillaume Cugier, 01net, 29/10/2003

Donnant raison à la FTC, la Cour a enjoint la société D Squared de cesser son utilisation du dispositif Windows pour envoyer des Pop Up et de cesser de vendre ou d'accorder des licences sur des produits qui exploitent Messenger Service, et ce jusqu'à ce que soit rendue la décision au fond.

En réponse à ce problème, Microsoft a tout d'abord naturellement recommandé à ses utilisateurs de désactiver manuellement la fonctionnalité Messenger Service, puis en novembre 2003, elle a annoncé que dans la prochaine version de Windows XP commercialisée au premier semestre 2004 la fonctionnalité Messenger Service sera désactivée par défaut (et que le pare-feu qui s'applique à la connexion Internet sera réglé en mode actif).

Les Belges vont encore plus loin et proposent de modifier leur législation pour soumettre les Pop Up au même régime que le spam.

B. Proposition de législation spécifique : Vers un élargissement du champ d'application de l' « opt in » en Belgique

En octobre 2003, une proposition parlementaire a été déposée visant à élargir le champ d'application de l' « opt-out » prévu à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société d'information transposant la directive européenne sur Vie privée et Communications Electroniques du 12 juillet 2002. Pour ce faire, la définition de « courrier électronique » sera remplacée par celle de « communication »⁵⁷ afin d'inclure tous les communications non sollicités se présentant sous forme de fenêtres publicitaires.

Ainsi, le terme « communication » comprendra « toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d'un service de communication électronique accessible au public, quelle que soit sa forme et quelles que soient les modalités par lesquelles elle parvient à son destinataire. »

La Belgique ouvre-t-elle la voie aux autres états membres de la communauté européenne vers une interdiction du Pop Up sauf autorisation préalable de son destinataire ?

Il ne fait nul doute que la question de la qualification et du régime applicable aux Pop Up devra être examinée et faire l'objet d'une réponse circonstanciée par chacun des autres états membres ainsi que par les pays où ce format publicitaire s'est développé de façon incontrôlée au détriment des internautes. Ce débat devra porter sur tous les formats de publicité en ligne et non seulement sur le Pop Up.

⁵⁷ « Les pop up bientôt hors-la-loi en Belgique ? Une proposition de loi a été déposée en ce sens », Etienne Wery, <http://www.droit-technologie.org>, 27/10/2003,

CONCLUSION

Au vu de l'hostilité affichée des internautes et des mesures subséquentes déjà prises et encore à venir en vue de limiter ou d'interdire le Pop Up, les acteurs de la publicité sur Internet se sont vu contraint de réfléchir à « l'Après Pop Up » en redéfinissant l'ensemble de l'offre publicitaire et en recherchant de nouveaux formats mieux acceptés des internautes. Les régies publicitaires Internet doivent donc trouver le juste équilibre entre satisfaction des internautes et efficacité commerciale⁵⁸.

Mais ces nouveaux formats risquent d'être plus intrusifs que leurs prédécesseurs à moins que les associations de régulation n'interviennent énergiquement et en amont.

Ainsi, les nouveaux formats « enrichis » des bannières multimédia et interactives à l'étude chez DoubleClick et son concurrent, RealMedia, s'affichent en surimpression d'une page et empêche la navigation pendant 10 secondes tout en permettant de contourner les outils de blocage des Pop Up ! Et que penser du Spim qui a fait son apparition récemment, Pop Up qui a la particularité de s'immiscer dans les chats des utilisateurs de messagerie instantanée utilisant aussi bien les logiciels AIM, MSN que Yahoo Messenger⁵⁹ ?

L'IAB s'est investie de la mission de définir ces nouveaux formats de publicité en ligne aux côtés d'AOL pour qui ces formats devront être « plus contextuels (...) c'est-à-dire plus proches des centres d'intérêts de ses membres »⁶⁰. Qu'entend AOL par cette déclaration ? Il ne peut en tout cas être question d'élaborer des profils d'internautes...

Il est grand temps pour le législateur de prendre la mesure de l'importance des enjeux de la publicité en ligne pour les acteurs de cette industrie et de leur volonté de développement dans un environnement juridique où si peu les limite. Les risques d'atteinte au respect de la vie privée des internautes et de violation des dispositions trop générales de la publicité vont croissant, de même que les répercussions inéluctablement néfastes sur la croissance tant recherchée de l'économie numérique. Ce faisant, il ne pourra que conclure que de nouvelles dispositions législatives doivent être élaborées réglementant et s'imposant à tous formats de publicité en ligne.

⁵⁸ « Publicité en ligne : Bientôt la fin des pop-up ? Après la Google Toolbar, ce devrait être au tour d'Internet Explorer de bloquer l'affichage des pop-up. Les annonceurs réfléchissent aux alternatives. », Jérôme Bouteiller, neteconomie.com, 08/12/2003 ; « Pourquoi nous supprimons les pop-up », précité ; « L'offensive anti-pop-up » précité

⁵⁹ « Après le spam, le spim ! », Brèves LegalBizNext, 05/03/04.

⁶⁰ « AOL bannit les Pop Up publicitaires », Florence Santrot, JDuNet, 17/10/2002 ; « Netscape ferme la fenêtre aux pop up », Philippe Crouzillacq, 01net, 13/ 12/ 2002