

PUBLICITÉ SUR INTERNET

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR



PUBLICITÉ SUR INTERNET

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR



*Je tiens tout d'abord
à remercier
Maître Versie pour
sa patience,
sa disponibilité et surtout
ses judicieux conseils qui
ont contribué à alimenter
ma réflexion.*

*Je remercie également
toutes les personnes qui
m'ont soutenue et aidée
dans la rédaction de
ce travail.*

PLAN

Introduction

Partie I: La publicité sur Internet

Chapitre 1: La législation en vigueur

- 1.Législation européenne
- 2.Législation belge – Le Code de droit économique

Chapitre 2: Les formes de publicités sur Internet

- 1.Le web
- 2.Le courrier électronique et le spamming

Chapitre 3: La place de Google dans le cadre publicitaire

- 1.Les AdWords
- 2.La lutte contre les classements sur Internet

Partie II: Les données à caractère personnel

Chapitre 1: La collecte des données personnelles à des fins de publicité comportementale

- 1.Législation européenne
- 2.Législation belge

Chapitre 2: Les cookies et la publicité comportementale

- 1.La notion de cookies
- 2.Le régime juridique applicable

Chapitre 3: Cas pratique Facebook

1. Le traçage au moyen de modules sociaux
2. Analyse juridique loi protection de la vie privée
3. Rôle de Facebook Inc., de Facebook Ireland Limited et de la sprl Facebook Belgium
4. Droit applicable et compétence de la Commission vie privée belge

Partie III: Les recours

Chapitre 1: Action civile

1. Recours judiciaire
2. Recours non judiciaire- Instances compétentes

Chapitre 2: Action pénale - Cas du spamming

1. Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

Annexes

INTRODUCTION

La publicité n'est pas un nouveau concept. En effet, depuis des décennies, les commerçants utilisent les différents médias dans l'objectif de promouvoir leurs biens et services dans l'optique de vente de ceux-ci. Même si la publicité n'en est pas à ses débuts, les moyens mis en œuvre pour la créer évoluent sans cesse, surtout à l'aide des nouvelles technologies de communication. La plus populaire du moment est Internet, qui est devenu, depuis quelques années, le nouveau lieu dans lequel la publicité a investi de nombreux recoins.

Internet se distingue de plusieurs manières des autres médias connus comme la radio, la télévision, la presse, les affiches, etc.

Tout d'abord, il constitue le moyen de communication véhiculant la plus grande quantité d'informations. En effet, à l'inverse des médias publicitaires classiques pour lesquels il n'est pas possible de transmettre des informations commerciales à un coût correct, une page web peut, quant à elle, posséder un énorme contenu informatif, actualisable à tout moment.

Ensuite, l'interactivité de l'Internet permet d'inciter l'intervention de l'internaute. La publicité sur le web n'est plus un média à sens unique, ce qui, dans une certaine mesure, lui retire son caractère intrusif.

Enfin, Internet est un média de masse, tout en ayant un caractère individualisé car le réseau facilite l'accès en même temps à l'ensemble des utilisateurs et à la collecte des données personnelles des internautes, ce qui va en permettre le groupement dans des bases de données pour ensuite personnaliser la publicité qui s'affiche à l'écran de nos ordinateurs, en fonction de notre profil.

La publicité sur Internet peut prendre des formes très diverses: la bannière, le message interstitiel, l'hyperlien, le courrier électronique, etc. La publicité sur Internet s'intègre dans un cadre juridique précis. Pour autant, la nature d'Internet n'a pas eu effet de soustraire cette activité aux différentes législations qui visent à réglementer la publicité et à limiter ses effets indésirables.

L'arrivée d'Internet a cependant créé un espace sans frontières matérielles, rendant complexe l'application de nos législations nationales. Les enjeux d'Internet vont être divers.

Certains seront relatifs à la concurrence entre opérateurs économiques et d'autres relatifs à lutte des classements des moteurs de recherche et l'exploitation des données personnelles par ceux-ci, voire plus encore. Le moteur de recherche et les réseaux sociaux reposent sur la collecte massive de données personnelles des internautes, en ce incluses des données de navigation, souvent prises à leur insu, par le biais des techniques modernes de collecte de données comme les cookies. Les services gratuits de Google ou Facebook, par exemple, reçoivent des financements par le biais de publicités:

"Le gratuit se paie par la publicité des annonceurs, il se monnaie aussi avec les "unités de vie privée" que les consommateurs vendent aux annonceurs ".¹

¹STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011. p. 21.

PARTIE I

LES PUBLICITÉS SUR INTERNET



Chapitre 1: La législation en vigueur

1. LÉGISLATION EUROPÉENNE

1.1. *La publicité dans un contexte général*

La Directive relative à la publicité trompeuse et la publicité comparative² définit la publicité comme: "*toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir les droits et les obligations*".³ Cette Directive définit la publicité dans un contexte général.

Le livre vert de la Commission européenne⁴ de 1996 parle, quant à lui, de "*communication commerciale*", définie comme "*toutes les formes de publicité de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services*".⁵

Les deux textes n'accordant pas d'intérêt aux supports utilisés, on considère alors que le support possède une portée générale, c'est-à-dire que celui-ci porte également sur la publicité sur Internet.

² Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

³ Article 2, §.1 de la Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

⁴ "*Les livres verts publiés par la Commission européenne offrent un éventail d'idées dans le but de lancer, à l'échelle européenne, une consultation et un débat sur une thématique précise. Les parties, organisations et individus intéressés par le sujet, sont invitées à exprimer par écrit leur avis sur les propositions émises, avant une date limite. Le but de la Commission est généralement d'initier un débat sur un thème pas encore abordé par les politiques européennes*". DARMON, Laetitia. *Livre vert, livre blanc* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.europeplusnet.com/article529.html>> (consulté le 15 avril 2015)

⁵ Livre vert de la Commission. *Les communications commerciales dans le marché intérieur* [en ligne] COM(96) 192, 1996. Disponible sur: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0192:FIN:FR:PDF>> (consulté le 16 avril 2015)

1.2. *La publicité dans le contexte de la société d'information*

1.2.1. *Champs d'application de la Directive sur le commerce électronique*

La Directive sur le commerce électronique⁶ est consacrée aux "*services de la société de l'information*", la Directive ne parle pas de publicité mais de communication commerciale qu'elle définit dans le contexte particulier du commerce électronique.

Le considérant 17 de la Directive sur le commerce électronique décrit: "*les services de la société de l'information*" comme "*tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de service (...)*". Il vise presque la totalité des services en ligne actuellement connus, de plus le considérant 18 rajoute qu'il "*(...) s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données*".⁷

1.2.2. *La communication commerciale*

La Directive sur le commerce électronique définit la communication commerciale comme "*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale*".⁸

Cependant, le même article insère d'importantes limitations:

"Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales:

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Article 2, 1^{er} alinéa, (f) de la 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

- *les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, l'organisation ou la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique;*
- *les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne élaborée d'une indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière".⁹*

La Directive sur le commerce électronique¹⁰ apporte une définition plus large de celle inscrite dans la Directive relative à la publicité trompeuse. C'est-à-dire qu'au-delà du concept de biens et services décrit dans les deux textes, la Directive sur le commerce électronique vise également la promotion "*de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel*".¹¹

Le législateur européen voulait insister principalement sur les conséquences liées à la qualification de communication commerciale qui entraîne l'application de toute une série d'obligations prévue par la Directive sur le commerce électronique mais la notion de communication commerciale n'est pas plus large de celle de la publicité donnée par d'autres Directives.

Si le message n'est pas une communication commerciale au sens de la Directive, qu'il n'est pas considéré comme une information promotionnelle ou ne s'inscrit pas dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale, ce message sera considéré comme de la simple information. La Directive précise que les obligations inscrites dans la disposition coexistent avec les autres obligations contenues dans les autres Directives communautaires, comme par exemple la Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative.

⁹Article 2, 1^{er} alinéa, f) de la 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.

¹⁰Ibid.

¹¹ Ibid.

2. LÉGISLATION BELGE – LE CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

En 2013, le législateur a décidé de rassembler la réglementation économique dans un Code unique que l'on dénomme le Code de droit économique¹². Ce nouveau Code est divisé en 18 Livres. Les parties qui nous intéressent dans le cadre de ce travail seront:

- Le Livre I: Définition; inséré par la loi du 28 février 2013¹³;
- Le Livre VI: Pratiques du marché et protection du consommateur, inséré par loi du 21 décembre 2013¹⁴;
- Le Livre XII: Droit de l'économie électronique; inséré par la loi du 15 décembre 2013¹⁵;
- Le Livre XIV: Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux professions libérales; inséré par la loi du 15 mai 2014¹⁶.

2.1. *Qu'entend-t-on par consommateur et publicité ?*

2.1.1. La publicité

L'article I. 18, 6° du Code de droit économique définit la publicité comme "*toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée*".¹⁷

Le texte n'accordant pas intérêt aux supports utilisés, on considère alors que le support possède une portée générale c'est-à-dire qu'il porte également sur la publicité sur Internet.

¹² Afin de faciliter la lecture, l'abréviation "C.D.E." sera utilisée dans le reste du texte.

¹³ Loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique

¹⁴ Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI "*Pratiques du marché et protection du consommateur*" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique.

¹⁵ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, "*Droit de l'économie électronique*" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique.

¹⁶Loi du 15 mai 2014 portant insertion dans le livre XVII du Code de droit économique des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution en ce qui concerne les personnes exerçant une profession libérale.

¹⁷ Article I. 18, 6° du Code de droit économique.

N'est toutefois pas considéré comme de la publicité, les informations menant l'accès direct à l'activité de l'annonceur, par exemple un nom de domaine, une adresse de courrier électronique ou une adresse Internet mais également les communications qui sont élaborées d'une manière indépendante, sans contrepartie financière. C'est pourquoi le seul fait de détenir un site Internet ou de donner des informations qui ne constitueraient pas de la promotion ne pourrait pas être considéré comme de la publicité. A contrario, certaines techniques de marketing en ligne peuvent être qualifiées comme publicité: bannières, messages interstitiels, fenêtres pop-up, courrier électronique, marketing viral, hyperliens (avec contrepartie financière), les métatags insérés dans les codes sources de certaines pages web.

Cependant, pour le consommateur, la limite entre la notion d'information et de publicité reste assez floue, en effet certains contenus de site Internet pourraient être considérés comme de la promotion indirecte d'une entreprise ou organisation qui y présente son domaine d'activité.

La Cour de Justice de l'Union européenne a apporté un éclairage dans un arrêt du 5 mai 2011: "*le trait caractéristique essentiel de la publicité et l'élément déterminant pour distinguer la publicité de la simple information est la finalité du message*".¹⁸ Il faut donc se poser la question si l'information diffusée possède une finalité publicitaire ou promotionnelle.

La Cour de Justice de l'Union européenne a rendu à ce propos un arrêt sur la réglementation de la vente sur Internet de médicaments en France et établit au travers de cet arrêt ce qui relève de la publicité et de l'information.¹⁹

Les faits reprochés à l'entreprise pharmaceutique *MSD Sharp & Dohme GmbH* sont "*d'avoir présenté sur son site internet des médicaments soumis à prescription médicale (...) en reproduisant l'emballage du produit, l'indication thérapeutique et la notice d'utilisation*". Pour *Merckle GmbH*, entreprise pharmaceutique rivale, c'est une infraction à la réglementation allemande qui interdit la publicité pour les médicaments soumis à prescription médicale.

¹⁸ C.J.U.E., 5 mai 2011, Aff. C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH / Merckle GmbH* (Voy., annexe 3)

¹⁹ Nous ne rentrerons pas dans le détail de législation réglementant la vente et la publicité de médicaments en ligne, l'intérêt de cet arrêt dans le travail consiste en la distinction entre information et publicité.

C'est dans ce contexte que la juridiction allemande a interrogé la Cour, la question préjudicielle portant sur l'interprétation de : "*L'article 88, paragraphe 1, sous a), de la Directive 2001/8 interdit-il une publicité auprès du public pour des médicaments soumis à prescription qui ne comporte que des indications communiquées à l'autorité compétente dans le cadre de la procédure d'autorisation et de toute façon accessibles à toute personne qui achète les produits et lorsque ces indications ne sont pas présentées à l'intéressé sans qu'il les demande mais sont accessibles sur Internet seulement à celui qui cherche à les obtenir*".²⁰

La Cour s'est penchée sur la finalité du message. "*Toute la question est donc celle de savoir si la diffusion de l'information est dotée ou non d'une finalité publicitaire ou promotionnelle. A ce titre, il s'agit de distinguer le message qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments constituant un message publicitaire interdit auprès du public à l'égard des médicaments soumis à prescription en vertu de la Directive 2001/83 de la simple indication purement informative sans intention promotionnelle*".²¹ La Cour fixe un cadre d'analyse (*identification de l'auteur de la diffusion / examen de l'objet de la communication / examen du contenu de la communication / identification du destinataire de la communication*) et y incorpore les circonstances à prendre en compte.

"*Selon la Cour, l'identité de l'auteur est à prendre en considération. Ainsi, si l'auteur de l'information est le fabricant du médicament, l'intérêt économique à la commercialisation de celui-là est évident, ce dont on peut déduire une intention de diffuser l'information dans un but publicitaire. Toutefois, ce critère n'est pas suffisant pour faire pencher la balance du côté de la publicité. En effet, la diffusion d'informations par le fabricant peut aussi participer d'une politique de transparence de l'entreprise et répondre ainsi à un besoin du public (la diffusion d'une notice peut notamment être utile dans le cas du patient qui a perdu la notice du médicament) et n'avoir donc aucune finalité publicitaire.*

²⁰ C.J.U.E., 5 mai 2011, Aff. C-316/09, MSD Sharp & Dohme GmbH / Merckle GmbH

²¹ Thibault, VERBIEST. Etienne, WERY. & Camille, BOURGUIGNON. *Médicaments en ligne : ne pas confondre publicité et information* ! [en ligne]. Disponible sur : < <http://www.droit-technologie.org/actuality-1418/medicaments-en-ligne-ne-pas-confondre-publicite-et-information.html> > (consulté le 04 mai 2015)

Dans l'analyse de la finalité de l'information diffusée, doit également être pris en compte l'objet de la communication. A ce sujet, la Cour relève que la portée publicitaire de l'information relative à des médicaments soumis à prescription, diffusée auprès du public, est par essence limitée, dès lors que la décision de s'orienter vers tel ou tel médicament ne relève pas du patient mais de son médecin.

La juridiction nationale doit examiner aussi le contenu de la communication. Pour la Cour, la qualification de publicité interdite est exclue lorsque la diffusion d'informations relatives à des médicaments soumis à prescription médicale sur le site du fabricant prend la forme d'une reproduction fidèle de l'emballage du médicament et/ou d'une reproduction littérale et intégrale de la notice et/ou du résumé des caractéristiques du produit (informations dont l'objectivité est contrôlée par les autorités compétentes lors de l'autorisation de mise sur le marché du médicament). En revanche, si l'auteur de la diffusion des informations fait dans la présentation de ses médicaments sur son site Internet un effort de classement ou opère une sélection entre les médicaments, la Cour estime que "ces manipulations des informations ne peuvent s'expliquer que par une finalité publicitaire", ce qui est alors interdit.

Enfin, le destinataire des informations diffusées doit être identifié. L'accessibilité à tout internaute des informations relatives aux médicaments par le biais d'une plateforme de présentation passive crée une présomption de caractère publicitaire. En revanche, une telle présomption n'existe pas lorsque les informations sont diffusées de telle sorte que sans une démarche active pour accéder aux informations sur tel type de médicaments de la part de l'internaute, ce dernier ne sera pas confronté involontairement à ces informations".²²

La frontière entre publicité et simple information peut être parfois très légère. D'où toute l'utilité de l'arrêt de la Cour de Justice attesté de la distinction entre les deux, et d'en avoir dessiné un commencement de contour.

²²Thibault, VERBIEST. Etienne, WERY. & Camille, BOURGUIGNON. *Médicaments en ligne : ne pas confondre publicité et information* ![en ligne]. Disponible sur : < <http://www.droit-technologie.org/actuality-1418/medicaments-en-ligne-ne-pas-confondre-publicite-et-information.html>> (consulté le 04 mai 2015)

2.1.2. Le consommateur

L'article I. 1, 2° du Code de droit économique définit comme consommateur *"toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale"*.²³ L'internaute surfant sur Internet tombe sous le champ d'application de la définition du consommateur et bénéficie donc de toute une série de protections à l'égard du consommateur prévue par le Code de droit économique. *"A condition qu'il n'agisse pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale"*.

2.2. *La publicité sur le web*

Ce sont les articles XII. 12 à XII.14 du code de droit économique qui vont traiter de la publicité dans le cadre de la société de l'information. Cette notion de société d'information a pour origine deux lois du 11 mars 2003²⁴ dites *"lois sur le commerce électronique"* qui transposaient la Directive du 8 juin 2000.²⁵ Cette loi a ensuite été abrogée par la loi du 15 décembre 2013²⁶ portant insertion du Livre XII du Code de droit économique qui, en fait, codifie sans en modifier le contenu de la loi.

Le service de la société de l'information est défini comme *"tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service"*.²⁷ Cette définition vise toutes activités économiques qui ont lieu sur Internet. On entend par *"presté normalement contre rémunération"* par exemple, un service gratuit pour le destinataire mais qui est financé par la publicité.

²³Article I. 1, 2° du Code de droit économique.

²⁴Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution.

²⁵Directive 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.

²⁶Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, "Droit de l'économie électronique" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique.

²⁷ Article I. 18, 8° du Code de droit économique.

La notion de demande individuelle exclue du C.D.E., l'organisme qui diffuse de l'information d'un point à un autre, comme, par exemple, la télévision ou la radio.

"Toutes les personnes physiques et morales qui fournissent le service de la société de l'information sont concernées et sont les prestataires de service. Les destinataires, quant à eux, sont les personnes physiques ou morales qui utilisent le service dans le but de rechercher une information ou de la rendre accessible. Peu importe qu'ils soient professionnels ou non. La loi s'applique donc tant aux relations B2C que B2B, les consommateurs jouissent d'une protection supplémentaire".²⁸

2.3. Principe d'identification, loyauté et transparence

2.3.1. Identification

La volonté du législateur est l'obligation d'informer le destinataire de la nature publicitaire d'un message pour éviter la confusion entre un message publicitaire et un message informationnel et d'attirer l'attention des personnes ciblées.

Le principe d'identification se retrouve à l'article XII. 12 C.D.E.²⁹ *"la publicité, étant donné son effet global et y compris sa présentation, est clairement identifiable comme telle"*. L'article complet qu'à défaut de cette identification, la publicité doit comporter *" la mention publicité de manière lisible, apparente et non équivoque"*.

L'application de la mention obligatoire *"publicité"* n'est pas un problème pour un courrier électronique, une bannière publicitaire, ou un contenu promotionnel d'une page Internet. Cependant, quand la publicité est clairement identifiable de par la présentation qu'elle utilise, cette mention pourra paraître superflue, voire redondante. Pour certaines pratiques publicitaires, il sera techniquement difficile de faire apparaître la mention *"publicité"* comme, par exemple, l'utilisation des métatags³⁰, qui ne s'affichent pas sur l'interface de la page web mais dans son code source.

²⁸Actualité en droit belge. *Le cadre juridique des services de l'information en ligne* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-des-affaires/droit-commercial/le-cadre-juridique-des-services-de-linformation-en-ligne/introduction-sur-les-services-de-linformation-en-ligne#start>> (consulté le 30 avril 2015)

²⁹ Article XII. 12, 1° du Code de droit économique.

³⁰ Voy.. Chapitre 2: Les formes de publicités sur Internet, p. 22.

L'article XII.12, 2° C.D.E. ajoute l'exigence d'identification claire de la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite. L'article XII. 14 C.D.E. encadre quant à lui les professions réglementées et pose le principe général de liberté d'utilisation de la publicité dans la société de l'information, dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles.

2.3.2. Publicité transparente et loyale

Pour avoir une publicité transparente et loyale, il existe l'interdiction de la publicité trompeuse ou mensongère, par exemple une publicité dénigrante ou prêtant à confusion, en vertu des articles VI. 97, VI. 98, VI. 99, VI. 100 et VI. 105 du C.D.E. Toutefois, la publicité comparative est autorisée mais encadrée par l'article VI. 17 du C.D.E.

Chapitre 2: Les formes de publicités sur Internet

1. LE WEB

Le web présente deux éléments importants en matière de publicité que sont la navigation par hyperlien et la possibilité d'insérer un contenu multimédia. Il existe tellement de sites web qu'il est impossible de les classer, *in abstracto*, dans la sphère publicitaire ou comme simple information.

Une première caractéristique de la définition de publicité du C.D.E. est l'exigence d'une "communication" qui est remplie par toute page web quelle qu'elle soit. Conformément au C.D.E., la communication est considérée commerciale dès lors qu'elle répond cumulativement aux critères suivants:

- *"la promotion d'un bien, d'un service, ou de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne;*
- *d'une activité commerciale, artisanale ou profession libérale".*³¹

Par contre, n'est pas considéré comme un critère déterminant le fait de proposer un processus de vente ou de donner des indications sur la manière d'acquérir un bien ou de bénéficier d'un service.

1.1. *Les bannières*

La pratique publicitaire la plus connue sur le web est la bannière ou bandeau publicitaire. C'est le format publicitaire normalisé sur le web, c'est-à-dire un rectangle de 60 pixels de haut sur 468 de large qui se place en général en haut de la page. Ce standard provient d'une recommandation de l'association Internet Advertising Bureau (IAB) qui a pour objectif de favoriser le développement de l'Internet en tant que support publicitaire.³²

³¹Article I. 18, 6° du Code de droit économique.

³²IAB-Belgium. Disponible sur: <<http://www.iab-belgium.be/fr/>>

Les bannières sont des espaces d'expression publicitaire occupant une partie d'une page web, sans que l'internaute ne l'ait demandé ou recherché. Elles sont généralement de taille réduite afin de ne pas indisposer l'internaute en envahissant exagérément la page web sur laquelle elles apparaissent.

Leur objectif commercial est d'interpeller l'internaute considéré comme potentiel consommateur pour inciter celui-ci à cliquer sur la bannière grâce à une offre attrayante, sur laquelle est placé un lien hypertexte.

Le consommateur va être amené à visiter le site de l'annonceur, où il pourra obtenir plus d'informations sur les biens ou services offerts. Cela peut apparaître, par exemple, comme des jeux et des concours tels que "*Gagnez un voyage*", par des offres promotionnelles, des messages d'incitation tels que "*Cliquez ici*".



Figure 1 ³³

1.2. Les messages interstitiels

Le message interstitiel, connu aussi sous le nom de "*publicité plein écran*"³⁴, est une annonce publicitaire qui apparaît entre deux pages web. Celle-ci ne s'affiche que quelques secondes (5 à 10 secondes), et occupe l'écran entier ou toute la fenêtre active.

Il apparaît entre le moment où l'internaute effectue une requête et celui où il obtient la réponse, c'est-à-dire pendant le chargement de la page demandée.

³³ Figure 1: *Bannière publicitaire*. Disponible sur: <<http://www.rtl.be/info/index.htm>> (consulté le 05 mars 2015)

³⁴VERBIEST, Thibault. *La protection juridique du cyber-consommateur: publicité, contrats, contentieux*. Paris: Litec, 2002. p. 13

Ce message publicitaire est affiché en guise "de casse-croûte" entre le téléchargement de deux pages web. L'interstitiel ressemble le plus au spot publicitaire télévisuel classique.



Figure 2³⁵

1.3. Les pop-ups

Un pop-up est une fenêtre de navigation avec un message publicitaire qui s'ouvre au-dessus de la fenêtre principale que l'internaute est en train de consulter. Cette fenêtre apparaît le plus souvent automatiquement à l'écran, sans demande préalable de l'internaute. En général, elle contient des publicités vantant les mérites de tel produit ou service, en invitant l'internaute à cliquer sur un hyperlien pour en savoir plus.



Figure 3³⁶

³⁵ Figure 2: *Message interstitiel*. Disponible sur: <<http://www.dhnet.be>> (consulté le 05 mars 2015)

³⁶ Figure 3: *Pop-up*. Disponible sur: <<http://www.rtf.be/info/>> (consulté le 12 novembre 2014)

1.4. Autres

1.4.1. Les hyperliens

Les hyperliens sont très populaires sur Internet, car ils permettent de renvoyer très facilement, par un simple clic, vers d'autres pages d'un même site web ou vers d'autres sites.

D'un point de vue technique, un lien hypertexte se définit comme "*une connexion activable à la demande sur le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet*".³⁷

La flexibilité de l'accès à l'information constitue le pilier de l'interactivité propre à l'Internet, le fait de cliquer sur les liens hypertextes permet à l'utilisateur d'accéder de façon transparente à un document donné.

On pourrait considérer que l'hyperlien constitue une publicité au sens du C.D.E. et par ce fait, soumis à certaines réglementations. Par exemple, si un hyperlien renvoie un internaute vers une page web exposant un bien, un service ou l'image d'une entreprise, dans un objectif de promotion commerciale et donc dans un but lucratif.

Mais cet exemple ne constitue en rien une règle générale. L'hyperlien étant considéré, avant tout, comme une technique et non pas comme une publicité en elle-même. Néanmoins, la qualification de l'hyperlien comme publicité se fait par le biais de l'appréciation du contexte global et de l'élément qui fait l'objet de l'hyperlien (mot, texte, image, etc.).

1.4.2. Le référencement pour outil de recherche

Lors de la création d'un site Internet, sa promotion doit être effectuée afin de garantir une certaine visibilité. Cette promotion se fait par le biais du référencement du site dans les outils de recherche, cette prestation est aujourd'hui couramment proposée par des sociétés de développement de sites web.

³⁷Portail Wallonie.be. Sécurité et aspects juridiques des TIC: *Définition des liens hypertextes et du framing* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.awt.be/web/sec/index.aspx?page=sec.fr.fic.050.002>> (consulté le 08 février 2015)

"Un moteur de recherche est un logiciel d'exploration appelé "robot", qui visite en continu les sites web et les index de manière automatique, dans une base de données, en fonction des mots-clés qu'ils contiennent. Lorsqu'une recherche est effectuée sur le site du moteur de recherche par la soumission d'un ou plusieurs mots-clés, le site affiche, en réponse, une série de documents "hypertextualisés". Pour chaque document sélectionné, un "score de pertinence" est établi qui fait intervenir la fréquence d'occurrence des mots significatifs de la requête dans le document, leur proximité entre eux, leur présence dans le titre du document, etc. Les facteurs qui influent le référencement dans les moteurs de recherche peuvent être multiples: présence des mots-clés dans l'URL³⁸, c'est-à-dire l'adresse du site dans le titre, le premier sous-titre ou paragraphe du site, fréquence des mots dans le document (méthode du "scoring"), longueur du document, méthode de la Link Popularity, etc."³⁹

1.4.3. Les métatags

Les sites Internet utilisent la technique des métatags dans l'optique d'être référencés convenablement par les moteurs de recherche. Cette technique pourrait également être identifiée comme une forme de publicité suivant l'utilisation faite par le détenteur du site Internet. Le *métatag* est l'information cachée contenue dans le code source de la page web qui *"s'incorpore dans la composition d'une page web, plus exactement dans le code source, pour en donner les mots-clés ou la description pertinente"*.⁴⁰

Par exemple, la page d'accueil de la Fnac intègre dans son code source (code HTML) la description du contenu de la page, soit *"Nouveauté juin 2015"*, ainsi que les mots-clés suivants: *"livre, Stephen King, roman, policier, etc."*. *"Les mots-clés ne constituent pas, à proprement parler, des références ou des localisations sur Internet mais sont principalement utilisés par des moteurs de recherches pour référencer les pages web. Ainsi, le mo-*

³⁸Sigle de l'anglais *uniforme source locator*, localisateur universel de ressources Adresse électronique qui permet de localiser un site ou un document sur Internet et qui indique la méthode pour y accéder, le chemin d'accès et le nom du fichier . Dictionnaire de français Larousse. URL [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/URL/80723>> (consulté le 15 avril 2015)

³⁹VERBIEST, Thibault. *La protection juridique du cyber-consommateur: publicité, contrats, contentieux*. Paris: Litec, 2002. pp. 13 -15

⁴⁰GOBERT, Didier. *La publicité sur Internet – le droit en (r)évolution* [en ligne]. Consult & Training GOBERT SPRL droit de l'informatique et des réseaux. p.10. Disponible sur: <<http://www.dgobert.be/images/pdf/publicite.pdf>>(consulté le 07 février 2015)

teur de recherche explore le code source des sites web qu'il visite en y recherchant le titre, les métatags ainsi que les mots du texte".⁴¹

Les utilisations fréquentes des *métatags* ne sont pas toujours insignifiantes, tout comme l'envie d'être référencé par les plus populaires moteurs de recherche visités par des millions d'internautes. La pratique la plus courante est qu'un opérateur de site web va tenter d'insérer des *métatags* accrocheurs, c'est-à-dire avec une référence à un concurrent ou produit concurrent, de façon à attirer les clients potentiels de ce dernier sur son propre site. Certaines de ces pratiques sont à l'origine de quelques litiges récents. Sur base des droits des marques et de la concurrence déloyale, la jurisprudence belge a déjà condamné ce genre de pratique. En effet, le Tribunal de Commerce de Liège a condamné la S.P.R.L. Innoval qui, en choisissant comme mots-clés les termes "*Nutripharm*" dans le programme d'Adword de la société Google⁴² pour faire apparaître un lien commercial permettant d'accéder à son site Internet, a porté fautivement atteinte à la marque de la S.A. Nutripharm. Le tribunal a décidé ce qui suit:

"Dit pour droit que la S.P.R.L. Innoval, en détournant intentionnellement à son profit le nom commercial et le nom de domaine de la S.A. Nutripharm, s'est rendue coupable de concurrence déloyale et parasitaire.

Condamne en conséquence la S.P.R.L. Innoval à verser à la S.A. Nutripharm des dommages et intérêts évalués à 3.500,00 € en réparation de l'atteinte portée à sa marque et de 3.500,00 € en réparation du préjudice subi pour concurrence déloyale et parasitaire.

Condamne la S.P.R.L. Innoval, sous peine d'astreinte de 1.000,00 € par jour de retard, à publier sur la page d'accueil de son site Internet www.pgeneric.com, dans les quinze jours de la signification du jugement, et ce pour une durée de trente jours, l'intégralité du dispositif du présent jugement".⁴³

⁴¹ GOBERT, Didier. *La publicité sur Internet – le droit en (r)évolution* [en ligne]. Consult & Training GOBERT SPRL droit de l'informatique et des réseaux. p.10. Disponible sur: <<http://www.dgobert.be/images/pdf/publicite.pdf>> (consulté le 07 février 2015)

⁴² Voy.. Chapitre 3: la place de Google dans le cadre publicitaire. p.37.

⁴³Comm. Liège, (2e ch.), 18/04/2008, Affaire: "Nutripharm", Ing.-Cons., 2008/3, p. 402. Disponible sur:<https://www.stradalex.com/DBPro/FR/Document/html/getDocFromDbpro/sl_rev/rdi_tie2008_3p402/20150413-prod-4801-552b801a3f19b7-76499334>

Dès lors, le référencement par les outils de recherche tombe sous le champ d'application de la définition de la publicité du C.D.E. avec les conséquences juridiques que cela inclut, dès que l'utilisation des métatags est réalisée dans le cadre d'une activité de promotions effectuées à des fins commerciales, industrielles, artisanales ou de profession libérale, que le référencement soit gratuit ou payant.

Ainsi, on pourrait imaginer, dans certains cas, l'utilisation des métatags comme une publicité mensongère. Par exemple, le fait pour un site d'intégrer dans ses métatags des mots-clés pour des qualités qu'il ne possède pas et qui va lui permettre d'être sélectionné par des moteurs de recherche. A noter aussi que l'utilisation de certains métatags sera considérée, dans certaines hypothèses, comme concurrence déloyale.

2. LE COURRIER ÉLECTRONIQUE ET LE SPAMMING

2.1. *Le courrier électronique*

2.1.1. Définitions

Le courrier électronique est souvent utilisé par les annonceurs publicitaires. Le message publicitaire peut apparaître directement dans le courrier électronique ou dans un fichier attaché, ou encore contenir un hyperlien renvoyant à la page web publicitaire.

Une définition de courrier électronique est donnée par le législateur dans le C.D.E. article I.1: "*tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère*".⁴⁴

Par "*courrier électronique*", on comprend l'e-mail classique mais aussi l'utilisation du *chat*, de la vidéo conférence ou de la téléphonie vocale sur l'Internet.

2.1.2. Le caractère publicitaire

Le caractère publicitaire ou non du courrier électronique s'évalue au regard de la définition de la publicité que nous donne l'Article I. 18, 6° du C.D.E. Pour rappel, la publicité se dé-

⁴⁴Article I. 18, 2° du Code de droit économique.

finit comme: "*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée*".⁴⁵

Le législateur nous donne une définition assez vaste. Les mots "*destinée à promouvoir directement ou indirectement (...)*" demandent quelques explications complémentaires. Le message doit être promotionnel, c'est-à-dire qu'il vise à inciter la vente d'un bien ou d'un service ou améliorer l'essor, le développement d'une entreprise, d'une organisation, etc., en souhaitant bénéficier d'une plus-value économique. Le message purement informatif ne tombe pas dans le champ d'application de la définition.

Dans la pratique, il est difficile d'apprécier le caractère promotionnel ou informatif d'un message. Par exemple, lorsque le courrier électronique provient d'une entreprise commerciale, il est difficile d'apprécier si le message revêt un caractère simplement informatif. En cas de litige, cette appréciation appartiendra⁴⁶ au juge et dépendra des circonstances de l'espèce, particulièrement du contexte dans lequel le message est envoyé, du contenu du message, de l'objectif réellement recherché, de la qualité du destinataire mais également de celle de l'auteur du message.

Toutefois, pour déterminer le caractère publicitaire ou non du message, il faut insister sur les deux exclusions consacrées par le même article I.18., 6°: "*ne constituent pas en tant que telles de la publicité : a) les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, b) les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière*".⁴⁷

Dans cette approche et sous réserve d'une autre interprétation donnée par les cours et tribunaux, la Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché du SPF

⁴⁵Article I.18, 6° du Code de droit économique.

⁴⁶ Voy., Partie III, Chapitre 2: Action pénale, p. 86.

⁴⁷Article I.18. , 6° du Code de droit économie.

Economie⁴⁸ pense que *"l'évaluation permettant de distinguer le caractère promotionnel du caractère simplement informationnel du message doit être faite de manière raisonnable et proportionnée. La philosophie du C.D.E. est avant tout de lutter contre les campagnes illégales et désagréables de publicité, de lutter contre les pratiques déloyales, d'assurer le bon fonctionnement du marché et d'éviter la saturation des réseaux, mais sans restreindre la diffusion de messages informationnels ou de messages indépendants comparant des produits ou services"*.⁴⁹

Cette interprétation a conduit la Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché à prévoir des exceptions, par exemple une newsletter préparée par une ASBL destinée à envoyer des actualités à des écoles. *"Par exemple, une newsletter sur les nouvelles Directives de la Communauté française, sur l'avancée du débat avec les directeurs d'écoles, ou proposant un tableau comparatif des différents centres de classes vertes, etc. Par contre, si le prestataire envoyant cette newsletter perçoit une contrepartie financière pour insérer dans ses actualités les coordonnées et la présentation des services offerts par un centre de classes vertes particulier, il y aurait alors publicité au sens de la loi. Ce courrier électronique devrait alors faire l'objet du consentement préalable"*.⁵⁰

A contrario, une newsletter rédigée par une entreprise commerciale ne pourra bénéficier de l'exception de l'ASBL ou un service public. *"Par exemple, un courrier électronique contenant des questions variées, envoyé par une entreprise commerciale afin de réaliser un sondage d'opinion sur l'un de ses produits ou services peut être qualifié de publicitaire, car il s'agit d'une communication qui est de nature à promouvoir, même indirectement, par le biais d'un sondage d'opinion, un bien. Par contre ça ne sera pas le cas si le même*

⁴⁸La Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché a comme mission première d'établir et de maintenir un environnement légal et réglementaire favorisant un fonctionnement harmonieux du marché des biens et services dans toutes ses composantes (entreprises - grandes et petites - et consommateurs). Ainsi, la Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché a surtout une compétence normative en matière commerciale. Elle vise à créer un environnement légal et réglementaire favorable aux entreprises et à favoriser une concurrence effective et loyale entre elles. En développant l'information et la protection du consommateur, elle contribue également à permettre à ce dernier de jouer un rôle actif sur le marché. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/spf/Organigramme/Directions_generales/regulation_organisation/>

⁴⁹Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, p.9. Janvier 2005.

⁵⁰Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, p.10. Janvier 2005.

sondage d'opinion est envoyé par une association de consommateurs, en vue de comparer les produits d'entreprises concurrentes".⁵¹

En ce qui concerne les messages envoyés par des partis politiques à des fins électorales, ils ne tomberont pas sous le champ d'application de la définition de publicité du C.D.E., et ils ne sont donc pas liés aux obligations qui vont avec comme le principe du consentement préalable. Cela n'a pas pour conséquence d'envoyer les messages librement, les partis politiques devront tout de même respecter les exigences légales de la législation relative à la protection des données à caractère personnel, dont la compétence appartient à la Commission de la protection de la vie privée.⁵²

2.1.3. Mentions obligatoires

Les courriers électroniques publicitaires doivent être conformes aux exigences suivantes:

- *"La mention "Publicité" doit apparaître dans le sujet du message, tout comme elle doit être apportée sur toute publicité, si le caractère publicitaire de l'annonce n'apparaît pas clairement;*
- *L'annonceur doit être clairement identifiable (par exemple, votre nom et vos coordonnées doivent apparaître quelque part dans le mail, ou un hyperlien doit renvoyer vers votre site;*
- *L'annonceur doit fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de la personne de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir des publicités par courrier électronique (ainsi, même si le destinataire avait sollicité la publicité par courrier électronique, il est clair qu'il dispose d'un droit d'opposition par la suite);*

⁵¹ Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. Le spamming en 24 questions et réponses. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, p.10. Janvier 2005.

⁵² Voy., Partie III, Chapitre 2: Action pénal, p. 81

- *L'annonceur doit indiquer et mettre à disposition de la personne un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique*".⁵³

2.1.4. Le consentement

2.1.4.1. **Principe du consentement préalable et informé**

L'article XII. 13 du C.D.E. énonce ce qui suit: "*l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages*".⁵⁴ C'est ce que l'on appelle le principe de *l'opt-in* ou du consentement. L'article ne précise pas la manière d'obtenir le consentement préalable. Les seules exigences de l'article pour le prestataire sont "*1° fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités. 2° indiquer et mettre à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique*".⁵⁵ C'est pourquoi le consentement doit pouvoir être donné selon toute modalité adaptée, permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée.

La loi n'interdit pas l'envoi d'une publicité par courrier électronique mais elle conditionne à l'obtention de l'accord préalable à l'envoi de l'e-mail publicitaire du destinataire du message. Plus précisément, l'article XII. 13 C.D.E. se limite à prohiber l'utilisation du courrier électronique sans le consentement préalable pour envoyer un message publicitaire. Néanmoins, il n'interdit pas formellement l'utilisation du courrier électronique pour d'autres fins, notamment pour demander un consentement libre, spécifique et informé à envoyer avant les courriers électroniques contenant de la publicité.

La Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché considère que les prestataires peuvent utiliser, parmi d'autres moyens, le courrier électronique afin d'obtenir le consentement préalable.

⁵³Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Guide pour les titulaires Internet*. Centre de Recherches Informatique et Droit, avril 2011, pp. 128-129.

⁵⁴ Article XII. 13, §1^{er} du Code de droit économique.

⁵⁵Article XII. 13, §2 du Code de droit économique.

Néanmoins, ce courrier électronique doit respecter plusieurs exigences pour l'Administration, afin d'assurer une solution raisonnable et proportionnée pour les différents intérêts des utilisateurs d'Internet.

Les exigences sont les suivantes:

- *"Le prestataire doit avoir obtenu et doit traiter les coordonnées électroniques dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée;*
- *Le courrier électronique doit être suffisamment explicite quant à son objet: il vise à obtenir le consentement afin de pouvoir envoyer à l'avenir des messages publicitaires par le biais de cette adresse;*
- *Ce premier courrier électronique ne peut pas contenir un message publicitaire;*
- *Ce premier courrier électronique devrait idéalement informer le destinataire qu'il dispose, pour chaque courrier électronique publicitaire envoyé, d'un droit d'opposition conformément à l'article Article XII. 13, §1^{er} du Code de droit économique ⁵⁶;*
- *Le courrier électronique ne peut pas comporter une mention présumant le consentement de l'internaute du fait de l'absence de réponse de sa part dans un délai déterminé, auquel cas le consentement ne pourrait pas être considéré comme "libre". Un consentement tacite ne serait donc pas acceptable: il est nécessaire d'obtenir une réponse positive de la part du destinataire. Ce courrier électronique de réponse devrait en outre permettre au prestataire de se ménager un moyen de preuve utile;*
- *Une nouvelle demande de consentement par courrier électronique ne doit plus pouvoir être faite par le prestataire dans un délai raisonnable, à l'égard d'un utilisateur qui n'a pas répondu ou qui n'a pas marqué explicitement son souhait de recevoir de la publicité par courrier électronique. Le consentement ne*

⁵⁶Article XII. 13, §1er du Code de droit économique.

pourrait en effet pas être considéré comme "libre" si le prestataire envoyait de manière répétée et rapprochée une demande de consentement alors que le destinataire ne répond pas à cette demande, voire même la refuse".⁵⁷

La Directive européenne 2002/58⁵⁸ qui a légiféré le principe de *l'opt-in* n'utilise pas le concept de "publicité" mais bien celui de "prospection directe". La notion de "publicité" utilisé en droit belge peut-elle être confondue avec celle de "prospection directe" inscrite dans la Directive ?

Si le concept de publicité est défini en droit belge, on remarque qu'il n'existe aucune définition de la notion de prospection directe ni dans les Directives européennes, ni dans la législation belge.

On trouve cependant une description des finalités de prospection dans le considérant 30 de la Directive européenne 95/46/CE, qui stipule que : "*(...) les États membres peuvent de même préciser les conditions dans lesquelles la communication à des tiers de données à caractère personnel peut être effectuée à des fins de prospection commerciale, ou de prospection faite par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique, dans le respect de dispositions visant à permettre aux personnes concernées de s'opposer, sans devoir indiquer leurs motifs et sans frais, au traitement des données les concernant*".⁵⁹ Les instruments communautaires nous donnent une description très large.

A savoir que la Fédération européenne de marketing direct a également donné une définition large de la notion de marketing direct : "*la communication, par quelque moyen que ce soit (comprenant de manière non limitative le courrier, la télécopie, le téléphone, les services en ligne, etc.), de toute offre de publicité ou marketing qui est réalisée par le profes-*

⁵⁷Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, janvier 2005. pp. 12-13.

⁵⁸Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

⁵⁹Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

sionnel même ou sous sa responsabilité et qui s'adresse à des particuliers".⁶⁰ Cette définition présuppose qu'à côté de la notion de publicité, il existe une autre notion, celle de marketing, ce qui étend la définition.

Enfin, dans un avis de la Commission belge de la protection de la vie privée, on définit également la prospection directe et on remarque que celle-ci adopte une vision extrêmement large de cette notion: "*il convient de rappeler que la prospection directe, au sens de la loi, couvre non seulement le marketing, au sens commercial du terme mais également la prospection effectuée à des fins politiques*"⁶¹. Evidemment, cette notion dépasse largement celle de publicité consacrée par le C.D.E.

Pour conclure, le concept de "*prospection directe*" est un concept large qui rassemble tant la prospection directe commerciale (la publicité) que la prospection directe non commerciale (démarchage politique, associatif, religieux, etc.).

L'article XII. 13, §1^{er} du C.D.E. ne visant que les courriers électroniques publicitaires, cela signifie-t-il que les courriers électroniques qui ne sont pas publicitaires ne sont pas automatiquement soumis au principe du consentement préalable ? Certainement pas. Si le message est considéré comme de la "*prospection directe non commerciale*", comme défini par la Commission de la protection de la vie privée (démarchage politique, associatif, religieux, etc.), alors son envoi sera soumis au consentement préalable de son destinataire. Le cas échéant, cette solution résultera non pas de du C.D.E. mais de la loi du 8 décembre 1992 relative à la vie privée.

En conclusion, en droit belge, même si un courrier électronique n'est pas publicitaire au sens de l'article XII. 13 du C.D.E., celui-ci n'est pas automatiquement exempté du respect du principe du consentement préalable.

⁶⁰FEDMA. *Self-Regulation* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.fedma.org/index.php?id=56>> (consulté le 19 avril 2015)

⁶¹ Avis du 02/04/2003 de la Commission de la vie privée sur les principes fondamentaux relatifs au respect de la vie privée par les partis et mandataires politiques dans l'utilisation des données à caractère personnel (à l'exception des listes des électeurs). p. 11. Disponible sur: <<http://www.privacy.fgov.be/publications/Se025009FR.pdf>>

2.1.4.2. *Exception au principe du consentement préalable*

Le principe du consentement préalable n'est cependant pas absolu. En effet, le courrier électronique peut être utilisé pour envoyer des messages publicitaires, sans pour autant obtenir le consentement préalable, uniquement dans le cadre de deux exceptions visées par l'article 1^{er} de l'Arrêté royal du 4 avril 2003⁶² visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique. Deux hypothèses se présentent:

- soit lorsque le prestataire a obtenu l'adresse de courrier électronique directement auprès de ses propres clients, suite à l'achat d'un bien ou d'un service, dans le respect de la législation de protection de la vie privée;
- soit l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique est adressé à des personnes morales. Il faut que les coordonnées électroniques utilisées soient impersonnelles comme, par exemple, les adresses du type *info@...*, *contact@...*, etc. Néanmoins, si les employés possèdent une adresse de courrier électronique attribuée personnellement à chacun par une personne morale (du type *nom.prénom@company.be*) et que ces adresses sont des adresses de personnes physiques, peu importe leur utilisation professionnelle ou privée. Il y a alors obligation d'obtenir le consentement préalable de ces personnes pour que des publicités par courrier électronique puissent leur être adressées.

2.1.4.3. *Consentement libre*

Le consentement doit être libre, cela signifie qu'il doit être donné en dehors de toute pression. Par exemple, si l'adresse de courrier électronique est obtenue suite à la fourniture d'un service ou d'un bien, alors les utilisateurs qui auront refusé de recevoir des publicités par courrier électronique ne pourront être discriminés.

Le consentement ne serait pas libre si, par exemple, un site ne donnait pas la possibilité à l'internaute de pouvoir cocher la case "non" lorsqu'on lui demande son accord ou si la case "oui" est précochée.

⁶²Arrêté royal 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique.

Il en serait de même si on pénalisait la personne qui ne veut pas recevoir de courriers électroniques publicitaires en la privant de l'accès à un produit, à un service, à un bon de réduction, à un cadeau, etc. En l'absence de réaction, un consentement qui ne peut pas être présumé dans un certain délai ne peut pas non plus être considéré comme libre.

2.1.4.4. *Consentement spécifique*

Le consentement du destinataire ne peut avoir un objet général c'est à dire qu'il doit porter distinctement sur l'envoi de publicité par courrier électronique et/ou la transmission de ses données personnelles à des tiers. Dès lors si la personne autorise l'envoi des publicités par courrier électronique, cela ne signifie pas pour autant son accord pour transmettre son adresse à des tiers, à des fins publicitaires ou autres.

En outre, l'utilisation du courrier électronique entraîne un certain nombre de pratiques déloyales auxquelles ont fréquemment recours les spammeurs. Ainsi, il est interdit, en vertu de l'article XII. 13 du C.D.E.⁶³, d'utiliser l'adresse électronique ou l'identité d'un tiers pour envoyer des publicités par courrier électronique ou de falsifier ou de masquer toute information permettant d'identifier l'origine du message ou son chemin de transmission.

2.2. *Le spamming*

2.2.1. Définitions

Le courrier électronique est également utilisé pour des envois massifs et non sollicités de messages à vocation commerciale. Cette technique est appelée plus communément le spamming. Ces envois sont considérés naturellement comme publicité et sont soumis à la législation de la Directive sur le commerce électronique.

Il existe plusieurs types de "spam", qui peuvent tomber sous les champs d'application de différentes législations (loi sur le commerce électronique, loi relative à la vie privée, loi relative à la criminalité informatique, lois relatives à la protection du consommateur, loi relative à la publicité pour les médicaments, etc.).

⁶³ Article XII. 13, §3 du Code de droit économique.

Au sens large, ce terme désigne l'envoi massif et la répétition de messages électroniques non sollicités, à caractère commercial le plus souvent.⁶⁴

Les caractéristiques générales du spamming sont les suivantes :

- *"les messages non sollicités sont envoyés de manière massive et parfois répétée;*
- *le message poursuit souvent un objectif commercial (la promotion d'un produit ou d'un service);*
- *les adresses sont souvent obtenues à l'insu du propriétaire (en violation des règles relatives à la vie privée);*
- *il n'est pas rare en outre que, d'une part, le message ait un contenu illégal, trompeur et/ou préjudiciable et, d'autre part, l'expéditeur masque son identité ou utilise une fausse identité".*⁶⁵

2.2.2. Problèmes

La réception de spam pose beaucoup de problèmes pour les internautes. Un premier désagrément causé par le spam pour les usagers d'Internet est qu'il engendre des coûts pour ces usagers, qu'ils soient des particuliers, des entreprises ou des fournisseurs de services. Ces coûts sont liés, par exemple, au temps nécessaire pour télécharger ces courriers électroniques non sollicités, les lire, les supprimer mais aussi à l'acquisition de logiciels de filtrage, et au possible préjudice subi par un virus attaché, etc. Les spam, envoyés en très grandes quantités, peuvent engorger les boîtes mail, voire provoquer une saturation du réseau.

Ensuite, le spamming est souvent perçu comme une intrusion dans la vie privée des internautes. L'envoi de spam résulte généralement de la collecte "*sauvage*" et non consentie des adresses de courrier électronique des internautes. De plus, les spams ont fréquemment un contenu illégal, par exemple, une publicité interdite pour des médicaments, une publicité

⁶⁴Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Guide pour les titulaires Internet*. Centre de Recherches Informatique et Droit, avril 2011. p. 121

⁶⁵Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, janvier 2004 . p. 7

trompeuse (en vue d'escroquer l'internaute) ou préjudiciable, par exemple, un message pornographique ou agressif. Ces différents problèmes liés au spam ont pour conséquence négative de détruire la confiance des internautes dans l'utilisation du courrier électronique, et plus généralement de l'Internet et du commerce électronique.

La Commission de la protection de la vie privée a procédé à une analyse de l'origine et du contenu des spams qui lui ont été envoyés par des internautes "victimes" de ces spams. On arrive au résultat suivant: les Etats-Unis constituent la première zone géographique d'origine des spams; les spams en provenance de Belgique, de l'Union européenne ou de l'Asie, quant à eux ne représentent qu'une proportion marginale de l'ensemble. On peut remarquer aussi que les spams en provenance des Etats-Unis ou du reste de l'Union européenne présentent un caractère surtout érotique, alors que ceux issus de la Belgique ont plus souvent un caractère financier. ⁶⁶

2.2.3. Méthode collecte d'adresses électroniques

L'émetteur du spam a pu aisément obtenir l'adresse mail de l'internaute spammé de plusieurs façons. Premièrement, il est possible que l'internaute lui-même ai communiqué son adresse. Par exemple, lors d'une visite sur un site web pour acquérir un produit ou un service, ou lors d'une inscription à une liste de diffusion ou à un forum de discussion, on demande souvent d'introduire des données personnelles, telles que le nom, adresse géographique, etc. et l'adresse mail. Les données que l'internaute va fournir sont souvent réutilisées soit par la personne à laquelle il les a fournies, soit par d'autres personnes auxquelles la première personne a communiqué ces informations.

Deuxièmement, il existe plusieurs méthodes de collecte de données dite "sauvage", réalisée sans ou contre le consentement de la personne au travers de logiciels permettant l'inscription à un maximum de listes de diffusion afin de récupérer les adresses électroniques de leurs membres; la collecte automatique d'adresses électroniques dans les espaces publics d'Internet, par exemple annuaires ou moteurs de recherche, les pages web personnelles, etc.; le recours à diverses manœuvres frauduleuses, par exemple faux concours, etc.

⁶⁶Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, janvier 2005. p. 6.

Enfin, il existe un véritable marché des fichiers d'adresses de courrier électronique dont certaines entreprises en ont fait leur métier, qui consiste en la mise à disposition (par le biais d'une location) de tels fichiers. Il est également possible de se procurer sur Internet des listes contenant des milliers d'adresses à télécharger pour des sommes relativement modérées. Certaines de ces méthodes de collecte posent quelques problèmes au regard des dispositions légales de la loi du 8 décembre 1992, relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.⁶⁷

Le responsable du traitement des adresses électroniques a l'obligation de s'assurer du caractère légitime de la finalité poursuivie par l'utilisation des adresses. La Commission rappelle le principe de légitimité dans son avis du 22 novembre 2000 relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique

"La Commission de la vie privée rappelle qu'en vertu de l'article 5, f) ⁶⁸ de la loi, le traitement des données peut être effectué "lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi.

La Commission est d'avis que la collecte d'adresses électroniques et leur utilisation à des fins de marketing, à l'insu de l'individu, est un exemple d'utilisation de données à caractère personnel à des fins de marketing contraire aux intérêts et aux droits et libertés fondamentaux de l'individu. La collecte ne devrait pouvoir être effectuée que si l'individu a donné son consentement préalable (opt in) au traitement de ses données à caractère personnel".⁶⁹

⁶⁷ Voy., Partie II: Donnée à caractère personnel. p. 51.

⁶⁸ Article 5, f) de la loi du 08 décembre 1992 de la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. *"Le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que dans l'un des cas suivants : (...) f) lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi."*

⁶⁹ Avis d'initiative n°34/2000 du 22 novembre 2000 de la Commission de la protection de la vie privée relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique. p. 9.

Chapitre 3: La place de Google dans le cadre publicitaire

"Le modèle d'affaires de Google repose avant tout sur la publicité. Faut-il s'effrayer ou se réjouir d'un tel modèle pour l'acheminement de biens culturels et d'information ? La publicité peut pervertir, pour partie, l'offre de contenus".⁷⁰

1. LES ADWORDS

1.1. *Le programme AdWords*

1.1.1. Le concept

Le modèle économique des moteurs de recherche, que ce soit Google, Yahoo ou Bing, repose sur un système qu'on appelle publicité ciblée. Pour Google, il s'agit du produit AdWords, "ad" pour "publicité" (qui est une abréviation du mot anglais advertising) et "word" pour "mot". AdWords est un système de publicité déclenchées par des mots. Ces mots-clés sont achetés par les annonceurs. Les annonces AdWords sont diffusées sur la page de recherche de Google, lorsqu'un internaute effectue une recherche à l'aide des mots-clés saisis. Les annonces s'affichent dans la colonne de droite de la page des résultats de recherche, sous l'intitulé "liens commerciaux".

Elles peuvent aussi apparaître au-dessus des résultats de recherches gratuites. La publicité est proposée à un public déjà intéressé par les produits ou services fournis de la tierce entreprise. Le mot-clé tapé dans la fenêtre de recherche déclenche l'apparition instantanée de l'annonce, celle-ci est parfaitement ciblée, ne fait que proposer à l'internaute ce qu'il recherche au moment précis où il le recherche.

1.1.2. Les avantages

Cette technique publicitaire attire l'attention de l'internaute vers des annonces qui correspondent en principe à ce qu'il recherche. Cette visibilité assure un flux vers le site de l'annonceur et potentiellement vers la vente de ses produits.

⁷⁰STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011. p. 21.

Un autre avantage pour l'annonceur : il paie seulement pour ce qui rapporte, c'est à dire que l'annonceur paie uniquement en fonction des clics générés par ses annonces, à défaut de clic sur le lien publicitaire, l'annonceur ne paie rien au moteur de recherche.

Pour l'internaute, les publicités AdWords offrent bien des avantages, du moins elles ne dérangent pas, car elles se présentent sous la forme d'hyperliens qui sont séparés des résultats "normaux" par une ligne verticale. L'intrusion reste limitée, contrairement à certaines bannières publicitaires et fenêtres intrusives, par exemple des pop-up, qui surgissent en avant-plan de certaines pages web⁷¹. Les publicités AdWords se rapprochent d'une forme de "pollution publicitaire" mais répondant, pour partie, à la requête des internautes.

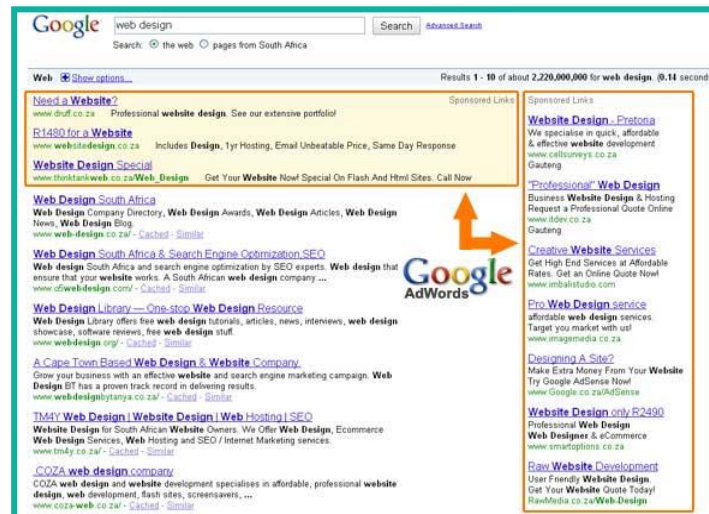


Figure 4 ⁷²

1.1.3. Les inconvénients

L'inconvénient majeur est le risque de confusion entre informations gratuites et annonces payantes. Comme vu précédemment sur la page de résultats, les liens publicitaires sont séparés des résultats dits "naturels" par une démarcation sur l'écran. Ces liens apparaissent soit dans une colonne à droite, soit en tête des résultats naturels sur un fond de couleur. D'un côté, on retrouve la communication gratuite et sans contrainte, de l'autre une communication payante et publicitaire.

⁷¹Voy., Partie I, Chapitre 2: Les formes de publicités sur Internet, p.18.

⁷² Figure 4: Recherche sur Google de web design.

Comme la page d'un journal ordinaire papier, la page de résultat est une plateforme qui doit attirer les internautes d'une part, et d'autre part les annonceurs. Les moteurs de recherche ont choisi comme modèle économique celui du journal gratuit: *"plus l'audience, elle-même attirée par la gratuité et la qualité du contenu, s'élargit plus les revenus publicitaires augmentent, les annonceurs étant prêts à payer davantage pour des annonces qui peuvent être vues par un public élargi. Même si le classement des résultats naturels ne rapporte en principe rien à Google, leur efficacité et leur attrait pour les internautes contribuent aux revenus publicitaires sur l'autre face du marché"*.⁷³

La ligne de séparation entre information et publicité est toutefois souvent méconnue des usagers. Car en effet, la publicité sur la page de résultats est moins facilement identifiable que celle diffusée sur les écrans de télévision ou dans des articles de la presse écrite. Le risque pour les utilisateurs d'Internet, avec les pratiques de Google serait de créer la confusion auprès des consommateurs et d'enfreindre l'article Art. VI.93 C.D.E.⁷⁴ sur les pratiques commerciales déloyales.

1.2. *Fonctionnement du programme AdWords*

En 2010, Google annonce le changement de sa politique publicitaire en France et en Europe continentale. Un annonceur sur Internet ne pouvait, auparavant, acheter les marques de ses concurrents. À présent, il peut désormais officiellement acheter des mots-clés correspondant à des marques de tiers pour faire apparaître ses propres annonces, sur les pages de résultats de Google⁷⁵. Ainsi, Carrefour, en achetant le mot-clé "Cora", peut déclencher une annonce pour les magasins Carrefour qui apparaîtra à côté des résultats naturels que génère une requête de recherche sur Cora. De même que le journal la Meuse peut acheter le mot-clé "Vers l'Avenir" pour attirer un lecteur en ligne vers le site de "Lameuse.be", etc. Ces achats de marques pourraient être considérés comme une forme de publicité comparative.

⁷³STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011. p. 120

⁷⁴ Article VI. 93 du Code de droit économique.

⁷⁵ En réalité, Google aligne sa politique de "vente de marques" pour l'Europe continentale sur la pratique qui a déjà lieu au Royaume-Uni et en Irlande depuis 2008 et aux Etats-Unis depuis 2004.

La nouvelle politique de Google est la conséquence directe d'un arrêt du 23 mars 2010 de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Louis Vuitton et autres contre Google.⁷⁶ Dans cet arrêt, la Cour de Justice limite la responsabilité de Google en cas d'action en justice pour violation de marque. L'arrêt met un frein aux très nombreux procès que des titulaires de marques ont entamé contre Google.

Le référencement payant de Google provoque le mécontentement des titulaires de marques. Surtout que la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière d'AdWords n'a pas été prise en leur faveur. Les arrêts dans l'affaire Google et dans l'affaire Interflora⁷⁷ ont eu pour conséquence d'affaiblir les titulaires de marques, à l'avantage des opérateurs économiques rivaux, en permettant l'utilisation assez souple de mots-clés de référencement homologue à la marque d'un tiers.

Ces arrêts de la Cour reconnaissent, évidemment sous certaines conditions, l'emploi de mots-clés, sous le prisme de la réglementation des pratiques commerciales déloyales, et en particulier la Directive 2006/114⁷⁸ sur la publicité trompeuse et la publicité comparative.

C'est ainsi que des titulaires de marques qui veulent éviter que des annonceurs concurrents les réservent et s'en servent à des fins publicitaires, sont obligés de surenchérir pour acheter les mots-clés correspondant à leurs propres marques sur la plateforme Google. De nombreuses entreprises trouvent cela injuste qu'il faille payer deux fois: d'abord en finançant des campagnes publicitaires autour de la marque, puis en misant aux enchères sur sa propre marque pour que des tiers ne puissent pas s'en servir à des fins publicitaires. La conséquence de ce changement: Google va engranger de considérables revenus publicitaires car les annonceurs vont miser gros pour réserver des mots-clés composés de marques prisées et que les titulaires de ces marques vont être incités à surenchérir.

⁷⁶C.J.U.E., 23 mars 2010 (C-236/08 à C-238/08) (Google c. Louis Vuitton Malletiers, Google c. Viaticum et Luteciel, Google c. CNRRH).

⁷⁷C.J.U.E., 22 septembre 2011, C 323/09, Interflora British Uni c. Marks & Spencer plc et Flowers Direct Online. Disponible sur: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109942&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=627658>

⁷⁸Directive 2006/114/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

Cette vente de mots-clés à finalité publicitaire, appelés communément AdWords, est au cœur de la machine commerciale de Google. La vente de publicité en ligne compte pour environ 97% des revenus de Google (ce qui représentait plus de 59 milliards de dollars aux USA, en 2014) et génère, selon les estimations, 99% de ses bénéfices⁷⁹.

L'enjeu des AdWords est de savoir comment tenir compte de l'intérêt des titulaires de marques tout en facilitant la publicité comparative et donc la concurrence mais en limitant les pratiques déloyales. S'affrontent alors les intérêts commerciaux opposés à ceux des titulaires des marques d'une part, des annonceurs concurrents et moteurs de recherche, d'autre part. L'interdiction (ou l'autorisation sans limites) de la vente de marques comme mots-clés peut affecter la qualité de l'information mise à disposition en ligne. C'est bien l'intérêt du consommateur de disposer d'une information claire qui est au cœur du débat.

"Un arrêt du 11 juillet 2013⁸⁰ pourrait constituer l'amorce d'une évolution dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans cet arrêt, la Cour se prononce sur l'enregistrement et l'usage d'un nom de domaine, ainsi que l'usage de métatags⁸¹, correspondant à la marque d'un concurrent.

Dans son arrêt, la Cour indique que l'enregistrement d'un nom de domaine ne constitue pas une publicité au sens de la Directive 2006/114⁸² car, en l'absence de diffusion d'un contenu, on peut difficilement y voir une communication ayant pour but de promouvoir la vente de produits/services. L'usage du nom de domaine peut, par contre, constituer une publicité, en fonction du contenu de la page web concernée.

⁷⁹Google Investor Relations. 2015 Financial Tables [en ligne]. Disponible sur: <<http://investor.google.com/financial/tables.html>> (consulté le 08 février 2015)

⁸⁰ C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology NV c. Bert Peelaers et Visys NV. Disponible sur: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139411&pageIndex=0&doclang=FR>> (Voy., annexe 2)

⁸¹ Rappel: "Les métatags sont les mots-clés introduits dans le code HTML d'une page web (pas directement visible par l'internaute) dans le but d'orienter le référencement de la page concernée par les moteurs de recherche. L'usage de la marque d'un concurrent dans les métatags est dès lors assez comparable à l'achat de mots-clés similaires à une telle marque". CRUQUENAIRE, Alexandre. *Publicité sur internet : le droit des pratiques commerciales au secours des titulaires de marques ?* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.philippelaw.eu/front/c2-760/newsdetails.aspx?News=304>> (consulté le 15 avril 2015)

⁸²Directive 2006/114/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

L'usage de balises méta (métatags) correspondant aux marques et/ou aux noms de produits de concurrents constitue également une forme de publicité, même si les balises ne sont pas directement visibles par l'internaute car elles permettent d'assurer un meilleur référencement en cas de requête à un moteur de recherches basées sur la marque concernée.

La Cour confirme donc ce qui semblait évident par une analyse des dispositions de la Directive 2006/114: l'usage d'outils visant à améliorer le référencement sur Internet constitue une forme de publicité.

Le caractère trompeur de la publicité ne faisait pas partie des questions posées à la Cour et celle-ci ne tranche donc pas ce point. On peut le regretter, car l'analyse qu'en fera la Cour sera intéressante à lire, en parallèle à sa jurisprudence AdWords, fondée sur le droit des marques (la conciliation des deux n'étant pas nécessairement évidente).

Dans son arrêt du 11 juillet 2013, la Cour ne s'est pas davantage prononcée sur l'existence d'une publicité comparative, faute de question à cet égard. Le débat ici sera particulièrement intéressant pour les titulaires de marques, car la notion de publicité comparative est définie d'une manière très large (la publicité est "comparative" dès qu'elle permet d'identifier le concurrent ou ses produits/services) et son caractère licite est soumis à des conditions cumulatives très strictes, qui sont très difficiles à rencontrer dans le cadre d'une campagne de référencement payant. Cette voie pourrait constituer un angle d'attaque plus favorable aux titulaires de marques.

La jurisprudence de la Cour de Justice semble évoluer dans cette direction, mais cela doit encore être confirmé dans le cadre d'affaires où les questions posées à la Cour seront plus explicitement dirigées en ce sens".⁸³

⁸³Jean-François HENROTTE, Alexandre CRUQUENAIRE. *Publicité sur internet : le droit des pratiques commerciales au secours des titulaires de marques ?* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.lexgo.be/fr/articles/2013/10/Publicit%20sur%20Internet%203A%20le%20droit%20des%20pratiques%20commerciales%20au%20secours%20des%20titulaires%20de%20marques%20%20,82636.html>>(consulté le 23 avril 2015)

2. LA LUTTE CONTRE LES CLASSEMENTS SUR INTERNET

Les pages de résultats Google restent une énigme pour la plupart des internautes. En effet, beaucoup ignorent sa double face: d'un côté, une liste de résultats dits "naturels", de l'autre, des liens "commerciaux" ou "sponsorisés". L'internaute "normal" ne sait pas davantage que ces derniers liens sont des annonces publicitaires que quelqu'un a payé pour les faire apparaître, ce qui n'est pas le cas pour les résultats de recherche. Une information promotionnelle côtoie de très près une information gratuite et, en principe, objective.

Ce mélange des genres sur le petit espace de la page Web pose problème quant au risque d'interférence entre la communication publicitaire et l'offre d'information en réponse aux requêtes. Certains organismes de protection des consommateurs s'inquiètent alors de la confusion que peut créer la présentation des résultats organiques et des liens commerciaux.

2.1. *Préoccupations de la Commission*

En 2013, la Commission a fait part à Google de ses conclusions préliminaires selon lesquelles quatre types de pratiques commerciales choisies par l'entreprise pourraient transgresser les règles de l'Union européenne relatives à l'abus de position dominante de l'article 102 du Traité du fonctionnement de l'Union européenne.

"Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*

- *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats".*

Les pratiques de Google mises en cause sont les suivantes:

- *"l'affichage plus visible, dans les résultats de recherche sur le web via Google, des services de recherche web spécialisés de Google, par rapport aux mêmes services de ses concurrents (il s'agit des services permettant aux utilisateurs de rechercher des catégories spécifiques d'informations comme des restaurants, des hôtels ou des produits). Premièrement, les utilisateurs n'ont pas connaissance du traitement plus favorable réservé aux services de Google dans les résultats de recherche. Deuxièmement, les résultats des concurrents qui sont potentiellement aussi pertinents sont sensiblement moins visibles, voire parfois pas directement visibles pour l'utilisateur - celui-ci a plus de mal à les trouver, par exemple parce qu'il doit faire défiler la page de résultats vers le bas ou se rendre sur la page de résultats suivante pour les voir.*

La Commission craint que cette pratique réduise la possibilité pour les consommateurs de disposer d'un choix potentiellement plus pertinent de services de recherche spécialisés, en détournant indûment une partie du trafic vers les services de recherche spécialisés de Google au détriment de ceux de ses concurrents;

- *l'utilisation par Google, sans autorisation, de contenus originaux provenant de sites web de tiers dans ses propres services de recherche web spécialisés;*
- *les accords qui obligent les sites web de tiers (les "éditeurs") à se procurer via Google la totalité ou la majeure partie de leurs publicités contextuelles en ligne;*

- *les restrictions contractuelles imposées à la portabilité, sur les plateformes publicitaires de moteurs de recherche concurrents, des campagnes de publicité contextuelle en ligne et à la gestion de ces campagnes sur la plateforme AdWords de Google et sur les plateformes publicitaires de moteurs de recherche concurrents*".⁸⁴

La Commission estime ainsi que ces pratiques peuvent préjudicier les consommateurs en diminuant le choix disponible sur Internet et en réduisant l'innovation dans les domaines des services de recherche spécialisés et de la publicité contextuelle en ligne.

2.2. *Plaintes déposées auprès de la Commission européenne*

C'est la Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne qui se prononce sur des plaintes déposées auprès de celle-ci.

Le 30 novembre 2010⁸⁵, suite à une plainte contre Google, déposée par trois moteurs de recherches concurrents (Foundem, e-justice et Ciao!)⁸⁶, la Commission a ouvert une enquête sur Google pour abus de position dominante dans la recherche en ligne.

L'entreprise anglaise Foundem affirme que la "recherche universelle" de Google privilégie ses propres services spécialisés, et ce au désavantage d'autres offres. En 2006, cette start-up qui offre des comparaisons de prix en ligne, spécialisée en matière de voyages, a disparu des écrans de résultats de Google. En effet, lorsqu'un internaute introduisait, comme requête de recherche: "*comparaison de prix Royaume-Uni*", le site Foundem ne lui était pas présenté.

Google, pour sa défense, prétendait que la qualité du service de Foundem était pauvre. Cependant, tout le monde ne partageait pas le même avis, certaines revues anglaises le classant même dans les meilleurs sites de comparaisons de prix en ligne.

⁸⁴La Commission européenne. *Abus de position dominante: la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée* [en ligne]. Communiqué de presse, 2014. Disponible sur: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_fr.htm> (consulté le 14 février 2015)

⁸⁵Ibid.

⁸⁶Foundem est un site anglais de comparaison de prix – E-justice un outil français de recherche juridique – Ciao! est un site de vente en ligne qui appartient à Microsoft.

Quelque temps après la disparition de Foundem des résultats de recherche, celui-ci a été frappé d'une hausse du prix de placement de lien publicitaire suite à une détérioration du score de qualité de la page de l'annonceur (passant d'excellent à très mauvais). Selon Google, cela se justifiait par le fait que le but principal du site Foundem était d'orienter du trafic vers d'autres sites Internet. En 2007, Google admit que le système d'évaluation de la qualité du site était erroné, relançant du jour au lendemain le trafic vers le site Foundem.

*"Le double déclassement sur les résultats de recherche et liens publicitaire ont eu lieu plus ou moins au même moment, ce qui porte à croire qu'un lien existe entre les deux déclassements".*⁸⁷ Il existe donc un mélange entre l'information gratuite et la communication publicitaire, ce qui va conduire la Commission européenne à enquêter car ce ne sont pas que des intérêts purement commerciaux qui sont en jeu mais également l'intérêt public.

2.3. *L'enquête de la Commission européenne*

La Commission européenne a pris la décision d'examiner les comportements suivants de Google: le classement des résultats de son moteur de recherche gratuit afin de contrôler si les services de Google sont favorisés par rapport aux services concurrents; la dégradation du "score qualité" (note qui détermine le prix à payer pour l'affichage d'une publicité sur le site de Google) de services de recherche verticaux dans ses résultats payants; clause d'exclusivité qu'imposerait Google aux annonceurs, etc.

Suite à l'enquête, Google a fait une proposition d'engagements envers la Commission européenne, dans le cadre de l'enquête sur l'abus de position dominante dans les domaines de la recherche sur Internet et des annonces publicitaires liées à ces recherches. Dans sa proposition, Google garantira lors de la promotion de ses propres services de recherche spécialisés sur sa page Internet (par exemple pour des produits, des hôtels, des restaurants, etc.), les services de trois concurrents, sélectionnés par une méthode objective, qui sera disposé de manière claire et visible pour les utilisateurs et suivant une présentation semblable à celle de ses propres services.

⁸⁷STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011. p. 120

M. Joaquín Almunia, vice-président de la Commission chargé de la politique de concurrence, a affirmé: *"ma mission est de protéger la concurrence au bénéfice des consommateurs, pas de protéger les entreprises concurrentes. Ma conviction est que la nouvelle proposition obtenue de Google au terme de négociations longues et difficiles est de nature à répondre aux préoccupations de la Commission.*

Sans empêcher Google d'améliorer ses propres services, cette proposition offre aux utilisateurs un véritable choix entre des services concurrents présentés de manière comparable; c'est ensuite à eux de choisir la meilleure option. Ainsi, aussi bien Google que ses concurrents seront en mesure d'innover et d'améliorer leur offre et incités à le faire.

La transformation de cette proposition en une obligation juridiquement contraignante pour Google permettrait de rétablir rapidement des conditions de saine concurrence et assurerait leur préservation pour les années à venir".⁸⁸

2.3.1. Contexte de la procédure

L'article 102 du Traité du fonctionnement de l'Union européenne condamne le fait, pour une entreprise, de profiter de façon abusive d'une position dominante sur le marché intérieur, s'il y a un risque d'affecter les échanges entre États membres. L'article 54 de l'accord Espace économique européen exprime la même interdiction pour le territoire des pays contractants à l'accord E.E.E. (Islande, Liechtenstein et Norvège).

La Commission a relevé quatre problèmes en matière de concurrence⁸⁹. Google a, par la suite, présenté un plan d'engagements visant à résoudre ces quatre problèmes:

- *"Google offrira aux fournisseurs de contenu la possibilité, s'ils le souhaitent, de refuser l'utilisation de leur contenu dans les services de recherche spécialisés de Google, et ce sans être pénalisés par Google;*
- *Google supprimera les exigences d'exclusivité dans ses contrats avec les éditeurs pour ce qui concerne la publicité liée aux recherches;*

⁸⁸La Commission européenne. *Abus de position dominante: la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée* [en ligne]. Communiqué de presse, 2014. Disponible sur: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_fr.htm> (consulté le 14 février 2015)

⁸⁹ Voy., Partie II, Chapitre 3: La place de Google dans le cadre publicitaire.

- *Google supprimera les restrictions à la possibilité de mener des campagnes de publicité liée aux recherches sur des plateformes idoines concurrentes".⁹⁰*

Ce qui est important dans de la proposition d'engagement de Google est que le respect de celle-ci soit assurée et elle serait contrôlée par un mandataire indépendant.

L'engagement offert par l'entreprise, dans notre cas Google, sera juridiquement contraignant par l'application de l'article 9 du règlement de l'Union européenne sur les ententes et les abus de position dominante:

"Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse".⁹¹

Cette décision n'est pas la conclusion que Google se rend coupable de violation des règles de l'Union européenne en matière de concurrence. Malgré cela, elle oblige juridiquement l'entreprise à respecter les engagements offerts. En cas de non-respect, la Commission peut condamner Google à une amende pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires annuel mondial, sans avoir à prouver l'existence d'une violation des Articles 101 ou 102 du T.F.U.E.

Article 102 T.F.U.E prévoit: *"Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

⁹⁰ La Commission européenne. Abus de position dominante: la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée [en ligne]. Communiqué de presse, 2014. Disponible sur: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_fr.htm> (consulté le 14 février 2015)

⁹¹ Règlement 1/2003/CE du Conseil européen du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."*

PARTIE II

LES DONNÉES À CARATÈRE PERSONNEL



Chapitre 1: La collecte des données personnelles à des fins de publicité comportementale

L'utilisation de la publicité comportementale induit de sérieuses craintes en ce qui concerne la protection des données et de la vie privée. Comme nous l'avons vu ci-dessus, grâce à la technologie de l'internet, les fournisseurs de réseaux publicitaires peuvent suivre les internautes sur différents sites et ce au fil du temps. Les informations recueillies sur le comportement de navigation des internautes sont ensuite analysées pour créer des profils détaillés sur leurs centres d'intérêt. Ces profils sont alors utilisés afin de leur envoyer des publicités personnalisées. La technique de la publicité comportementale est très populaire, elle est fondée sur l'utilisation de cookies traceurs et son intrusion dans la vie privée des internautes.

1. LÉGISLATION EUROPÉENNE

L'Union européenne s'est placée très tôt en faveur d'un cadre juridique pour la protection des données personnelles, dans un double objectif: supprimer autant que possible les freins de la libre circulation des données dans l'espace européen et se démarquer de l'évolution américaine où ces données sont quasiment considérées comme des biens mobiliers totalement disponibles.

Les discussions difficiles et longues ont finalement abouti à plusieurs textes au fil des années:

- La Directive 95/46/CE⁹² relative au régime général;
- La Directive 2002/58/CE⁹³ du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques;

⁹²Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹³ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

- La Directive 2006/24/CE⁹⁴ du 15 mars 2006 sur le conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou des réseaux publics de communication;
- La Directive européenne 2009/136/CE⁹⁵ du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

1.1. Directive 95/46/CE

1.1.1. Objectif de la Directive

La Directive 95/46/CE⁹⁶ constitue le texte de référence au niveau européen, en matière de protection des données à caractère personnel. Par son article 1-1, les états membres s'obligent à "*assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement de données à caractère personnel*". Elle met en place un cadre réglementaire visant à établir un équilibre entre la protection de la vie privée des personnes et la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne.

L'article 3⁹⁷ nous donne un champ d'application très large: "*la présente Directive s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier*".

⁹⁴ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive 2002/58/CE.

⁹⁵ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n°2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

⁹⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

1.1.2. *Le Groupe 29*

Le Groupe de travail "Article 29", institué par l'article 29 de la Directive 95/46/CE, se compose de représentants des autorités nationales chargées de la protection des données à caractère personnel. Le Groupe possède également un rôle consultatif à l'égard des nouvelles législations de l'Union européenne, en émettant ses propres avis. Il forme une plateforme très importante pour la coopération et ses principales missions sont:

1. *Donner à la Commission des avis d'experts des Etats membres sur des questions relatives à la protection des données;*
2. *Promouvoir l'application uniforme de la Directive 95/46 dans tous les États membres de l'UE ainsi qu'en Norvège, au Liechtenstein et en Islande;*
3. *Donner à la Commission un avis sur tout acte communautaire (premier pilier) ayant une incidence sur le droit à la protection des données à caractère personnel.*⁹⁸

Les membres du groupe de travail "Article 29" sont: un représentant des autorités de contrôle désignées par chaque Etat membre; un représentant des autorités mises en place pour les institutions et organes de l'Union européenne et un représentant de la Commission européenne.

1.2. *Vers un nouveau règlement en 2016*

L'évolution fulgurante des technologies de l'information a permis la prolifération et la rapidité de circulation d'informations en tout genre sur le web. Particulièrement d'informations relatives à des personnes physiques, constituant en même temps une source d'abus potentiel et de danger pour la vie privée et les libertés en général. L'informatisation de la société a mené à l'augmentation des bases de données informatisées.

⁹⁸Contrôleur européen de la protection des données. *Coopération: Groupe de travail Article 29* [en ligne]. Disponible sur: <<https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/lang/fr/Cooperation/Art29>> (consulté le 14 février 2015)

C'est pourquoi, à l'heure actuelle, chacun d'entre nous est répertorié dans plusieurs bases de données différentes avec d'abondantes informations personnelles comme notre identité, nos coordonnées, notre profession, etc.

Certaines personnes mal intentionnées vendent ou copient ces bases de données. Par conséquent, l'individu ne peut plus contrôler l'information personnelle. C'est pourquoi des garde-fous ont vu le jour pour protéger la vie privée et l'utilisation des données à caractère personnel des individus contre d'éventuels abus.

Mais la Directive 95/46/CE⁹⁹, adoptée en 1995 et qui légifère la matière, possède aujourd'hui deux inconvénients majeurs.

Le premier provient de sa nature, c'est-à-dire que la Directive n'est pas applicable directement au niveau national. Chaque Etat membre l'a ainsi transposée dans sa propre législation avec certaines libertés. Il en découle comme conséquences des divergences importantes dans le droit des pays de l'Union. Une situation identique ne sera ainsi ni approchée ni réglementée légalement de la même manière entre, par exemple, l'Italie, l'Allemagne, le Royaume-Uni et la Belgique.

Le second inconvénient provient de son âge, la Directive a été créée avant la venue des réseaux sociaux et du "*cloud computing*". Ces éléments, déterminants dans l'évolution du traitement de données personnelles, expliquent la forte croissance et la globalisation du traitement de données personnelles durant cette dernière décennie.

Le 25 janvier 2012, la Commission européenne a adopté un texte fondamental pour un droit à la protection des données à caractère personnel, harmonisé au niveau européen¹⁰⁰ qui remplacerait la Directive 95/46/CE avec une directe application dans les 27 Etats membres ainsi qu'en Norvège, en Islande et au Liechtenstein, dit la proposition de Règle-

⁹⁹Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁰⁰ DEBEUCKELAERE, Willem. VERMULEN, Gert. *Législation protection vie privée 2015*. Bruxelles: Codes Larcier thématiques, 2015. p. 661.

ment européen sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et libre circulation de ces données.¹⁰¹

Cette proposition a été approuvée par les eurodéputés, en séance plénière, le 12 mars 2014. Le Conseil européen doit encore se prononcer. En parallèle, les négociations entre le Parlement et le Conseil de l'Union européenne, co-législateurs, ainsi que la Commission européenne ont été ouvertes. Lors de la dernière réunion des Ministres de l'Union Européenne, le 13 mars 2015, ces derniers sont arrivés à un compromis sur certains points de la proposition. Un accord est prévu sur une approche générale de la réforme de la protection des données, pour juin 2015.

2. LÉGISLATION BELGE

2.1. *Introduction*

Suite à l'évolution technologique, de nouveaux défis en matière de protection des données à caractère personnel ont vu le jour. La facilité pour échanger des informations personnelles permet de les rendre publiques et accessibles à l'échelle mondiale. Cela est dû au développement des activités en ligne, comme par exemple l'envoi d'*e-mails*, la visite de sites web, le *chat*, les *blogs*, les forums de discussion et les réseaux sociaux.

Ce qui a pour conséquence directe une complexification des modes de collecte des données à caractère personnel qui deviennent de moins en moins décelables. L'existence d'éléments transmis automatiquement aux sites web visités, rendus accessibles au serveur web, permettent la constitution d'un profil précis, sans que l'internaute en ait conscience et soit en mesure de contester. L'entreprise, grâce à l'utilisation d'outils à la pointe de la technologie, connaît le comportement des internautes, ce qui lui permet de cibler ses offres. La technique la plus courante est l'utilisation de cookies.

Les principaux textes qui assurent la protection des données personnelles dans le cadre de la société de l'information:

¹⁰¹ La Commission européenne. *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données)* [en ligne]. Bruxelles, 2012. Disponible sur: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf>

- *la Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ("loi vie privée"), vise à protéger le citoyen contre toute utilisation abusive de ses données à caractère personnel; transposition de la Directive 95/46/CE.*
- *la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, fixe les principes applicables au secret des communications, au traitement des données et à la protection de la vie privée des utilisateurs.*¹⁰²

2.2. *Loi du 08 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnelle*

La loi sur la protection de la vie privée¹⁰³ n'est pas un instrument juridique isolé. En effet, elle est la transposition de la Directive 95/46/CE. A noter que la Commission de la vie privée est membre du Groupe de travail "Article 29".

Tout traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de marketing direct est soumis à la L.V.P. De plus, les consommateurs restent également protégés par le Code de droit économique qui, lui, a une interprétation de la notion de publicité qui se différencie légèrement de la notion de marketing direct.

2.2.1. Définition traitement à caractère personnel

L'article 1, §2 L.V.P. définit le traitement comme: "*toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction*".

¹⁰²Portail du SPF économie. *Protection des données personnelles* [en ligne]. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Internet/securite_information/protection_donnees_personnelles/> (consulté le 02 février 2015)

¹⁰³ Afin de faciliter la lecture, l'abréviation "L.V.P." sera utilisée dans le reste du texte.

La définition possède trois principaux éléments:

- la présence de données à caractère personnel;
- la neutralité de la technologie;
- la neutralité de l'acte de l'opération.

La notion de traitement donnée par l'article ne se limite pas aux opérations à caractère automatisé, de sorte que des opérations simplement manuelles peuvent être également comprises dans la définition. Les opérations elles-mêmes n'ont pas été définies plus précisément dans la loi. Néanmoins, l'article 1, § 2 inventorie une liste non-exhaustive des actes considérés comme des opérations.

On remarque directement que l'article nous donne une définition très large qui englobe presque tout acte susceptible d'être effectué avec des données à caractère personnel. Pour avoir un "traitement", il ne doit pas nécessairement y avoir une série d'opérations. C'est-à-dire que si l'on pose, même une seule fois, un acte repris dans l'énumération de l'article, on pourra parler de "traitement".

L'article 1, §1 L.V.P. définit les données à caractère personnel comme: *"toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, dénommée ci-après "personne concernée"; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale"*.

La particularité de cette conception est que la donnée sera protégée, même si elle ne permet qu'une identification indirecte de la personne. C'est encore une fois un concept très large, où la possibilité d'identification d'un individu spécifique sera utilisée comme critère de classification à titre de donnée à caractère personnel. A l'instar de la définition de la notion de traitement, l'article donne une énumération non-exhaustive, pour indiquer des éléments qui peuvent être qualifiés d'identifiants.

2.2.2. Définition du marketing direct

La L.V.P. ne définit pas la notion de marketing direct mais la réglementation européenne applicable en la matière nous donne cette définition: "*l'ensemble des activités, ainsi que tout service auxiliaire à celles-ci, permettant d'offrir des produits et des services ou de transmettre tous autres messages publicitaires à des segments de population par le moyen du courrier, du téléphone ou d'autres moyens directs, dans le but d'information ou afin de solliciter une réaction de la part de la personne concernée*".¹⁰⁴

¹⁰⁴ Article 1.2 de l'annexe à la Recommandation n° R(85) 20 du Comité des Ministres aux États membres relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct du 25 octobre 1985.

Chapitre 2: Les cookies et la publicité comportementale

1. LA NOTION DE COOKIES

Lorsqu'un internaute *surfe* sur Internet, ce média divulgue des informations le concernant via un certain nombre de traces. De manière générale, il y a toute une série d'éléments qui sera automatiquement transmise au site que l'internaute visite par le logiciel de navigation qu'il utilise:

- *"L'adresse IP, c'est-à-dire un numéro unique au monde attribué à votre microordinateur sur le réseau;*
- *La marque et la version de votre navigateur ainsi que votre système d'exploitation;*
- *La langue utilisée;*
- *Les cookies rémanents déjà envoyés par le site visité".¹⁰⁵*

Au niveau protection de la vie privée, un problème va survenir de par l'association de ces variables avec les autres informations concernant l'internaute que le serveur a pu recueillir ailleurs. De ce fait, si, par exemple, un internaute remplit un formulaire en ligne comportant des informations personnelles, le lien peut être créé entre l'adresse, l'adresse IP de l'ordinateur et les informations personnelles afin que le parcours sur le site puisse être suivi, dans l'optique de constituer un profil précis.¹⁰⁶ La technique la plus répandue pour recueillir, de manière invisible, les informations personnelles de l'internaute est l'utilisation des cookies.

¹⁰⁵Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Guide pour les utilisateurs Internet*. Centre de Recherches Informatique et Droit, avril 2011. pp.105-106.

¹⁰⁶Ibid.

1.1. Définition

"Un cookie est un petit fichier-texte déposé sur le disque dur de l'internaute par le serveur du site web visité ou par un serveur tiers (telle qu'une régie publicitaire ou un service de web analytique, par exemple). Les cookies "first party" sont des cookies qui sont mis en place par le même domaine que celui inscrit dans la barre d'adresse du navigateur. Les cookies "third party" sont mis en place dans des domaines différents, généralement à des fins de profilage ou de publicité".¹⁰⁷

1.2. Informations stockées

Le cookie peut avoir plusieurs utilisations: faciliter la visite d'un site web, notamment via une authentification (conservation des login, par exemple), stocker une information spécifique à propos de l'internaute (le choix de la langue, par exemple) ou le contenu de son panier d'achat électronique.

Les cookies permettent ainsi de stocker différents types d'informations. Celles-ci peuvent parfois revêtir un caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁰⁸.

"Les informations stockées et lues grâce aux cookies peuvent être des données qui, directement ou indirectement, permettent l'identification d'une personne physique et, dès lors, peuvent être des données à caractère personnel".¹⁰⁹

Les cookies contiennent des informations sur les habitudes de navigation des internautes, dans l'objectif de cibler la publicité selon les intérêts, dans le cadre de la publicité comportementale.

¹⁰⁷PISSOORT, D. *Publicité et démarchage du consommateur au regard de la protection de la vie privée*. J.T., 2012/40-41, n° 6500, pp. 802-805.

¹⁰⁸ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel

¹⁰⁹PHILIPPART DE FOY, A. VAN GOSSUM, K. *Les cookies: état des lieux et perspectives*. R.D.T.I., 2013/3, n° 52, p.8.

1.3. Les différentes catégories de cookies

Il existe différents types de catégories de cookies, comme les cookies essentiels qui, comme leur nom l'indique, sont essentiels à la bonne communication et aident à la navigation: "*permettre le retour à la page précédente, etc.*". Ensuite, les cookies provisoires (éphémères) qui n'existent que la durée de l'échange avec le site (maximum quelques heures) et sont supprimés lorsque l'internaute quitte le navigateur.

Une autre catégorie de cookies propres au site: les cookies tiers. Les cookies mémorisés lors du dialogue peuvent être gérés par le site consulté et sont considérés comme cookies propres du site consulté.

Par contre, "*un cookie peut aussi être défini par un site web différent du site visité. Par exemple, le bouton Facebook "I like", sur une page d'un site visité génère un cookie identifié par Facebook; il peut être lu ultérieurement et modifié par Facebook. Ces cookies sont appelés cookies tiers; ils peuvent contenir des informations sur l'échange en cours, comme l'adresse IP de l'internaute, l'adresse de la page visitée ou toute autre information. Certains sites utilisent des cookies tiers pour la fonctionnalité même des échanges, par exemple les messageries en ligne Hotmail, MSN et Windows Live Mail. La désactivation des cookies tiers en les refusant dans les paramètres du navigateur peut causer des problèmes de communication avec ces sites*".¹¹⁰ Les cookies tiers transfèrent donc à des tiers des données à caractère personnel.

Ce qui nous intéresse dans le cadre de ce travail est la finalité que peuvent avoir ces cookies, certains ayant un but de pistage ou de traçage. "*Les cookies tiers de pistage sont utilisés pour le suivi de la navigation par les annonceurs et autres parties tierces. Ils peuvent s'accumuler sur le poste de travail de l'internaute et être ensuite collationnés par un site. C'est un pistage de la navigation de l'internaute. Ce sont des informations qui sont utilisées par des annonceurs pour cibler leurs publicités sur la base des habitudes de l'internaute. Ces informations sont évidemment recherchées par les spammeurs pour optimiser les envois de messages non sollicités. L'option "ne pas me pister" ("Do not track") de certains navigateurs ou sites indique une volonté de refus de pistage de l'internaute, mais ne*

¹¹⁰Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 de la Commission de la vie privée relative à l'utilisation des cookies. p. 20.

l'empêche pas: les sites visités peuvent la respecter ou non. La Commission invite néanmoins les responsables du traitement et les éditeurs de sites à en tenir compte".¹¹¹

D'autre cookie ont une finalité publicitaire. En effet, beaucoup de sites commerciaux diffusent des annonces publicitaires, généralement sous l'apparence de "bannières" qui emmagasinent des cookies sur le poste de travail de l'internaute. Ces cookies *"renferment des informations sur les habitudes de navigation des utilisateurs dans le but de leur fournir une publicité ciblée selon leurs centres d'intérêt"*.¹¹²

2. LE RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE

2.1. *Les principes juridiques élémentaires de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel*

Le caractère international des sites Internet joue un rôle déterminant. L'ensemble des pays de l'Union européenne a transposé la Directive européenne sur la protection des données personnelles¹¹³.

En Belgique, c'est la L.V.P. qui est d'application. *"Tout responsable de traitement établi en Europe est donc rigoureusement soumis aux mêmes règles, indépendamment du lieu d'hébergement du site. Les organismes qui ne sont pas établis de manière permanente sur le territoire de l'Union européenne sont soumis à la L.V.P. dès lors qu'ils utilisent des moyens situés sur le territoire belge, à savoir les cookies stockés et accédés sur le poste de travail des internautes belges"*.¹¹⁴

¹¹¹ Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 de la Commission de la vie privée relative à l'utilisation des cookies p. 21.

¹¹²Ibid. p. 23.

¹¹³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹¹⁴Recommandation n° 02/2013 du 30 janvier 2013 de la Commission de la vie Privée relative au marketing direct et protection des données à caractère personnel.

2.1.1. Les données à caractère personnel et leur traitement

Le principe attaché aux cookies est l'anonymat. Cependant, ils peuvent renfermer des données à caractère personnel ou associer une adresse IP (Adresse réseau de l'ordinateur utilisé dans la communication Internet). En règle générale, toute information contenue dans le poste de travail de l'internaute peut tomber sous le champ d'application de la définition "donnée à caractère personnel". Le traitement de ces données personnelles ne peut se faire que dans les conditions limitatives de la L.V.P.. C'est pourquoi il faut considérer que les cookies sont des données à caractère personnel.

Dans l'Avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, le Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par le groupe de travail "article 29" a expliqué: *"lorsqu'un cookie contient un identifiant d'utilisateur unique, celui-ci est clairement une donnée à caractère personnel. L'utilisation de «cookies» persistants ou de dispositifs similaires comportant un identifiant d'utilisateur unique permet de pister les utilisateurs d'un ordinateur donné, même en cas d'utilisation d'adresses IP dynamiques. Les données relatives au comportement qui sont générées par le recours à ces dispositifs permettent d'affiner encore les caractéristiques personnelles de la personne concernée"*.¹¹⁵

Dans le cadre de la publicité comportementale, les informations collectées sont liées aux comportements *"de butinage"*¹¹⁶ d'un internaute.

Les responsabilités distinctes - notamment l'hébergeur, opérateur public ou non - sont établies par considérant 47 de la Directive sur la protection des données personnelles: *"considérant que, lorsqu'un message contenant des données à caractère personnel est transmis via un service de télécommunications ou de courrier électronique dont le seul objet est de transmettre des messages de ce type, c'est la personne dont émane le message, et non celle qui offre le service de transmission, qui sera normalement considérée comme responsable du traitement de données à caractère personnel contenues dans le message; que, toutefois,*

¹¹⁵ Avis n°1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche du Groupe de travail "Article 29". p. 9. Disponible sur: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_fr.pdf

¹¹⁶ Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 de la Commission de la vie privée relative à l'utilisation des cookies, p.36.

les personnes qui offrent ces services seront normalement considérées comme responsables du traitement des données à caractère personnel supplémentaires nécessaires au fonctionnement du service".¹¹⁷

2.1.2. Légitimité d'un traitement de données à caractère personnel

Le traitement de données à caractère personnel ne peut se réaliser que dans le cas spécifique de l'article 5: "*le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que dans l'un des cas suivants:*

- a) lorsque la personne concernée a indubitablement donné son consentement;*
- b) lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci;*
- c) lorsqu'il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance;*
- d) lorsqu'il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée;*
- e) lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées;*
- f) lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fonda-*

¹¹⁷Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

mentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi".¹¹⁸

2.2. *L'article 129 de loi du 13 juin 2005*

2.2.1. *Historique de l'article*

La Directive 2009/136/CE¹¹⁹ et la Directive 2009/140/CE¹²⁰ sont transposées dans la loi du 10 juillet 2012 portant sur les dispositions diverses en matière de communications électroniques. L'article 90 de cette loi modifie l'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹²¹, en ce qui concerne le stockage d'informations ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur. On considère que ces termes englobent la notion de cookies, mais pas seulement: il y existe d'autres informations telles que celles stockées via des applications sur les smartphones qui n'utilisent pas toujours la technique des cookies. La L.C.E. précise les principes généraux de la L.V.P. dans le cadre du stockage ou de la lecture ultérieure d'informations sur le poste de travail de l'utilisateur, tout en élargissant à l'exigence du consentement à des données qui n'ont pas un caractère personnel.

2.2.2. *Analyse de l'article 129*

L'usage de cookies est organisé par l'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, transposant en droit belge l'article 5.3 de la Directive européenne 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. L'article 129 de

¹¹⁸ Article 5 de la loi de la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel.

¹¹⁹ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE)n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

¹²⁰ la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques

¹²¹ Afin de faciliter la lecture, l'abréviation "L.C.E." sera utilisée dans le reste du texte.

la loi sur les communications électroniques légifère les règles régissant l'utilisation des réseaux de communications électroniques:

"Le stockage d'informations ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur est autorisée uniquement à condition que:

1° l'abonné ou l'utilisateur concerné reçoive conformément aux conditions fixées dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée et à l'égard des traitements de données à caractère personnel, des informations claires et précises concernant les objectifs du traitement et ses droits sur la base de la loi du 8 décembre 1992;

2° l'abonné ou l'utilisateur final ait donné son consentement après avoir été informé conformément aux dispositions visées au point 1°.

L'alinéa 1er n'est pas d'application pour l'enregistrement technique des informations ou de l'accès aux informations stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur final ayant pour seul but de réaliser l'envoi d'une communication via un réseau de communications électroniques ou de fournir un service demandé expressément par l'abonné ou l'utilisateur final lorsque c'est strictement nécessaire à cet effet.

Le consentement au sens de l'alinéa 1er ou l'application de l'alinéa 2, n'exempte pas le responsable du traitement des obligations de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui ne sont pas imposées par le présent article.

Le responsable du traitement donne gratuitement la possibilité aux abonnés ou utilisateurs finals de retirer le consentement de manière simple".

L'article est assez neutre, technologiquement, pour pouvoir garantir une certaine efficacité et sécurité juridiques, afin d'empêcher que cette disposition ne soit trop vite obsolète.

Il règle aussi bien l'utilisation des cookies que d'autres technologies semblables qui stockent les informations sur le disque dur d'un ordinateur et permettent l'accès à ces informations.

Le nouvel article 129 L.C.E. remplace le système de "*l'opt-out*" qui permettait l'utilisation des cookies. "*L'opt-out*" consistait à :

- donner aux internautes une information claire et précise;
- leur donner le droit de s'opposer à l'installation de cookies sur leur ordinateur.

Maintenant, le régime en vigueur est celui de "*l'opt-in*" : qui consiste à donner un consentement préalable au placement des cookies sur l'ordinateur de l'internaute ou qu'un accès aux informations contenues par ces cookies ne puisse se faire. L'article 129, alinéa 1^{er} L.C.E., est toujours d'application quant à l'obligation d'offrir à l'internaute une information claire et précise, à propos des objectifs du traitement et quant aux droits dont il bénéficie en vertu de la L.V.P. L'internaute doit aussi avoir la possibilité de retirer son consentement de manière simple et gratuitement, article 129, alinéa 4 L.C.E.

2.2.2.1. *Consentement de l'internaute*

Comme vu ci-dessus, les exploitants de sites Internet ont l'obligation de demander le consentement des internautes avant de pouvoir installer des cookies sur leurs ordinateurs. L'internaute donne un consentement libre, spécifique et informé.

Le consentement libre exige que l'internaute puisse avoir un réel choix, sans pressions de la part de l'exploitant du site Internet. Rien n'empêche l'exploitant d'un site Internet de pousser l'internaute à autoriser ces cookies en l'informant des avantages que peuvent lui offrir ceux-ci. Par contre, si l'exploitant du site Internet lui bloquait l'accès, dans le cas où l'internaute ne donnerait pas son consentement, celui-ci ne serait pas valide.

Le consentement spécifique porte clairement sur l'utilisation de cookies et de leur finalité. C'est-à-dire que si l'internaute accepte l'ensemble des cookies sans différenciation de leur finalité, cela ne sera pas considéré comme un consentement valable.

Le consentement informé de façon claire et précise précède le consentement de l'internaute. Le contenu de l'information répond aux exigences de l'article 9 de la L.V.P. car il doit faire comprendre à l'internaute ce que sont les cookies et pourquoi ils sont placés sur son ordinateur.

2.2.3. Champ d'application de la réglementation belge relative aux cookies

2.2.3.1. **Matériel**

Tous les cookies tombent sous le champ d'application de la nouvelle réglementation. Le considérant 24 de la Directive "*vie privée et communications électroniques*"¹²² donne une l'explication à cette optique en expliquant que "*l'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur*". La protection est en lien avec un domaine de la vie privée de la personne concernée.

2.2.3.2. **Territorial**

La L.C.E ne donne pas son champ d'application territoriale. Néanmoins, la Directive vie privée et communicationle précise en son article 3, § 1: "*services concernés: la présente Directive s'applique au traitement des données à caractère personnel, dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté*".

La L.V.P. exprime deux critères d'applicabilité territoriale:

- "*lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités réelles et effectives d'un établissement fixe du responsable du traitement sur le territoire belge ou en un lieu où la loi belge s'applique en vertu du droit international public;*
- "*lorsque le responsable du traitement n'est pas établi de manière permanente sur le territoire de l'Union européenne et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens automatisés ou non, situés sur le territoire belge, autres que ceux qui sont exclusivement utilisés à des fins de transit sur le territoire belge.*

¹²² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

Trois scénarios doivent dès lors être distingués:

- *Le responsable du traitement a un établissement en Belgique ;*
- *le responsable du traitement n'a pas d'établissement en Belgique mais est établi dans un autre Etat membre ;*
- *le responsable du traitement est uniquement établi en dehors de l'Union européenne".¹²³*

Si le responsable du traitement ne se trouve pas dans l'Union européenne, le Groupe de "l'article 29" estime que le droit national de l'Etat membre s'applique lorsque l'ordinateur est situé sur son territoire, sur lequel s'opère la collecte de données à caractère personnel de l'utilisateur par le biais d'installation de cookies sur son disque dur.

Le droit belge sur l'utilisation des métafichiers est d'application dès lors que:

- *"l'utilisation des métafichiers intervient dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire belge;*
- *le stockage/la lecture des cookies sur le poste de travail qui se situe sur le territoire belge est effectué par un responsable du traitement qui n'a pas d'établissement fixe sur le territoire de l'Union européenne".¹²⁴*

¹²³Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 de la Commission de la vie privée relative à l'utilisation des cookies, p.37.

¹²⁴ Ibid. p. 38.

Chapitre 3: Cas pratique Facebook

1. LE TRACAGE AU MOYEN DE MODULES SOCIAUX

1.1. *Contexte et description technique*

La modification de la politique de condition d'utilisation de Facebook a créé une grande inquiétude au sein du public. En effet, Facebook "tracera" les habitudes des utilisateurs mais aussi celles des non-utilisateurs de Facebook sur des sites Internet externes, c'est-à-dire hors du site du réseau social. On entend par les termes "suivre" ou "tracer" dans ce cadre, la collecte de données sur les habitudes de navigation d'internautes, sur divers sites Internet. Facebook utilise les modules sociaux qu'il propose à des propriétaires de sites Internet externes pour pouvoir effectuer le traçage.

"Les modules sociaux sont des composants de sites Internet qui sont conçus pour partager le contenu d'une source externe avec le réseau social de Facebook et permettre une certaine personnalisation d'un site Internet externe. Des exemples de modules sociaux sont les boutons "J'aime" et "Partager". Les propriétaires de sites Internet externes qui ajoutent de tels modules sociaux à leur site Internet intègrent en quelque sorte un morceau de Facebook dans leur site Internet. La manière dont ces modules sociaux sont généralement implémentés sur des sites Internet externes force, en d'autres termes, le navigateur de l'utilisateur à extraire du contenu (comme des images ou des scripts) des serveurs de Facebook, communiquant ainsi au réseau social des informations sur les sites Internet visités par l'utilisateur, au moyen de cookies (ce qu'on appelle le "third-party tracking")".

"En outre, Facebook se trouve ainsi dans une position unique, étant donné qu'il peut facilement relier les habitudes de navigation de ses utilisateurs à leur identité réelle, à leurs interactions sur les réseaux sociaux et à des données sensibles telles que des informations médicales, des préférences religieuses, sexuelles et politiques. Cela implique que le traçage par Facebook est plus invasif que la plupart des autres cas de ce qu'on appelle le "third-party tracking" ".¹²⁵

¹²⁵Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux. pp. 17-18.

2. ANALYSE JURIDIQUE LOI PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

En vertu de l'article 1, §§ 1 et 2 de la L.V.P., la collecte d'informations de Facebook par le biais des cookies dans le cadre de modules sociaux est considéré comme un *"traitement de données à caractère personnel"*. Facebook se défend en disant qu'il ne procède pas à un traçage dans certains cas car les données collectées sont anonymisées ou détruites après un certain temps. Pour la Commission de la vie privée ce n'est pas un argument pertinent car un traitement de données à caractère personnel a déjà été effectué initialement par la collecte de cookies et de données de sites Internet via des modules sociaux.

En vertu de l'article 5 de la L.V.P.¹²⁶, un traitement de données à caractère personnel n'est autorisé que si c'est légitime. Facebook peut donc invoquer, pour justifier la collecte des données via des modules sociaux, le consentement de la personne concernée ou le fait que le traitement est nécessaire afin d'exécuter un contrat dans lequel la personne concernée est partie.

Néanmoins, Facebook peut difficilement justifier son traitement de données en invoquant qu'il est nécessaire afin d'exécuter le contrat dans lequel la personne concernée est partie, en vertu des dispositions contractuelles exposées dans les différentes polices du réseau social.

- *"Pour ce qui concerne les non-utilisateurs du réseau social: il ne peut jamais être question d'un contrat dont les dispositions leur seraient applicables;*
- *Pour ce qui concerne les utilisateurs: la possibilité qui leur est laissée, même si les modalités de celle-ci sont critiquables par Facebook lui-même de bloquer ou de refuser l'utilisation de cookies, suffit pour établir*

¹²⁶ Article 5, a) de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel: *"le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que dans l'un des cas suivants : a) lorsque la personne concernée a indubitablement donné son consentement; (...)"*

le caractère non-nécessaire de cette utilisation pour garantir l'exécution du contrat d'adhésion liant Facebook à ses membres".¹²⁷

Pour que Facebook puisse installer des cookies et les recevoir pour les modules sociaux, il doit avoir obtenu préalablement de la personne concernée un consentement libre, informé, spécifique et indubitable pour être recevable en droit.

Au sens de l'article 4, § 1, 3° de la L.V.P.¹²⁸, les données traitées sont adéquates, pertinentes et non excessives. En d'autres termes, les données du traitement sont limitées et sont strictement nécessaires à la réalisation de la finalité déterminée par Facebook.

Les données des non-utilisateurs de Facebook collectées par ce dernier ne peuvent pas être considérées comme pertinentes, du fait même dont ont été collectées ces données à caractère personnel, relatives à des personnes qui ne sont pas inscrites sur Facebook et n'ont donc pas été mises au courant de la collecte de données conformément à l'article 9 de la L.V.P.¹²⁹.

Quant aux données des utilisateurs de Facebook, même si ceux-ci ont adhéré aux conditions d'utilisation du service, il est également abusif pour le réseau social de collecter automatiquement des données liées à la consultation de sites Internet extérieurs à Facebook mais qui comportent des modules sociaux.

¹²⁷Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, p. 21.

¹²⁸Article 4, § 1, 3° de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel: "*les données à caractère personnel doivent être : (...) 3° adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement; (...)*"

¹²⁹Article 9, § 1 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel: "*le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à la personne concernée, auprès de laquelle il obtient les données la concernant et au plus tard au moment où ces données sont obtenues, au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si la personne concernée en est déjà informée:*

a) le nom et l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant;

b) les finalités du traitement;

c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant, envisagé à des fins de direct marketing;(...)"

*"Dès lors que cet article 129 n'est pas pénalement sanctionné, contrairement à la L.V.P., et qu'il a vocation à protéger les utilisateurs d'un service de communication électronique accessible au public (cf. article 2, 12°, de la loi du 13 juin 2005) du traitement de données à caractère personnel les concernant par un tel service, il est important de garantir la compétence de l'autorité de contrôle belge. Celle-ci doit pouvoir examiner si les règles établies par la L.V.P. pour le traitement de données à caractère personnel, telle que celle établie par l'article 5 à laquelle la loi du 13 juin 2005 renvoie concernant le consentement de l'utilisateur, sont effectivement respectées par le responsable du traitement et le cas échéant, recourir à l'application de l'article 39, 2°, de la L.V.P. encadrant les sanctions pénales prévues en cas de non-respect des dispositions de la L.V.P.".*¹³⁰

3. RÔLE DE FACEBOOK INC., DE FACEBOOK IRELAND LIMITED ET DE LA SPRL FACEBOOK BELGIUM

Facebook admet la compétence exclusive de la Commission vie privée irlandaise et n'approuve pas la compétence des autorités de protection des données des autres États membres de l'Union Européenne. Selon Facebook, seul le droit national irlandais de protection des données est applicable pour tous les utilisateurs européens de son réseau social. Toujours selon Facebook, Facebook Inc. établie aux États-Unis n'est pas responsable du traitement de données à caractère personnel mais bien Facebook Ireland Limited. La Commission de la vie privée belge n'approuve pas cette argumentation de Facebook pour les raisons suivantes.

3.1. Facebook Inc. en tant que responsable du traitement

Le modèle d'entreprise de Facebook est basé sur les rémunérations provenant de publicités ciblées. Les publicités sont centrées sur les intérêts individuels, l'âge, le sexe, les lieux et le profil de l'utilisateur de Facebook. Facebook permet aux publicitaires de choisir des groupes cibles spécifiques et d'y faire coïncider les publicités de manière très ciblée, peu importe l'endroit où se trouve cet utilisateur, que ce soit sur le site web de Facebook ou sur un autre site quelconque qui fonctionne avec les services publicitaires de Facebook.

¹³⁰Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, p. 25.

"Facebook Inc. affirme toutefois, dans ses conditions générales, que tous les utilisateurs en dehors des États-Unis d'Amérique et du Canada doivent conclure un contrat avec Facebook Ireland Limited. Facebook précise que Facebook Ireland est le responsable du traitement de données de ces utilisateurs. Toujours selon Facebook, Facebook Inc. agirait en tant que sous-traitant pour Facebook Ireland et sous-traiterait des données à caractère personnel pour lesquelles Facebook Ireland est le responsable du traitement, y compris les données à caractère personnel des utilisateurs belges.

Selon Facebook, Facebook Inc. n'a qu'un seul établissement dans l'Union européenne, c'est-à-dire Facebook Ireland. Dès lors, selon Facebook, c'est le droit irlandais qui s'applique aux traitements de données à caractère personnel de tous les utilisateurs européens. Facebook affirme que l'article 4 (1) a) de la Directive vie privée 95/46/CE doit être interprété dans le sens que si un responsable du traitement a un établissement dans un État membre européen (dans ce cas l'Irlande), il en découle que seul le droit de cet État membre peut être appliqué. Selon Facebook, les contrôleurs d'autres États membres ne peuvent pas faire obstacle aux services fournis par Facebook Ireland car la libre circulation des données au sein de l'Union européenne est un principe fondamental du marché intérieur.

Selon la Commission, il n'apparaît pas que Facebook Ireland puisse prendre des décisions en toute autonomie en ce qui concerne la finalité et les moyens relatifs aux traitements de données à caractère personnel des citoyens belges. Les exemples de décisions présumées cités par Facebook Ireland qui attesteraient de son statut de responsable du traitement témoignent plutôt d'un rôle purement consultatif vis-à-vis de Facebook Inc. ".¹³¹

On constate que les nouvelles conditions d'utilisation de Facebook ont été mises en place en même temps partout dans le monde. C'est pourquoi il ne peut être question d'une politique de vie privée différente à l'égard des citoyens européens surtout que cette politique de vie privée n'inscrit nulle part le terme technique "données à caractère personnel" propre au droit européen mais bien les termes "données" et "informations personnelles", qui ne con-

¹³¹Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux. p. 7.

cernent, pour Facebook, qu'un nom ou une adresse e-mail qui peuvent être utilisés pour prendre contact avec la personne concernée ou connaître son identité.

3.2. *Le rôle de la SPRL Facebook Belgium*

Facebook Belgium peut exercer ses activités "*pour son propre compte*" mais également "*pour compte de tiers*", par exemple pour Facebook Inc.: "*toute activité se rapportant au domaine des affaires publiques et du lobbying, et spécialement: l'analyse des systèmes d'influence, les stratégies de communication d'influence, l'identification des interlocuteurs clés (tels que décideurs, relais, alliés), la création d'alliances et de partenariats, la prise de contacts avec le Gouvernement, le Parlement, les administrations, les institutions européennes et internationales, l'établissement de propositions d'aménagements réglementaires ou législatifs (tels que les amendements) ainsi que l'élaboration d'argumentaires et d'outils de communication*".¹³² La SPRL Facebook Belgium est un établissement fixe de Facebook Inc. sur le territoire belge.

4. DROIT APPLICABLE ET COMPÉTENCE DE LA COMMISSION VIE PRIVÉE BELGE

La Commission de la vie privée a la compétence pour prendre des mesures à l'égard des traitements de données à caractère personnel réalisés par Facebook, en vertu de l'article 3bis, alinéa 1, 1°L.V.P.¹³³ et de la Directive 95/46/CE. Application de la L.V.P., sous

¹³² Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux. p. 9.

¹³³ L'article 3bis de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel: "*la présente loi est applicable au traitement de données à caractère personnel:*

1° lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités réelles et effectives d'un établissement fixe du responsable du traitement sur le territoire belge ou en un lieu où la loi belge s'applique en vertu du droit international public;

2° lorsque le responsable du traitement n'est pas établi de manière permanente sur le territoire de la Communauté européenne et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens automatisés ou non, situés sur le territoire belge, autres que ceux qui sont exclusivement utilisés à des fins de transit sur le territoire belge.

Dans les cas visés à l'alinéa précédent, 2°, le responsable du traitement doit désigner un représentant établi sur le territoire belge, sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même".

l'angle l'article 4, § 1, a) de la Directive 95/46/CE et de la jurisprudence de l'arrêt du 13 mai 2014 de la Cour de Justice de l'Union européenne.¹³⁴

Si dans un cas, l'application de la L.V.P. est contestée sur la base de l'article 4, § 1, a)¹³⁵ de la Directive 95/46/CE et de l'article 3bis, al. 1, 1° de la L.V.P., la L.V.P. n'en est pas pour autant moins applicable, au regard de l'article 4, § 1, c) de la Directive.

4.1.1. Application de l'article 4, § 1, a) de la Directive vie privée 95/46/CE et de l'article 3bis, alinéa 1, 1° de la L.V.P.

Dans les statuts de Facebook publiés au Moniteur belge¹³⁶, il ressort que la SPRL Facebook Belgium a, entre autres, pour objet, pour son propre compte ou pour compte de tiers: *"toute activité se rapportant au domaine des affaires publiques et du lobbying, et spécialement: l'analyse des systèmes d'influence, les stratégies de communication d'influence, l'identification des interlocuteurs clés (tels que les décideurs, relais, alliés), la création d'alliances et de partenaires, la prise de contact avec le Gouvernement, le Parlement, les administrations, les institutions européennes et internationales, l'établissement de propositions d'aménagements réglementaires ou législatifs (tels que les amendements) ainsi que l'élaboration d'argumentaires et d'outils de communication; (...)"*.

"Elle peut accomplir d'une manière générale toutes opérations industrielles et commerciales, financières et civiles, mobilières et immobilières ayant un rapport direct ou indirect avec son objet et pouvant en faciliter directement ou indirectement, entièrement ou partiellement, la réalisation. Elle peut s'intéresser par voie d'association, d'apport, de fusion, d'intervention financière ou autrement dans toutes sociétés, associations ou entreprises

¹³⁴ C.J.U.E 24 mai 2014, C-131/12, l'affaire Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González.

¹³⁵ L'article 4, § 1 de la Directive 95/46/CE *"chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente Directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque:*

a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable; (...)".

¹³⁶ Acte de constitution de la SPRL Facebook Belgium dans les annexes du Moniteur belge du 24 juin 2011

dont l'objet est analogue ou connexe au sien ou susceptible de favoriser le développement de son entreprise ou de constituer pour elle une source de débouchés". En outre, les comptes annuels de 2013 de la SPRL Facebook Belgium visent explicitement le fait que "l'activité principale de la société en 2013 a consisté à apporter du soutien en matière de "public policy" au Groupe Facebook".¹³⁷

En rédigeant l'article 4, § 1, a) de la Directive, le législateur européen a délibérément voulu permettre, en cas de multiplicité d'établissements d'un responsable de traitement au sein de l'Union européenne, que les diverses législations nationales de protection de la vie privée puissent être d'application aux traitements de données à caractère personnel des résidents des États membres concernés pour assurer une protection effective et efficace au sein de ces États membres.

Ceci est appuyé par le considérant 19 de la Directive, lequel dispose: "*considérant que l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable; que la forme juridique retenue pour un tel établissement, qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard; que, lorsqu'un même responsable est établi sur le territoire de plusieurs États membres, en particulier par le biais d'une filiale, il doit s'assurer, notamment en vue d'éviter tout contournement, que chacun des établissements remplit les obligations prévues par le droit national applicable aux activités de chacun d'eux*".¹³⁸

L'interprétation apportée par la C.J.U.E. dans son arrêt du 13 mai 2014¹³⁹ a permis de préciser la question de l'applicabilité du droit national d'un État membre dans lequel se situe un établissement du responsable du traitement par rapport à la difficulté de connaître de quelle façon la nature des activités de cet établissement pouvait ou non influencer sur cette applicabilité.

¹³⁷Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, p. 13.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹C.J.U.E 24 mai 2014, C-131/12, L'affaire Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González.

La C.J.U.E. exprime comme conclusion: "*en effet à ce que le droit national d'un État membre en matière de protection des données est applicable si les activités d'un établissement établi dans cet État membre sont indissociablement liées aux activités du responsable du traitement, ce indépendamment de la question de savoir si cet établissement exerce lui-même ou non des activités de traitement de données*".¹⁴⁰

La C.J.U.E. explique cet argument de la façon suivante: "*Cependant, ainsi que l'ont souligné notamment le gouvernement espagnol et la Commission, l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la Directive 95/46 exige non pas que le traitement de données à caractère personnel en question soit effectué "par" l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit "dans le cadre des activités de celui-ci"*".¹⁴¹

Le législateur de l'Union a voulu empêcher qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci en prévoyant un champ d'application territorial très large.

Dans le cadre de l'arrêt , le traitement de données à caractère personnel qui est effectué pour les besoins du service d'un moteur de recherche, lequel est dirigé par une entreprise ayant son siège dans un État tiers, toutefois disposant d'un établissement dans un État membre, est réalisé "*dans le cadre des activités*" de cet établissement si celui-ci est destiné à garantir, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires présentés par ce moteur de recherche qui amortit le service offert par ce moteur.

La Cour considère que: "*dans de telles circonstances, les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées, dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités*".¹⁴²

¹⁴⁰Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, p. 14.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴²Recommandation d'initiative n° 4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relative à 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, p. 14.

Et de conclure : "*Il découle de ce qui précède qu'il convient de répondre à la première question, sous a), que l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la Directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre*".¹⁴³

La Commission applique le raisonnement établi par la Cour dans son arrêt du 13 mai 2014¹⁴⁴, lequel considère que le responsable du traitement établi dans un pays tiers ou dans l'Union européenne et en comparant les activités de la SPRL Facebook Belgium, qui sont inséparablement liées à celles du responsable du traitement, la loi belge en matière de vie privée est d'application, et par conséquent la compétence de la Commission vie privée belge également. L'interprétation de la CJUE défend la protection du droit fondamental à la vie privée qui voit son origine d'un autre droit fondamental prévu par l'article 13¹⁴⁵ de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Pour conclure, la Commission de la vie privée est compétente et le droit belge en matière de vie privée est d'application puisque Facebook réalise des traitements de données à caractère personnel et dispose d'un établissement en Belgique dont les missions sont attachées à celles de Facebook Inc.

4.1.2. *L'application de l'article 4, § 1, c) de la Directive vie privée 95/46/CE et de l'article 3bis, alinéa 1, 2° de la L.V.P.*

Si les traitements de données ne peuvent être considérés comme étant opérés dans le cadre des activités de la SPRL Facebook Belgium, au sens de l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de Justice dans son arrêt du 13 mai 2014, on pourrait alors appliquer l'article 4,

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ C.J.U.E 24 mai 2014, C-131/12, L'affaire Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González.

¹⁴⁵ Article 13 C.E.D.H.: "*toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles*".

§ 1, c) de la Directive¹⁴⁶ aux traitements de données réalisés par Facebook sur le territoire belge.

"Cet article pourrait, a priori, sembler ne pas être applicable en raison de la présence sur le territoire de l'Union de différents établissements de Facebook. Il n'en est cependant rien: pour être écarté, il faudrait en effet considérer ces différents établissements comme responsables de traitements. Or, comme démontré, tel n'est pas le cas dans la mesure où le véritable responsable de traitement, à savoir Facebook Inc., n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne mais utilise bel et bien des moyens automatisés aux fins de traitement de données à caractère personnel sur ce territoire, tel que les cookies par exemple.

Comme relevé précédemment également, il n'est pas démontré que Facebook Ireland peut être considéré comme responsable du traitement au sens de la Directive, à tout le moins pas en ce qui concerne les utilisateurs belges du réseau social Facebook.

Ce faisant, s'il fallait considérer que l'article 4, § 1, a) de la Directive n'est pas d'application, la loi belge de protection de la vie privée reste d'application et la Commission compétente au regard de l'article 4, § 1, c) de la Directive, à l'encontre des traitements de données opérés par Facebook Inc. sur les données à caractère personnel des utilisateurs belges".

¹⁴⁶ L'article 4, § 1, c) de la Directive 95/46/CE: "chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente Directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque:

c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté".

PARTIE III

LES RECOURS



Chapitre 1: Action civile

1. RECOURS JUDICIAIRE

1.1. *Les mesures de contrôle et de sanction du respect du Livre XII du Code de droit économique*

La législation européenne a exigé que les états membres prennent des mesures de sanction et de contrôle du respect de toutes ces normes, si facilement dérogeables. Il y a diverses mesures, tant au niveau de la prévention, de la cessation que de la sanction.

Pour la prévention, il existe un mode alternatif à l'action judiciaire: des agents mandatés par le ministre sont en charge d'investiguer et de relever les infractions éventuelles au Code de droit économique¹⁴⁷ et cela préalablement à toute procédure judiciaire. Ils ont la possibilité d'adresser un avertissement au contrevenant par une mise en demeure de cesser l'acte constaté¹⁴⁸.

L'article XVII.1^{er} du Code de droit économique constitue la base légale de l'action en cessation, qui octroie au Président du Tribunal de Commerce (ou du Tribunal de Première Instance, à l'encontre des personnes exerçant une profession libérale) le pouvoir de mettre fin à une infraction au Code de droit économique, même si celle-ci constitue aussi une infraction pénale.

Il y existe également un régime particulier pour les infractions commises au Livre XII concernant les services de l'information en ligne. Le chapitre V du Livre XVII concrétise en effet les actions pour les infractions de certains articles¹⁴⁹.

"Art. XVII.23. § 1^{er}: Par dérogation aux dispositions du présent titre, seuls les paragraphes suivants sont applicables en cas de violation de l'article XII.22.

§ 2. Le président du tribunal de première instance ou, le cas échéant, le président du tribunal de commerce, constate l'existence et ordonne la cessation de tout enregistrement

¹⁴⁷ Article XV.2 du Code de droit économique

¹⁴⁸ Article XV.31 du Code de droit économique

¹⁴⁹ .Articles XVII. 22 à 25 du Code de droit économique.

d'un nom de domaine par une personne ayant son domicile ou son établissement en Belgique et de tout enregistrement d'un nom de domaine enregistré sous le domaine BE, en violation de l'article XII.22.

§ 3. Le président du tribunal peut ordonner que le titulaire du nom de domaine concerné radie ou fasse radier le nom de domaine ou qu'il transfère ou fasse transférer ce dernier à la personne qu'il désigne.

§ 4. L'action est formée à la demande de toute personne qui justifie d'un intérêt légitime à l'égard du nom de domaine concerné et qui peut faire valoir un droit à l'un des signes mentionnés [à l'article XII. 23 – supprimé et remplacé par:] "à l'article XII.22" (inséré par la loi du 15 mai 2014, entrée en vigueur le 31 mai 2014). (...)"

"Art. XVII.24. Le président du tribunal de commerce peut ordonner l'interdiction de la publicité visée à l'article XII. 21, 3°, lorsqu'elle n'a pas encore été portée à la connaissance du public, mais que sa publication est imminente."

2. RECOURS NON JUDICIAIRE- INSTANCES COMPÉTENTES

2.1. JEP

2.1.1. La Compétence du JEP

Le rôle du Jury d'éthique publicitaire constitue, en l'analyse du contenu, des messages publicitaires retransmis par les médias de masse (presse écrite, magazines, radio, télévision, cinéma, Internet, etc.) et via e-mailing. L'examen s'effectue du point de vue de l'influence probable de la publicité sur le public et en particulier sur les consommateurs. Sont écartés de son domaine de compétence:

- *"les litiges entre vendeur et acheteur ou entre entreprises,*
- *les autres formes ou moyens de communication tels que folders non personnalisés ou brochures dans les points de vente, emballages,*

- les autres pratiques commerciales telles que les actions de promotion des ventes, les jeux et concours, etc."¹⁵⁰

Le Jury ne rend pas d'avis juridiques et n'est pas chargé d'un rôle arbitral destiné à trancher des litiges entre concurrents ou entre acheteur et vendeur. Mais en cas de conflit entre entreprises et avec l'accord des parties, le Jury peut émettre un avis écrit et confidentiel.

2.1.2. Exemple de décision

"Description de la publicité: Sur le site internet de Flair on pouvait lire ce qui suit: "coques de GSM exclusives – En collaboration avec coquepersonnalisee.be pour seulement 7,95€ - Convient pour tous les smartphones !". Sur le site internet de coquepersonnalisee.be, était, entre autres, mentionné ce qui suit: "1. Cliquez d'abord sur votre image préférée. 2. Sélectionnez votre modèle de smartphone ici. (...) La collection est disponible pour les marques suivantes". Et en dessous, apparaissaient les logos de Samsung, LG, Apple, HTC et Sony.

Motivation de la plainte: le plaignant souligne que dans la publicité, il est affirmé qu'on peut commander une coque pour tous les modèles de smartphones. Dans cette annonce, aucune distinction n'est faite entre des modèles courants et non courants. Le consommateur achète donc un Flair avec un code pour commander une coque et se retrouve sur le site internet de coquepersonnalisee.be où il est indiqué que seuls quelques modèles sont offerts, ce que Flair ne mentionne donc pas dans sa publicité.

Position de l'annonceur: l'annonceur a communiqué que l'action consiste à commander une coque smartphone à prix réduit sur coquepersonnalisee.be avec un code de Flair. On peut choisir une des coques de Flair ou uploader sa propre photo. Dans l'annonce de l'action en question, les coques de Flair n'ont été montrées que sur des iPhones d'Apple. Pour souligner le fait que les coques sont aussi disponibles pour d'autres marques que les iPhones d'Apple (à savoir pour tous les modèles mentionnés sur coquepersonnalisee.be), il a été ajouté dans quelques cas: "convient pour tous les smartphones". On faisait bien toujours clairement référence à coquepersonnalisee.be. Sur ce site internet, on peut comman-

¹⁵⁰ JEP. *Quel est le domaine de compétence du JEP?* [en ligne] Disponible sur: <<http://www.jep.be/fr/faq/quel-est-le-domaine-de-competence-du-jep/>> (consulté le 06 mai 2015)

der des coques pour de nombreux modèles bien que, pour un petit nombre de modèles moins courants, il n'y a malheureusement pas (encore) de coques disponibles.

L'annonceur regrette que le plaignant n'ait pas pu commander de coque pour un certain modèle et souhaite s'excuser. Il n'a cependant jamais eu l'intention de tromper quelqu'un. Enfin, l'annonceur a communiqué que la campagne n'apparaîtra plus sous cette forme et que, dans le futur, il veillera à ne plus communiquer de telle façon.

Position du Jury: *le Jury est d'avis que la publicité en question est formulée de manière trop absolue en ce qui concerne la disponibilité du produit de l'action et qu'une simple référence vers le site internet du partenaire ne clarifie, en l'espèce, pas suffisamment que ce site contient de l'information pertinente concernant la portée limitée de l'action. Le Jury a dès lors estimé que cette publicité est de nature à pouvoir tromper le consommateur moyen en ce qui concerne la portée exacte de l'action et notamment la disponibilité du produit de l'action, et à l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, ce qui est une infraction à l'article VI.97 du Code de droit économique et à l'article 5 du Code de la Chambre de Commerce Internationale.*

Compte tenu de ce qui précède et sur la base des dispositions susmentionnées, le Jury a dès lors demandé à l'annonceur de modifier la publicité, et à défaut de ne plus la diffuser.

Suite: *à ce sujet, le Jury a noté que l'annonceur avait déjà précisé dans sa réaction que la publicité n'apparaîtra plus sous cette forme".* ¹⁵¹

2.2. La Commission de la protection de la vie privée

La Commission a été instituée par la loi du 08 décembre 2012¹⁵², en son article 23: "*il est institué auprès de la Chambre des représentants une Commission de la protection de la vie privée, composée de membres désignés par la Chambre des représentants, parmi lesquels le président et le vice-président*".

¹⁵¹ JEP. *Décision du Jep* [en ligne] Disponible sur: <<http://www.jep.be/fr/decisions-du-jep/?decision=4297>>

¹⁵² Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

La commission peut soit d'initiative, soit sur demande du Gouvernement, des Chambres législatives, des Gouvernements de communauté ou de région, des Parlements de communauté ou de région, émettre des avis ou des recommandation sur toute question relative à l'application des principes fondamentaux de la protection de la vie privée dans le cadre de la présente loi sur la protection de la vie privée, ainsi que des lois contenant des dispositions relatives à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La Commission a l'habilitation de traiter les questions et les plaintes concernant les traitements de données à caractère personnel effectués à des fins de marketing direct.¹⁵³

2.3. *La Federal Computer Crime Unit*

Le Le SPF Economie nous renvoie, en cas de constatations d'abus, au site *eCops* de la Federal Computer Crime Unit, pour pouvoir déposer plainte. Celui-ci est le point de contact belge sur internet:

"eCops est un point de contact belge en ligne où vous pouvez, en tant qu'utilisateur d'Internet, signaler des délits en relation avec la Belgique commis sur ou via l'Internet. Vous ne devez plus vous soucier de "qui est compétent ?", votre demande sera traitée par le bon service. Vous êtes tombé sur un site troublant contenant des informations trompeuses ? Vous avez reçu, par e-mail, des publicités non sollicitées ou une proposition frauduleuse ? Vous avez vu de la pédopornographie sur un site ? Votre signalement peut entraîner une action de la part du SPF Economie, de la Police ou de la Justice".¹⁵⁴

¹⁵³ Voy., Partie III, Chapitre 3: cas pratique Facebook p.70.

¹⁵⁴Ecops. *Point de contact belge* [en ligne]. Disponible sur : <https://www.ecops.be/webforms/Default.aspx?Lang=FR> (consulté le 6 mai 2015)

Chapitre 2: Action pénale- Cas du spamming

1. ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 17 mars 2010¹⁵⁵ a un intérêt tout particulier car il aborde le litige en examinant trois qualifications possibles sous l'angle de la législation belge de la pratique du spamming concerné: harcèlement, réception de courriers non sollicités à des fins de prospection et traitement de données à caractère personnel.

1.1. *Les faits arrêtés en première instance par le Tribunal Correctionnel de Bruxelles*¹⁵⁶

"Une fonctionnaire de la Communauté française, Mme C., avait reçu, sur plusieurs années, dans sa boîte de messagerie électronique professionnelle, divers courriers électroniques d'information non sollicités adressés par plusieurs expéditeurs. Ces courriers avaient en commun d'avoir trait aux activités du parti politique Front National ou d'organisation de la même mouvance politique. Seuls deux prévenus étaient toutefois à la cause, un certain M.T. et l'a.s.b.l. Front National.

Après avoir reçu plusieurs e-mails émanant du Front National et appris qu'elle figurait sur la mailinglist de ce parti, elle s'adressa à celui-ci en demandant à en être désinscrite. Un courrier d'excuses émanant du responsable de la communication informatique du Front National de l'époque lui parvint le jour même.

Plusieurs mois plus tard, Mme C. reçut à nouveau un e-mail émanant d'une adresse professionnelle "fn.polgroup.senate.be" dont l'auteur était un certain Monsieur T. et lui transmettant le texte d'une intervention parlementaire d'un sénateur du Front National.

Après avoir suivi la procédure indiquée en fin de message pour se désinscrire sans y parvenir néanmoins, elle reçut à nouveau un message du même expéditeur et y répondit le lendemain pour indiquer qu'elle ne s'était jamais inscrite sur la liste du Front National. Elle reçut un message confirmant sa désinscription. L'histoire aurait pu s'arrêter là, mais

¹⁵⁵ Cour d'Appel de Bruxelles (11e ch. corr.), 17 mars 2010. (Voy., annexe 1)

¹⁵⁶ Corr. Bruxelles (62e ch.), 27 novembre 2008, inédit.

*Madame C. reçut encore de nombreux courriers électroniques non sollicités émanant d'autres associations de la même mouvance, et ce jusqu'à ce qu'elle parte à la pension et qu'elle n'ait plus l'usage de son adresse électronique professionnelle".*¹⁵⁷

Madame C. avait poursuivi, devant le Tribunal correctionnel de Bruxelles¹⁵⁸, Monsieur T. et l'a.s.b.l. Front National pour harcèlement par l'utilisation du courrier électronique. Mais les prévenus ont été acquittés au motif qu'il n'y avait pas de comportement harcelant.

Les trois infractions mises en cause dans le litige ont des objectifs différents:

- L'interdiction du harcèlement cherche à prévenir "*les atteintes conscientes à la tranquillité des personnes*". L'article 442bis du Code pénal établit ce comportement en infraction et attire l'attention sur "*la connaissance raisonnable dans le chef de l'auteur du fait que son comportement doit affecter la tranquillité de la victime de son comportement*".
- L'article 14 de la loi du 11 mars 2003¹⁵⁹ cantonne l'usage de la technique publicitaire qui pourrait générer des coûts et inconvénients en envahissant les messageries de courriers électroniques non sollicités.
- La loi du 8 décembre 1992 délimite à quelles conditions des données à caractère personnel peuvent être traitées et ce afin d'établir un équilibre entre la protection de la vie privée des personnes et la liberté de circulation et d'utilisation des données.

1.2. *Harcèlement ou désagrément?*

Le phénomène du *spamming* n'est pas en soi une infraction de harcèlement au sens de l'article 442 bis du Code pénal. Toutefois, l'envoi de courrier non sollicité peut ressembler à un comportement harcelant.

¹⁵⁷ Corr. Bruxelles (62e ch.), 27 novembre 2008, inédit.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Abrogé par la loi portant insertion du code de droit économique et remplacé à l'article XII. 14 CDE.

Aux sens de l'article 442bis du Code pénal "*quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante euros à trois cents euros, ou de l'une de ces peines seulement*".

Selon la Cour de Cassation du 21 février 2007 "*l'art. 442bis punit celui qui, par des agissements incessants ou répétitifs, porte gravement atteinte à la vie privée d'une personne en l'importunant de manière irritante, alors qu'il connaissait ou devait connaître cette conséquence de son comportement*".¹⁶⁰

La Cour d'Appel de Bruxelles estime que l'infraction invoquée par Madame C. n'est pas constatée dans le chef des prévenus. La Cour considère que le fait de recevoir quelques messages d'un parti politique dont on désapprouve hypothétiquement les opinions peut être perçu comme un désagrément mais n'est pas suffisant à "*compromettre gravement la tranquillité*" du destinataire de ces messages en vertu de l'article 442bis du Code pénal.

On remarque que la Cour n'exclut pas la possibilité que l'envoi de certains courriers non sollicités pourrait être considéré dans certains cas comme un comportement harcelant pouvant compromettre gravement la tranquillité de la personne concernée mais estime que la réception des quelques messages litigieux n'est pas suffisant.

1.3. *Le spam publicitaire et la prospection directe*

La Cour s'est prononcée sur le fait de savoir si ce droit de communication à caractère politique est visé par l'article 14 de la loi du 11 mars 2003¹⁶¹ qui prévoit que: "*l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages*".

¹⁶⁰ Cass., 21 février 2007, R.G. n° P.06.1415.F., J.T., p. 262 avec obs. A. MISONNE, R.D.P., p. 529

¹⁶¹ Abrogé et remplacé par Art. XII.13. § 1^{er} du Livre XII. Droit de l'économie électronique, du Code de droit économique.

La Cour s'en remet à l'article 2, 2° de la loi du 11 mars 2003¹⁶² qui définit le champ d'application de l'article 14 dans un contexte surtout commercial, en donnant au terme "publicité" la définition suivante: *"toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée"*.

La Cour en déduit que l'article 14 ne vise pas l'envoi de courriers électroniques relatifs à un parti politique dès lors que celui-ci n'a pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée. Cette interprétation va d'ailleurs dans le sens de la doctrine¹⁶³.

L'arrêt de la Cour d'Appel, confirmant sur ce point l'interprétation du Tribunal correctionnel, en déduisant l'article 14 ne concerne pas l'envoi de courriers électroniques relatifs à un parti politique car elle estime que celui-ci n'a pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée.

1.4. Le spam en tant que traitement de données à caractère personnel

La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel a vocation à s'appliquer aussi à l'envoi du courrier non sollicité dès qu'il y a un traitement de données à caractère personnel. *"Tel est le cas lorsque l'on enregistre, conserve ou utilise des données afin d'envoyer des courriers électroniques à une adresse personnelle, qu'elle soit privée ou professionnelle"*.¹⁶⁴

¹⁶² Abrogé et remplacé par Art. I.18. 6° du Livre I. Définitions, du Code de droit économique.

¹⁶³ P. VAN ECKE, *"De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar"*, R.W., 003-2004, p. 333; F. DE CLIPPELE, *"Ongewenste reclame per elektronische post, blijf van mijn schrijf"*, R.W., 2003-2004, p. 1711; D. GOBERT, *"Le courrier publicitaire au regard du droit"*, R.D.T.I., 2005, n° 22, p. 12 ; E. MONTERO, *"La publicité sur internet : principes juridiques et applications"*, in *Les pratiques de commerce électronique*, Cahier du CRID, n° 30, Bruxelles, 2007, Bruylant, pp. 28-29.

¹⁶⁴ Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/2003 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, p. 3.

Madame C. avait sollicité "la requalification de la prévention en infraction" aux articles 5 et 6, d¹⁶⁵ L.V.P. dont une sanction pénale est organisée à l'article 39.¹⁶⁶

La Cour n'a pas estimé de juger la question si en l'espèce, le traitement avait été conforme aux conditions de l'article 6, d. Mais elle a examiné la qualification desdites données. Elle considère que *"le fait que l'adresse électronique de Mme C. se trouve dans le fichier utilisé pour communiquer sur les activités du Front National n'est pas de nature à révéler les opinions politiques de Mme C., eu égard au fait qu'il avait été expliqué par les prévenus que d'autres personnes s'y trouvent également par intérêt professionnel (tels des journalistes), par sympathie ou par simple curiosité"*.¹⁶⁷

Selon la Cour, il n'y pas de lien entre appartenance au fichier et l'information relative à une appartenance à un parti politique. *"Dès lors que le traitement ne portait pas sur des données sensibles, l'article 6 de la loi ne trouvait pas à s'appliquer"*.¹⁶⁸

Si le traitement n'est pas prohibé, il doit trouver son fondement sur une des bases énumérées limitativement à l'article 5 de la loi. La Cour considère *"qu'en l'espèce, aucune de ces hypothèses n'est rencontrée et en particulier, pas celle d'un consentement de la personne concernée par les données"*.¹⁶⁹

Dans le cadre d'envoi de communications non sollicitées, il y a fréquemment deux bases possibles. Au-delà du consentement indubitable de la personne concernée, le traitement peut être effectué *"lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi"*

¹⁶⁵ Article 6, d) de la loi sur la protection de la vie privée et du traitement de données à caractère personnel: *"lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités légitimes d'une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse, mutualiste ou syndicale, à condition que le traitement se rapporte aux seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées. (...)"*

¹⁶⁶ Ibid. Article 39, 2°: *"Est puni d'une amende de cent francs à cent mille francs:*

2° le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui traite des données en dehors des cas prévus à l'article 5;

3° le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui a traité des données en violation des articles 6, 7 ou 8; (...)"

¹⁶⁷ ROSIER, K. *Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?* Larcier, 2010/04, p.327.

¹⁶⁸ Ibid. p.328.

¹⁶⁹ Ibid.

par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi".¹⁷⁰ Il est question d'une balance des intérêts en présence à effectuer au cas par cas. Ici, la Cour estime "que les prévenus ne pouvaient se prévaloir de cette disposition, de sorte que seul le consentement de la personne concernée aurait pu légitimer le traitement"¹⁷¹. Le consentement engage, au sens de la loi, une "manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement".¹⁷² Sans pour autant avoir une exigence quant à la forme de ce consentement, Mme C. dément en avoir donné un. La Cour affirme qu'il appartient aux prévenus d'apporter la preuve de ce consentement, ce qu'ils ne font pas.

La dernière question jugée par la Cour est fondée sur l'identité du responsable du traitement. Le responsable du traitement peut être une personne physique, une personne morale, une association de fait ou une administration publique: "il s'agit de la personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel".¹⁷³

"La Cour désigne l'a.s.b.l. Front National comme étant la personne morale responsable du traitement des données à caractère personnel contenues dans les fichiers élaborés dans le cadre des activités du parti Front National. En ceci, elle se démarque de la position du Tribunal correctionnel qui avait estimé qu'il n'était pas établi que l'a.s.b.l. Front National était bien le commanditaire de l'envoi des messages litigieux".¹⁷⁴

¹⁷⁰ Article 5, f.) de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

¹⁷¹ ROSIER, K. *Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?* Larcier, 2010/04. p. 328

¹⁷² Article 1er, §8, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel

¹⁷³ Article 1er, §4 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

¹⁷⁴ ROSIER, K. *Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?* Larcier, 2010/04. p. 321.

La Cour estime également *"qu'il ne ressort pas du dossier que le second prévenu, M. T., ait été désigné en qualité de mandataire ou de préposé de l'a.s.b.l. Elle ne retient aucune prévention à son égard, sans toutefois remettre en cause le fait que M. T. ait adressé un message non sollicité à Mme C. Aussi, la Cour semble-t-elle ne tirer aucune conséquence du fait que M. T. aurait lui-même adressé pour son compte ou celui d'un tiers un message litigieux dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel"*.¹⁷⁵

¹⁷⁵ ROSIER, K. *Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?* Larcier, 2010/04. p. 329.

CONCLUSION

Ces dernières décennies, Internet a rapidement évolué en un espace commercial où l'internaute, en tant que consommateur, peut être "ciblé" par des annonceurs. Comme nous l'avons vu, ceux-ci utilisent différentes techniques plus inventives les unes que les autres pour inciter et garder leurs clients et prospects. C'est pourquoi l'internaute, face à cette émergence de pratiques, a eu besoin de protection plus adaptée contre une intrusion trop forte des messages publicitaires. Le cadre réglementaire s'est créé autour de cette évolution des pratiques de l'entreprise, dans le respect du droit de la vie privée mais également en s'adaptant à la spécificité technique des nouvelles technologies.

La publicité sur Internet est diffusée par des techniques souvent complexes que le consommateur connaît mal, ayant comme conséquence directe un important risque de violation de la vie privée.

La gratuité des services de Google tient une grande place sur le web. Déplacer le contenu de l'immensité du monde de l'Internet sur les serveurs Google coûte très cher. Ce sont les annonceurs qui financent la "gratuité" à travers des publicités en ligne. Il s'impose à l'internaute de décrypter les interactions complexes entre information et publicité, c'est le modèle défini par Google. Cela a pour conséquence directe de nous affecter en structurant nos vies numériques et nos choix. (Comment distinguer information neutre et discours publicitaire ?)

"Le passage au gratuit se paie aussi de manière différée et plus aveugle: aux usagers d'offrir des "unités de vie privée" pour alimenter le trésor d'informations personnelles dans les coffres des serveurs Google".

"Le "payant" (les annonces) est l'autre face du "gratuit" (le contenu) qu'offre Google".¹⁷⁶

¹⁷⁶STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011. p. 120.

L'Europe est consciente de ces problèmes et tente de légiférer actuellement sur une révision de la Directive 95/46/CE qui a fait son temps. L'application du droit est difficile sur Internet car ses contours sont flous. Ainsi, le droit de la protection des données personnelles sera défini autrement et appliqué différemment selon les pays et l'interprétation que l'on a de la Directive, ce qui provoquera une confusion au sein de l'Europe. Davantage d'harmonisation transfrontalière, voilà ce que devrait apporter le nouveau règlement européen.

En plus de la nécessité d'harmoniser les règles au sein de l'Europe, il reste particulièrement à créer les institutions compétentes pour contrôler l'espace sans frontières de l'Internet. Les juridictions nationales sont souvent désarmées face à l'absence de territoire matériel de l'Internet, à la vitesse de déplacement de l'information, à la complexité de faire appliquer les jugements - surtout à l'étranger - d'internautes répartis sur toute la terre, etc. Dans ce contexte mondialisé, les configurations d'application du droit doivent être fortement modifiées si on veut empêcher la jungle en ligne. Peut-être que des institutions à l'échelle mondiale s'imposent. En ce qui concerne la régulation des moteurs de recherche et de leurs filtres, ne faudrait-il pas, par exemple, avoir une agence publique internationale, possédant des outils et ressources pour effectuer l'analyse des algorithmes de classement des sites internet et en tirer des conclusions ? Projet utopique ou réalisable, à l'heure à actuelle ?

BIBLIOGRAPHIE

Législation

- Le Code de droit économique, M. B., 28 février 2013, p. 19975.
- Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, "Droit de l'économie électronique" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique. M.B., 14 janvier 2014, p. 1524.
- Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution. M.B., 17 mars 2003, p. 12962.
- Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 18 mars 1993, p.5801.
- Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, M.B., 20 juin 2005, p. 28070.
- Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, M.B., 25 juillet 2012, p. 40969.
- Arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, M.B., 28 avril 2003, p. 29292.
- Avis d'initiative n°34/2000 de la Commission de la protection de la vie privée relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique. Disponible à l'adresse suivante: <<http://www.droit-technologie.org/upload/legislation/doc/47-1.pdf>>
- Avis n°07/2003 de la Commission de la Protection de la vie privée relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale. Disponible à l'adresse suivante: <http://economie.fgov.be/fr/binaries/spamming_brochure_fr_tcm326-31741.pdf>
- Avis n°1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche du Groupe de travail "Article 29". Disponible à l'adresse suivante: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_fr.pdf>

- Avis n°2/2010 sur la publicité comportementale en ligne du Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données. Disponible à l'adresse suivante: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf>
- Recommandation n°02/2013 du 30 janvier 2013 de la Commission de la vie privée relatif au marketing direct et protection des données à caractère personnel. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_02_2013.pdf>
- Recommandation d'initiative n°01/2015 du 4 février 2015 de la Commission de la vie privée relatif à l'utilisation des cookies. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2015_0.pdf>
- Recommandation d'initiative n°4/2015 du 13 mai 2015 de la Commission de la vie privée relatif 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2015.pdf>
- Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.
- Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.
- Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.
- Directive 98/48/CE du Parlement européen et du conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caract-

tère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ("*Directive vie privée et communications électroniques*").

- 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 ("*Directive sur le commerce électronique*").
- Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ("*Directive vie privée et communications électroniques*").
- Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive 2002/58/CE.
- Directive 2006/114/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.
- Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.
- Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

Jurisprudence

- Comm. Nivelles (cess.), 26/11/2003, D.A.O.R., 2004/2, n° 70, p. 93.
- Comm. Liège, (2e ch.), 18/04/2008, Affaire: "Nutripharm", Ing.-Cons., 2008/3, p. 402.
- Cour d'Appel de Bruxelles (11e ch. corr.), 17/03/2010, R.D.T.I., 2011/1, n° 42, p. 51-54
- Cour d'Appel de Liège (7e ch.), 19/11/2009, D.A.O.R., 2010/4, n° 96, p. 451-457.
- Cour d'Appel de Mons (1re ch.), 16/09/2013, Ing.-Cons., 2013/4, p. 928-954.
- Corr. Bruxelles (62e ch.), 27 novembre 2008, inédit.
- Cass. (1re ch.), 8 décembre 2011, Pas., 2011, p. 2733, n° 675. R.D.T.I.- N° 53/2013.
- Cass., 21 février 2007, R.G. n° P.06.1415.F., J.T., p. 262
- C.J.U.E, 22 septembre 2011, C-323/09, Rev. dr. comm. b, 2012/6, p. 562-574.
- C.J.U.E., 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, Google c. Louis Vuitton Malletiers, Google c. Viaticum et Luteciel, Google c. CNRRH.
- C.J.U.E., 5 mai 2011, C-316/09, MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH
- C.J.U.E., 22 septembre 2011, C-323/09, Interflora British Uni c. Marks & Spencer plc et Flowers Direct Online Ltd
- C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology NV c. Bert Peelaers et Visys NV.
- C.J.U.E 24 mai 2014, C-131/12, Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González.

Doctrine

- MONTERO, E. JACQUEMIN, H. *Commerce électronique et contrats de l'informatique*. R.D.T.I., 2012/3-4, n° 48. pp. 5-28.
- CRUQUENAIRE, A. *Outils de référencement et usage de la marque d'un concurrent: le droit de la publicité comparative en ligne de mire*. R.D.T.I., 2013/4, n° 53. pp. 73-82.
- CORNU, E. *Usage de la marque d'un tiers et systèmes de référencement sur Internet*. J.T., 2012/40-41, n° 6500. pp. 821-827.
- PISSOORT, D. *Publicité et démarchage du consommateur au regard de la protection de la vie privée*. J.T., 2012/40-41, n° 6500. pp. 802-805.
- SEPUL, S. *Jury d'éthique publicitaire - Présentation du J.E.P. et aperçu des décisions rendues durant le premier semestre 2010*. A&M, 2010/5-6. pp. 596-598.

- PHILIPPART DE FOY, A. VAN GOSSUM, K. *Les cookies: état des lieux et perspectives*. R.D.T.I., 2013/3, n° 52. pp. 5-19.
- GOBERT, D. *Le courrier électronique publicitaire au regard du droit*. R.D.T.I., 2005/2. p. 7.
- MONTERO, E. *Droit du commerce électronique*. R.D.T.I., 2009/2, n° 35. pp. 11-29.
- ROSIER, K. *Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?* Larcier, 2010/04. pp. 321 -329.
- CARNEROLI, S. *Chapitre 2 - Développer un e-mailing in Marketing et internet*. Bruxelles, Éditions Larcier, 2011. pp. 25-35.
- VAN ECKE, P. *De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar*. R.W., 003-2004. p. 333.
- DE CLIPPELE, F. *Ongewenste reclame per elektronische post, blijf van mijn schijf*. R.W. 2003-2004. p. 1711.
- GOBERT, D. *Le courrier publicitaire au regard du droit*. R.D.T.I., n° 22, 2005. p. 12.
- MONTERO, E. *La publicité sur internet : principes juridiques et applications*. in *Les pratiques de commerce électroniques*. CRID, n° 30, Bruxelles, 2007, Bruylant. pp. 28-29.

Ouvrages

- CASTETS-RENARD, Céline. *Droit de l'Internet*. Paris: Montchrestien, 2010. pp.19-47;447-466. (Collection: "Cours").
- NOTTET, Aurélie. *Le consommateur mineur: analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*. Waterloo: Kluwer, 2013.
- VERBIEST, Thibault. *La protection juridique du cyber-consommateur: publicité, contrats, contentieux*. Paris: Litec, 2002.
- LEPAGE, Agathe. *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet: droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'Internet, responsabilité*. Paris: Litec, 2002. p. 106. (Collection: "Librairie de la Cour de Cassation").
- VERBIEST Thibault. WÉRY, Etienne. *Le droit de l'Internet et de la société de l'information: droits européen, belge et français*. Bruxelles: Larcier, 2001.

- STROWEL, Alain. *Quand Google défie le droit: plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*. Bruxelles: De Boeck, 2011.
- DOCQUIR, Benjamin. FESLER, Daniel. DEHARENG, Elisabeth. FOSSOUL, Virginie. *Le droit des nouvelles technologies et de l'Internet*. Bruxelles: Bruylant, 2012. (Collection: "UB³").
- DEBEUCKELAERE, Willem. VERMULEN, Gert. *Législation protection vie privée 2015*. Bruxelles: Codes Larcier thématiques, 2015.
- MOUFFE, Bernad. *Le droit de la publicité*. Bruxelles: Larcier, 2013. pp. 63-7.

Documentation

- Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en 24 questions et réponses*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, janvier 2005.
- Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Le spamming en question: exemples illustrés et conseils pratiques*. Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché, novembre 2006.
- Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Guide pour les titulaires Internet*. Centre de Recherches Informatique et Droit, avril 2011.
- Brochure du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie. *Guide pour les utilisateurs Internet*. Centre de Recherches Informatique et Droit, avril 2011.

Sites Internet

- Portail du SPF économie. *Droits des utilisateurs d'Internet* [en ligne]. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Internet/droits_utilisateurs/> (consulté le 26 janvier 2015)
- Portail du SPF économie. *Publicité et pratiques déloyales* [en ligne]. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Internet/commerce_electronique/publicite_et_offre_sur_Internet/publicite_et_pratiques_deloyales/> (consulté le 29 janvier 2015)
- Portail du SPF économie. *Régulation et Organisation du Marché* [en ligne]. Disponible sur:

- <http://economie.fgov.be/fr/spf/Organigramme/Directions_generales/regulation_organisation/> (consulté le 02 février 2015)
- Portail du SPF économie. *Protection des données personnelles* [en ligne]. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Internet/securite_information/protection_donnees_personnelles/> (consulté le 02 février 2015)
 - Portail du SPF économie. *e-Cops* [en ligne]. Disponible sur: <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Internet/securite_information/e-Cops/> (consulté le 02 février 2015)
 - Portail de la Commission de la protection de la vie privée. *Que sont les données à caractère personnel?* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.privacycommission.be/fr/que-sont-les-donnees-a-caractere-personnel/>> (consulté le 03 février 2015)
 - Portail du Jury d'Ethique Publicitaire. *Décisions du JEP* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.jep.be/fr/decisions-du-jep/?tri=0&adv=0&ser=0&cat=0&cri=0&dec=0&med=8>> (consulté le 03 février 2015)
 - Portail Droit & Technologie. *Vie privée et données personnelles* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.droitbelgique.com/legislation-list-by-themes-4-1---5-2015/vie-privee-et-donnees-personnelles.html>> (consulté le 03 février 2015)
 - Portail belgium.be. *Respect de la vie privée: Internet* [en ligne]. Disponible sur: <http://www.belgium.be/fr/justice/respect_de_la_vie_privee/Internet/> (consulté le 03 février 2015)
 - Portail Wallonie.be. *Sécurité et aspects juridiques des TIC: Définition des liens hypertextes et du framing* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.awt.be/web/sec/index.aspx?page=sec,fr,fi,050,002>> (consulté le 08 février 2015)
 - Google Investor Relations. *2015 Financial Tables* [en ligne]. Disponible sur: <<http://investor.google.com/financial/tables.html>> (consulté le 08 février 2015)
 - FEDMA. *Self Regulation* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.fedma.org/index.php?id=56>> (consulté le 19 avril 2015)
 - DARMON, Laetitia. *Livre vert, livre blanc* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.europeplusnet.com/article529.html>> (consulté le 15 avril 2015)

- MONTERO, Étienne. *La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information* [en ligne]. Portail du Centre de Recherche Informatique et Droit. Disponible sur: <<http://www.crid.be/pdf/public/4296.pdf>> (consulté le 07 février 2015)
- VERBIEST, Thibault. *Publicité par courrier électronique : de nouvelles règles du jeu* [en ligne]. Portail du droit belge. Disponible sur: <http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=96> (consulté le 07 février 2015)
- DUBOIS, Caroline. VAN DEN BULCK, Paul. *Le cadre législatif de protection des données à caractère personnel* [en ligne]. Portail du droit belge. Disponible sur: <http://www.droitbelge.be/fiches_detail.asp?idcat=42&id=470> (consulté le 07 février 2015)
- GOBERT, Didier. *La publicité sur Internet – le droit en (r)évolution* [en ligne]. Consult & Training GOBERT SPRL droit de l'informatique et des réseaux. Disponible sur: <<http://www.dgobert.be/images/pdf/publicite.pdf>> (consulté le 07 février 2015)
- POIDEVIN, Blandine. *Quel projet de Règlement européen relatif aux données personnelles en 2015 ?* [en ligne]. Cabinet Jurisexpert, 2015. Disponible sur: <<http://www.jurisexpert.net/projet-reglement-europeen-du-25-janvier-2012-relatif-aux-donnees-personnelles/>> (consulté le 14 février 2015)
- Jean-François HENROTTE, Alexandre CRUQUENAIRE. *Publicité sur internet : le droit des pratiques commerciales au secours des titulaires de marques?* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.lexgo.be/fr/articles/2013/10/Publicit%E9%20sur%20Internet%20%3A%20le%20droit%20des%20pratiques%20commerciales%20au%20secours%20des%20titulaires%20de%20marques%20%20,82636.html>>(consulté le 23 avril 2015)
- Thibault, VERBIEST. Etienne, WERY. & Camille, BOURGUIGNON. *Médicaments en ligne : ne pas confondre publicité et information!* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.droit-technologie.org/actuality-1418/medicaments-en-ligne-ne-pas-confondre-publicite-et-information.html>> (consulté le 04 mai 2015)
- CRUQUENAIRE, Alexandre. *Publicité sur internet : le droit des pratiques commerciales au secours des titulaires de marques ?* [en ligne]. Philippe & Partners. Disponible sur: <<http://www.philippelaw.eu/front/c2-760/newsdetails.aspx?News=304>> (consulté le 15 avril 2015)

- La Commission européenne. *Abus de position dominante: la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée* [en ligne]. Communiqué de presse, 2014. Disponible sur: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_fr.htm> (consulté le 14 février 2015)
- La Commission européenne. *Les pays européens s'allient pour combattre le "spamming" (envoi non sollicité de courriels)* [en ligne]. Communiqué de presse, 2005. Disponible sur: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-146_fr.htm?locale=fr> (consulté le 14 février 2015)
- La Commission européenne. *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données)* [en ligne]. Proposition de règlement, Bruxelles, 2012. Disponible sur: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf (consulté le 05 avril 2015)
- Le contrôleur européen de la protection des données. *Coopération: Groupe de travail Article 29* [en ligne]. Disponible sur: <<https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/lang/fr/Cooperation/Art29>> (consulté le 14 février 2015)
- Livre vert de la Commission. *Les communications commerciales dans le marché intérieur*. [en ligne] COM(96) 192, 1996. Disponible sur: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0192:FIN:FR:PDF>> (consulté le 16 avril 2015)
- Actualité en droit belge. *Le cadre juridique des services de l'information en ligne* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-des-affaires/droit-commercial/le-cadre-juridique-des-services-de-linformation-en-ligne/introduction-sur-les-services-de-linformation-en-ligne#start>> (consulté le 30 avril 2015)
- Dictionnaire de français Larousse. *URL* [en ligne]. Disponible sur: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/URL/80723>> (consulté le 15 avril 2015)
- JEP. *Décision du Jep* [en ligne] Disponible sur: <<http://www.jep.be/fr/decisions-du-jep/?decision=4297>>
- IAB-Belgium. Disponible sur: <http://www.iab-belgium.be/fr/>

Figure

- Figure 1: *Bannière publicitaire*. Disponible sur: <<http://www.rtl.be/info/index.htm>> (consulté le 05 mars 2015)
- Figure 2: *Message interstitiel*. Disponible sur: <<http://www.dhnet.be>> (consulté le 05 mars 2015)
- Figure 3: *Pop-up*. Disponible sur: <<http://www.rtf.be/info/>> (consulté le 12 novembre 2014)
- Figure 4: *Recherche sur Google de web design*. Disponible sur: https://www.google.be/search?q=web+design&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=3j5GVayEB8uz7gbA14DoDg (consulté le 19 février 2015)

TABLE DES MATIÈRES

Plan.....	4
Introduction.....	6
Partie I: La publicité sur Internet	8
Chapitre 1: La législation en vigueur	9
1. Législation européenne.....	9
1.1. La publicité dans un contexte général.....	9
1.2. La publicité dans le contexte de la société d'information	10
1.2.1. Champs d'application de la Directive sur le commerce électronique	10
1.2.2. La communication commerciale.....	10
2. Législation belge – Le Code de droit économique.....	12
2.1. Qu'entend-t-on par consommateur et publicité ?	12
2.1.1. La publicité	12
2.1.2. Le consommateur.....	16
2.2. La publicité sur le web	16
2.3. Principe d'identification, loyauté et transparence	17
2.3.1. Identification.....	17
2.3.2. Publicité transparente et loyale	18
Chapitre 2: Les formes de publicités sur Internet.....	19
1. Le web	19
1.1. Les bannières.....	19
1.2. Les messages interstitiels	20
1.3. Les pop-ups	21
1.4. Autres	22

1.4.1.	Les hyperliens	22
1.4.2.	Le référencement pour outil de recherche	22
1.4.3.	Les métatags	23
2.	Le courrier électronique et le spamming	25
2.1.	Le courrier électronique	25
2.1.1.	Définitions	25
2.1.2.	Le caractère publicitaire.....	25
2.1.3.	Mentions obligatoires	28
2.1.4.	Le consentement	29
2.1.4.1.	Principe du consentement préalable et informé.....	29
2.1.4.2.	Exception au principe du consentement préalable	33
2.1.4.3.	Consentement libre.....	33
2.1.4.4.	Consentement spécifique.....	34
2.2.	Le spamming	34
2.2.1.	Définitions	34
2.2.2.	Problèmes.....	35
2.2.3.	Méthode collecte d'adresses électroniques	36
Chapitre 3: La place de Google dans le cadre publicitaire.....		38
1.	Les AdWords.....	38
1.1.	Le programme AdWords.....	38
1.1.1.	Le concept.....	38
1.1.2.	Les avantages	38
1.1.3.	Les inconvénients	39
1.2.	Fonctionnement du programme AdWords.....	40
2.	La lutte contre les classements sur Internet.....	44
2.1.	Préoccupations de la Commission	44

2.2.	Plaintes déposées auprès de la Commission européenne.....	46
2.3.	L'enquête de la Commission européenne.....	47
2.3.1.	Contexte de la procédure	48
Partie II: Les données à caractère personnel.....		51
Chapitre 1: La collecte des données personnelles à des fins de publicité comportementale		52
1.	Législation européenne.....	52
1.1.	Directive 95/46/CE.....	53
1.1.1.	Objectif de la Directive.....	53
1.1.2.	Le Groupe 29	54
1.2.	Vers un nouveau règlement en 2016.....	54
2.	Législation belge	56
2.1.	Introduction.....	56
2.2.	Loi du 08 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnelle	57
2.2.1.	Définition traitement à caractère personnel	57
2.2.2.	Définition du marketing direct.....	59
Chapitre 2: Les cookies et la publicité comportementale.....		60
1.	La notion de cookies.....	60
1.1.	Définition	61
1.2.	Informations stockées.....	61
1.3.	Les différentes catégories de cookies.....	62
2.	Le régime juridique applicable.....	63
2.1.	Les principes juridiques élémentaires de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel	63
2.1.1.	Les données à caractère personnel et leur traitement	64

2.1.2.	Légitimité d'un traitement de données à caractère personnel	65
2.2.	L'article 129 de loi du 13 juin 2005	66
2.2.1.	Historique de l'article	66
2.2.2.	Analyse de l'article 129.....	66
2.2.2.1.	Consentement de l'internaute.....	68
2.2.3.	Champ d'application de la réglementation belge relative aux cookies ..	69
2.2.3.1.	Matériel	69
2.2.3.2.	Territorial.....	69
Chapitre 3: Cas pratique Facebook		71
1.	Le traçage au moyen de modules sociaux	71
1.1.	Contexte et description technique	71
2.	Analyse juridique loi protection de la vie privée	72
3.	Rôle de Facebook Inc., de Facebook Ireland Limited et de la sprl Facebook Belgium.....	74
3.1.	Facebook Inc. en tant que responsable du traitement	74
3.2.	Le rôle de la SPRL Facebook Belgium.....	76
4.	Droit applicable et compétence de la Commission vie privée belge.....	76
4.1.1.	Application de l'article 4, § 1, a) de la Directive vie privée 95/46/CE et de l'article 3bis, alinéa 1, 1° de la L.V.P.	77
4.1.2.	L'application de l'article 4, § 1, c) de la Directive vie privée 95/46/CE et de l'article 3bis, alinéa 1, 2° de la L.V.P.	80
Partie III: Les recours		82
Chapitre 1: Action civile		83
1.	Recours judiciaire.....	83
1.1.	Les mesures de contrôle et de sanction du respect du Livre XII du Code de droit économique.....	83
2.	Recours non judiciaire- Instances compétentes.....	84

2.1.	JEP	84
2.1.1.	La Compétence du JEP	84
2.1.2.	Exemple de décision	85
2.2.	La Commission de la protection de la vie privée	86
2.3.	La Federal Computer Crime Unit	87
Chapitre 2: Action pénale- Cas du spamming		88
1.	Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles	88
1.1.	Les faits arrêtés en première instance par le Tribunal Correctionnel de Bruxelles	88
1.2.	Harcèlement ou désagrément?	89
1.3.	Le spam publicitaire et la prospection directe	90
1.4.	Le spam en tant que traitement de données à caractère personnel	91
Conclusion		95
Bibliographie		97
Table des matières		107
Annexes		112

LES ANNEXES

ANNEXE1: COUR D'APPEL DE BRUXELLES (11E CH. CORR.)
ARRÊT DU 17 MARS 2011.

ANNEXE 2: C.J.U.E. ARRÊT DU 11 JUILLET 2013 - BELGIAN
ELECTRONIC SORTING TECHNOLOGY NV CONTRE
BERT PEELAERS ET VISYS NV.

ANNEXE 3: C.J.U.E. ARRÊT DU 05 MAI 2011 - MSD SHARP &
DOHME GMBH CONTRE MERCKLE GMBH

ANNEXE 1: COUR D'APPEL DE BRUXELLES (11E CH. CORR.)

ARRÊT DU 17 MARS 2011

JuriSPruDence

Bruxelles (11^e ch. corr.), 17 mars 2010

Note d'observations de François Coppens¹

COURRIER ÉLECTRONIQUE – PARTI POLITIQUE – MATIÈRE PÉNALE – PUBLICITÉ – MARKETING – HARCÈLEMENT (NON) – SPAMMING (NON) – DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL – TRAITEMENT ILLÉGAL (OUI)

E-MAIL – POLITICAL PARTY – CRIMINAL MATTER – ADVERTISING – MARKETING – BULLYING (NO) – SPAMMING (NO) – PERSONAL DATA – ILLEGAL PROCESSING (YES)

Le fait de recevoir des messages émanant d'une formation politique dont on réprovoie radicalement les opinions constitue un réel désagrément. Il n'y a pas lieu, pour autant, d'admettre qu'un tel comportement serait de nature à compromettre « gravement » la tranquillité de la personne concernée, au sens de l'article 442bis du Code pénal.

Un parti politique n'a pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée. Il n'y a pas lieu, en conséquence, de requalifier la prévention unique en infraction à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003.

Le fichier dans lequel figurait la partie civile n'était pas de nature à révéler ses opinions politiques dès lors qu'il n'était pas destiné à répertorier les membres ou les sympathisants du parti F., mais bien les personnes physiques ou morales souhaitant être informées des activités du parti, par intérêt professionnel, par sympathie ou même par simple curiosité.

La prévention unique requalifiée en infraction à l'article 5 de la loi relative à la protection de la vie privée est établie à charge de la prévenue qui a illicitement collecté sur un fichier des données à caractère personnel, notamment celles relatives à la partie civile et conservé, utilisé ou communiqué ce fichier, sans le consentement de la partie civile.

One could find unpleasant to receive messages from a political party, the opinions of which he radically disapproves. Such behavior could however not be considered as "critically" threatening the peace of mind of the individual concerned, as required by article 442bis of Belgian Criminal code.

A political party is not pursuing a commercial, industrial or craft activity nor exercising a regulated profession. The charge does consequently not have to be re-qualified as an infringement of article 14 of the Law of March 11th, 2003.

The file in which the civil party was registered was not likely to reveal her political opinions, as it was not meant to list the members or sympathizers of the political party F., but all the legal and natural persons wishing to stay informed of the activities of the party, either by professional interest, by sympathy or by mere curiosity.

The person who has illegally collected a file of personal data, including data concerning the civil party, and kept, used or communicated such file without the consent of the data subject is committing an infringement of article 5 of the Law concerning the protection of personal data.

¹ Chercheur au CRIDS (FUNDP). Avocat (De Wolf & Partners).

(C. c. a. s. b. l. F. et T.)

Au PÉnAI

1. Les prévenus T. et l'a.s.b.l. F. sont poursuivis pour avoir harcelé à diverses reprises, au moyen d'*e-mails*, la partie civile C., entre le 1^{er} janvier 2003 et le 27 janvier 2005.

Les faits de la prévention, à les supposer établis, constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse sans interruption pendant un laps de temps plus long que le délai de prescription de l'action publique applicable, le dernier fait ayant été commis le 26 janvier 2005.

Le cours de la prescription de l'action publique a été régulièrement interrompu par des actes d'instruction ou de poursuite, notamment par le procès-verbal d'audience de la cour du 12 octobre 2009.

2. La course réfère aux éléments de fait de la cause que le premier juge a parfaitement décrits au feuillet 3, ainsi qu'au premier paragraphe du feuillet 4 du jugement entrepris.

Il convient d'observer d'emblée que, contrairement à ce que semble considérer la partie civile, le fichier au départ duquel le prévenu T. lui a adressé les messages jugés intempestifs n'est manifestement pas constitué – en tout cas pas de manière exclusive – de membres ou de sympathisants du parti F. C'est ainsi que figurent parmi les quelque cinq cents adresses *e-mails* contenues dans ce fichier celles de nombreux journaux quotidiens ou périodiques qui ne sont *a priori* guère susceptibles d'adhérer aux opinions promues par ce parti.

3. À juste titre, le premier juge a considéré, sur le fondement de pertinents motifs qu'il énonce et que la cour approuve, que la prévention de harcèlement était insuffisamment établie à charge des prévenus.

Il convient, certes, de considérer que le fait de recevoir des messages émanant d'une formation politique dont on réprovoie radicalement les opinions constitue un réel désagrément. Il n'y a pas lieu pour autant d'admettre qu'un tel comportement serait de nature à compromettre « gravement » la tranquillité de la personne concernée, au sens de l'article 442*bis* du Code pénal.

Au surplus, cette disposition exige que l'auteur du supposé harcèlement ait su ou ait dû savoir qu'il affecterait gravement la tranquillité de la plaignante. En

l'espèce, le fait que le prévenu T. a présenté des excuses à la partie civile après qu'elle eut sollicité sa désinscription du fichier n'est, de toute évidence, pas révélateur de ce qu'il aurait eu conscience d'importuner celle-ci.

Il s'ensuit que la prévention unique, déclarée non établie par le premier juge, à charge des deux prévenus, est demeurée telle devant la cour.

4. À bon escient, le premier juge a examiné une éventuelle requalification de cette prévention en infraction à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Aux termes de cette disposition, l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages.

La notion de « publicité » est définie à l'article 2 de la loi comme étant « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée ». Un parti politique n'a, à l'évidence, pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée.

Ainsi qu'en a justement décidé le premier juge, il n'y a pas lieu, en conséquence, de requalifier la prévention unique en infraction à l'article 14 de la loi précitée du 11 mars 2003.

5. La partie civile sollicite, par ailleurs, à titre subsidiaire, la requalification de la prévention unique en infraction aux articles 5 et 6 *d* de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Le prévenu T. a expressément été invité à se défendre du chef de la prévention unique ainsi requalifiée.

La loi relative à la protection de la vie privée s'applique, notamment, à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues dans un fichier. Les données à caractère personnel s'entendent de toute information concernant une personne identifiée ou identifiable, directement ou indirectement. Il convient de préciser qu'en l'espèce, le nom et le prénom de la partie civile sont repris dans son adresse *e-mail*.

Par traitement de données à caractère personnel, on entend, entre autres, la collecte, la conservation, l'uti-

lisation ou encore la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition de telles données.

7. L'article 6 de la loi s'applique au traitement de données à caractère personnel « qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la vie sexuelle ». Ainsi qu'il a été précisé plus haut, le fichier dans lequel figurait la partie civile n'était pas de nature à révéler, en particulier, les opinions politiques de la partie civile, dès lors qu'il n'était pas destiné à répertorier les membres ou les sympathisants du parti F. mais bien les personnes physiques ou morales souhaitant être informées des activités du parti, par intérêt professionnel, par sympathie ou même par simple curiosité.

8. L'article 5 de la loi n'autorise le traitement de données à caractère personnel que dans un certain nombre de cas qui ne paraissent pas rencontrés en la présente espèce. En particulier, il est nécessaire que la personne concernée par le traitement de données à caractère personnel ait « indubitablement donné son consentement », à savoir qu'elle ait manifesté une volonté libre, spécifique et informée d'accepter que de telles données la concernant fassent l'objet d'un traitement (article 1^{er}, § 8, de la loi).

En la présente cause, la partie civile conteste formellement avoir donné un tel consentement, dès lors qu'elle affirme ne pas avoir sollicité son inscription dans le fichier litigieux. En cas de contestation, il appartient au responsable du traitement des données d'établir qu'une personne qui le conteste a, sans réserves, marqué son assentiment à figurer dans le fichier.

L'article 39 de la loi punit d'une amende de 100 EUR à 100 000 EUR « le responsable du traitement », son préposé ou mandataire qui traite les données à caractère personnel en dehors des cas prévus à l'article 5 de la loi.

Par « responsable du traitement » de telles données, l'article 1^{er}, § 4, de la loi entend la personne physique ou morale, l'association de fait qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens de traitement de données à caractère personnel.

En la présente espèce, il y a lieu de considérer la prévenue,

a.s.b.l. F., comme étant la personne morale responsable

jurisPruDenCe

du traitement des données à caractère personnel contenues dans les fichiers élaborés dans le cadre des activités du parti F. Les données du dossier soumis à la cour ne permettent pas de considérer que le prévenu T. aurait été désigné comme préposé ou mandataire de la première prévenue pour le traitement de telles données.

En conséquence, la prévention unique requalifiée en infraction à l'article 5 de la loi relative à la protection de la vie privée est établie à charge de la prévenue, a.s.b.l. F., comme ayant illicitement collecté sur un fichier des données à caractère personnel, notamment, celles relatives à la partie civile, conservé, utilisé ou communiqué ce fichier, sans le consentement de la partie civile. Ce fait infractionnel s'identifie avec celui visé à la prévention unique.

Une peine d'amende de principe sanctionnera comme il convient le comportement coupable de la prévenue, dès lors que l'infraction se limite à la personne de la partie civile.

Au Civil

Il y a lieu de restreindre raisonnablement le dommage moral subi par la partie civile à un euro symbolique, eu égard aux désagréments occasionnés par l'envoi de messages non désirés à son adresse *e-mail* et par la diffusion de cette adresse à des organisations tierces.

Ainsi que le sollicite également la partie civile à titre de réparation de son préjudice, il y a lieu d'ordonner la publication du présent arrêt dans trois journaux à son choix, aux frais de la prévenue.

Il convient de condamner la prévenue, a.s.b.l. F., au paiement à la partie civile d'une indemnité de procédure de 1 250 EUR pour la procédure en première instance et du même montant pour la procédure en appel.

Il y a lieu de débouter la partie civile du surplus de sa demande.

Par ces motifs,

La cour,

Statuant par défaut à l'égard de l'a.s.b.l. F. et, contrairement, pour le surplus,

Reçoit les appels de la partie civile et du ministère public;

Aupénal

Confirme le jugement entrepris en ce qui concerne le prévenu T.

Le met à néant pour le surplus et, statuant à nouveau, à l'unanimité,

Après requalification de la prévention unique en infraction à l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée,

Dit la prévention unique, ainsi requalifiée, établie à charge de l'a.s.b.l.F.

Condamne, de ce chef, l'a.s.b.l.F. au paiement d'une amende de 100 EUR portée par application de la loi sur les décimes additionnels à 550 EUR (100 x 5,5),

Condamne l'a.s.b.l.F., à verser une somme de 25 EUR, augmentée des décimes additionnels, soit 25 EUR x 5,5 = 137,50 EUR, à titre de contribution au Fonds spécial pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violences.

La condamne au paiement d'une indemnité de 25 EUR en vertu de l'arrêté royal du 11 décembre 2001.

Condamne l'a.s.b.l.F. aux frais des deux instances taxés à 130,08 EUR.

Aucivil

Met à néant le jugement entrepris et, statuant à nouveau, à l'unanimité,

Condamne l'a.s.b.l.F. à payer à la partie civile C. un euro symbolique, à titre de réparation de son dommage moral, à majorer des intérêts légaux et des dépens à dater du présent arrêt,

Ordonne la publication du présent arrêt dans trois journaux au choix de la partie civile, aux frais de l'a.s.b.l.F.

Condamne l'a.s.b.l.F. au paiement à la partie civile C. d'une indemnité de procédure de 1 250 EUR pour la procédure en première instance et du même montant pour la procédure en appel.

Déboute la partie civile du surplus de sa demande .

Condamne l'a.s.b.l.F. aux dépens d'appel, s'il en est.

Laisse à la partie civile les dépens de son appel à l'égard de T.

ANNEXE 2: C.J.U.E. ARRÊT DU 11 JUILLET 2013 -
BELGIAN ELECTRONIC SORTING TECHNOLOGY NV CONTRE
BERT PEE-LAERS ET VISYS NV

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

11 juillet 2013

«Directives 84/450/CEE et 2006/114/CE – Publicité trompeuse et publicité comparative – Notion de ‘publicité’ – Enregistrement et utilisation d’un nom de domaine – Utilisation de balises méta dans les métadonnées d’un site Internet»

Dans l’affaire C-657/11, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Hof van cassatie (Belgique), par décision du 8 décembre 2011, parvenue à la Cour le 21 décembre 2011, dans la procédure

Belgian Electronic Sorting Technology NV

contre

Bert Peelaers,

Visys NV,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. M. Ilešič (rapporteur), président de chambre, M. K. Lenaerts, vice-président de la Cour, faisant fonction de juge de la troisième chambre, MM. E. Jarašiūnas, A. Ó Caoimh et C. G. Fernlund, juges,

avocat général: M. P. Mengozzi,

greffier: M^{me} C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 24 janvier 2013,

considérant les observations présentées:

- pour Belgian Electronic Sorting Technology NV, par M^{es} P. Maeyaert, P. de Jong et J. Muyldermans, advocaten,
- pour M. Peelaers et Visys NV, par M^{es} V. Pede et S. Demuyenynck, advocaten,
- pour le gouvernement belge, par MM. J.-C. Halleux et T. Materne, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement estonien, par M^{me} M. Linntam, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement italien, par M^{me} G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- pour le gouvernement polonais, par MM. B. Majczyna et M. Szpunar, en qualité d’agents,
- pour la Commission européenne, par M^{me} M. Owsiany-Hornung et M. M. van Beek, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 21 mars 2013,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation de la notion de «publicité», au sens de l’article 2 de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (JO L 250, p. 17), telle que modifiée par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005 (JO L 149, p. 22, ci-après la «directive 84/450»), et de l’article 2 de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (JO L 376, p. 21).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant Belgian Electronic Sorting Technology NV, également dénommée «BEST NV» (ci-après «BEST»), à M. Peelaers et à Visys NV (ci-après «Visys»), société dont ce dernier est un des fondateurs, au sujet de l’enregistrement et de l’utilisation par Visys du nom de domaine «www.bestlasersorter.com» ainsi que de l’utilisation par cette société de balises méta renvoyant à BEST et à ses produits.

Le cadre juridique

Le droit de l’Union

3 Selon son article 1^{er}, la directive 84/450 avait pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d’établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite.

4 L’article 2, points 1 à 2 bis, de la directive 84/450 contenait les définitions suivantes:

«[...]

1) publicité: toute forme de communication faite dans le cadre d’une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations;

2) publicité trompeuse: toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent;

2 bis) publicité comparative: toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent».

5 La directive 84/450 a été abrogée par la directive 2006/114, laquelle est entrée en vigueur le 12 décembre 2007. Compte tenu de la date des faits, le litige au principal est régi en partie par la directive 84/450 et en partie par la directive 2006/114.

6 Les considérants 3, 4, 8, 9, 14 et 15 de la directive 2006/114 énoncent:

«(3) La publicité trompeuse et la publicité comparative illicite peuvent entraîner une distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur.

(4) La publicité, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un contrat, affecte la situation économique des consommateurs et des professionnels.

[...]

(8) La publicité comparative, quand elle compare des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives et qu'elle n'est pas trompeuse, peut être un moyen légitime d'informer les consommateurs de leur intérêt. Il est souhaitable de définir un concept général de publicité comparative pour couvrir toutes les formes de celle-ci.

(9) Il convient d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite, pour autant que la comparaison est concernée, afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs. [...]

[...]

(14) [I]l peut être indispensable, afin de rendre la publicité comparative effective, d'identifier les produits ou services d'un concurrent en faisant référence à une marque dont ce dernier est titulaire ou à son nom commercial.

(15) Une telle utilisation de la marque, du nom commercial ou d'autres signes distinctifs d'autrui n'enfreint pas ce droit exclusif, dans les cas où elle est faite dans le respect des conditions établies par la présente directive, le but visé étant uniquement de les distinguer et, donc, de mettre les différences objectivement en relief.»

7 L'article 1^{er} de la directive 2006/114 décrit l'objet de celle-ci dans les mêmes termes que l'article 1^{er} de la directive 84/450.

8 À son article 2, sous a) à c), la directive 2006/114 reprend textuellement les définitions de publicité, de publicité trompeuse et de publicité comparative qui figuraient dans la directive 84/450.

9 Le considérant 11 de la 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 («directive sur le commerce électronique») (JO L 178, p. 1), précise:

«La présente directive est sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de protection de la santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires. [...] Ce même acquis communautaire, qui est pleinement applicable aux services de la société de l'information, englobe aussi notamment la directive 84/450[...]

10 Selon l'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/31, celle-ci a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres. À cette fin, elle rapproche certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre États membres.

11 L'article 1^{er}, paragraphe 3, de cette directive dispose:

«La présente directive complète le droit [de l'Union] applicable aux services de la société de l'information sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments [de l'Union] et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information.»

12 L'article 2, sous f), de ladite directive définit les termes «communication commerciale» comme suit:

«[T]oute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales:

- les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
- les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière».

Le droit belge

13 L'article 93, point 3, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*Belgisch Staatsblad*, 29 août 1991, p. 18712), qui transposait la directive 84/450, définit la notion de publicité comme étant «toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, [quels que soient] le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre». Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*Belgisch Staatsblad*, 12 avril 2010, p. 20803), qui reprend à son article 2, point 19, la même définition.

14 L'article 2, point 7, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*Belgisch Staatsblad*, 17 mars 2003, p. 12962), qui transpose la directive 2000/31, définit la notion de publicité en ces termes:

«[...] toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée.

Pour l'application de la présente loi, ne constituent pas en tant que telles de la publicité:

a) les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la

personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique;

b) les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière».

15 En vertu de l'article 2, point 1, de la loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine (*Belgisch Staatsblad*, 9 septembre 2003, p. 45225), est un nom de domaine «une représentation alphanumérique d'une adresse numérique IP (Internet Protocol) qui permet d'identifier un ordinateur connecté à l'Internet [...]».

Le litige au principal et la question préjudicielle

16 BEST et Visys conçoivent, produisent et commercialisent des trieuses et des chaînes de triage à technologie laser.

17 BEST a été fondée le 11 avril 1996. Ses modèles de trieuse portent les dénominations «Helius», «Genius», «LS9000» et «Argus».

18 Visys a été fondée le 7 octobre 2004, notamment par M. Peelaers, ancien employé de BEST.

19 Le 3 janvier 2007, M. Peelaers a fait enregistrer, pour le compte de Visys, le nom de domaine «www.bestlasersorter.com». Le contenu du site Internet hébergé sous ce nom de domaine est identique à celui des sites Internet usuels de Visys, accessibles sous les noms de domaine «www.visys.be» et «www.visysglobal.be».

20 Le 4 avril 2008, BEST a déposé la marque figurative Benelux BEST pour les produits et les services relevant des classes 7, 9, 40 et 42 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié.

21 Le 23 avril 2008, un huissier de justice a constaté que, lorsque les mots «Best Laser Sorter» étaient introduits dans le moteur de recherche «www.google.be», ce dernier renvoyait, en tant que deuxième résultat de recherche, après le site Internet de BEST, au site Internet de Visys et que cette dernière utilisait dans ses sites Internet les balises méta suivantes, à savoir «Helius sorter, LS9000, Genius sorter, Best+Helius, Best+Genius, [...] Best nv».

22 Estimant que l'enregistrement et l'utilisation du nom de domaine «www.bestlasersorter.com» ainsi que l'utilisation desdites métadonnées portaient atteinte à sa marque et à son nom commercial et constituaient

des infractions à la réglementation en matière de publicité trompeuse et comparative ainsi qu'à celle relative à l'enregistrement illicite des noms de domaine, BEST a cité, le 30 avril 2008, M. Peelaers et Visys en cessation de ces prétendues atteintes et infractions. En réponse à cette citation, M. Peelaers et Visys ont formé une demande reconventionnelle en annulation de la marque figurative Benelux BEST.

23 Par arrêt du 16 septembre 2008, le voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen a déclaré comme étant non fondées les demandes de BEST à l'exception de celle tirée d'une violation, par l'utilisation des balises méta en question, de la réglementation en matière de publicité comparative et trompeuse. Il a par ailleurs rejeté la demande reconventionnelle introduite par M. Peelaers et par Visys.

24 Saisi d'un appel introduit par BEST ainsi que d'un appel incident de M. Peelaers et de Visys, le hof van beroep te Antwerpen, par un arrêt du 21 décembre 2009, a rejeté l'intégralité des demandes de BEST, en ce compris celle tirée d'une violation des règles en matière de publicité comparative et trompeuse et a annulé la marque figurative Benelux BEST pour défaut de caractère distinctif.

25 BEST s'est pourvue en cassation contre cet arrêt devant la juridiction de renvoi. Par un arrêt du 8 décembre 2011, celle-ci a rejeté les moyens invoqués par BEST à l'exception de celui tiré d'une violation de la législation en matière de publicité comparative et trompeuse.

26 C'est dans ces conditions que le Hof van cassatie a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Convient-il d'interpréter la notion de 'publicité' figurant à l'article 2 de la directive [84/450] et à l'article 2 de la directive [2006/114] en ce sens qu'elle englobe, d'une part, l'enregistrement et l'utilisation d'un nom de domaine et, d'autre part, l'utilisation de [balises méta] dans les métadonnées d'un site Internet?»

Sur la question préjudicielle

27 À titre liminaire, il convient de relever que BEST demande à la Cour de se prononcer d'office, d'une part, sur la question de savoir si l'article 3, paragraphe 1, sous b) et c), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1), s'oppose à l'enregistrement d'une marque qui est appréhendée comme promotionnelle ou suggestive. D'autre part, BEST invite la Cour à répondre à la question de savoir

si la protection accordée au nom commercial par l'article 8 de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, signée à Paris le 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 828, n° 11851, p. 305), lu en combinaison avec les articles 1^{er} et 2 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, figurant à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1), est subordonnée à la condition qu'il puisse être constaté que ce nom commercial présente un caractère distinctif.

28 À cet égard, il importe de rappeler qu'il incombe exclusivement à la juridiction de renvoi de définir l'objet des questions qu'elle entend poser à la Cour. Il appartient en effet aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour (voir arrêts du 16 mars 1999, Castelletti, C-159/97, Rec. p. I-1597, point 14; du 6 juillet 2006, Kersbergen-Lap et Dams-Schipper, C-154/05, Rec. p. I-6249, point 21, ainsi que du 25 janvier 2007, Dyson, C-321/03, Rec. p. I-687, point 23).

29 Certes, la Cour a itérativement jugé que, même si, sur le plan formel, une juridiction de renvoi limite sa demande à l'interprétation de certaines dispositions du droit de l'Union, une telle circonstance ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation dudit droit pouvant être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, que cette juridiction y ait fait ou non référence dans l'énoncé de sa question (voir, notamment, arrêts Dyson, précité, point 24; du 26 avril 2007, Alevizos, C-392/05, Rec. p. I-3505, point 64, et du 29 janvier 2008, Promusicae, C-275/06, Rec. p. I-271, point 42).

30 Toutefois, dans la mesure où la juridiction de renvoi a déjà définitivement rejeté les moyens invoqués par BEST, auxquels se rapportent les questions visées au point 27 du présent arrêt, une réponse à ces questions ne saurait plus être considérée comme utile pour la solution du litige dont cette juridiction est saisie.

31 Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner ces questions qui dépassent le cadre de celle posée par la juridiction de renvoi.

32 Par sa question, cette juridiction cherche à savoir si l'article 2, point 1, de la directive 84/450 et l'article 2, sous a), de la directive 2006/114 doivent être interprétés en ce sens que la notion de «publicité», telle que définie par ces dispositions, couvre, dans une situation telle que celle en cause dans l'affaire au principal, premièrement, l'enregistrement d'un nom de domaine, deuxièmement, l'utilisation d'un tel nom et, troisièmement, l'utilisation de balises méta dans les métadonnées d'un site Internet.

33 À l'exception de BEST et du gouvernement italien, toutes les autres parties à la procédure devant la Cour, à savoir M. Peelaers et Visys, les gouvernements belge, estonien et polonais ainsi que la Commission européenne, estiment que l'enregistrement d'un nom de domaine ne saurait être qualifié de publicité. S'agissant, en revanche, de l'utilisation d'un tel nom, seuls M. Peelaers, Visys et la Commission considèrent que celle-ci ne peut, par principe, constituer de la publicité. Quant à l'utilisation de balises méta dans les métadonnées d'un site Internet, BEST ainsi que les gouvernements belge et italien sont d'avis que la notion de publicité englobe, notamment dans des circonstances telles que celles en cause au principal, une telle utilisation, tandis que M. Peelaers, Visys, le gouvernement polonais et la Commission défendent la thèse contraire. Le gouvernement estonien n'a pas pris position sur ce dernier aspect.

34 L'article 2, point 1, de la directive 84/450 et l'article 2, sous a), de la directive 2006/114 définissent la notion de publicité comme étant toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services.

35 La Cour a déjà relevé que, eu égard à cette définition particulièrement large, la publicité peut se présenter sous des formes très variées (voir, notamment, arrêt du 25 octobre 2001, Toshiba Europe, C-112/99, Rec. p. I-7945, point 28) et n'est donc nullement limitée aux formes de publicité classique.

36 Afin de déterminer si une certaine pratique constitue une forme de publicité au sens desdites dispositions, il convient de tenir compte de la finalité des directives 84/450 et 2006/114, qui est, ainsi qu'il résulte de l'article 1^{er} de ces directives, de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite.

37 Ces conditions visent, comme la Cour l'a constaté à propos de la directive 84/450 et ainsi qu'il ressort, pour la directive 2006/114, des considérants 8, 9 et 15 de celle-ci, une mise en balance des différents intérêts susceptibles d'être touchés par l'autorisation de la publicité comparative, en permettant aux concurrents de mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables afin de stimuler la concurrence dans l'intérêt des consommateurs et en interdisant, dans le même temps, des pratiques pouvant entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs (voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 2009, L'Oréal e.a., C-487/07, Rec. p. I-5185, point 68, ainsi que du 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, Rec. p. I-11761, point 20).

38 Il découle, en outre, des considérants 3, 4 et 8, deuxième phrase, de la directive 2006/114 ainsi que des définitions également larges des notions de «publicité trompeuse» et de «publicité comparative», prévues à l'article 2, points 2 et 2 bis, de la directive 84/450 et à l'article 2, sous b) et c), de la directive 2006/114, que le législateur de l'Union a eu l'intention d'établir, au travers de ces directives, un encadrement complet pour toute forme de manifestation publicitaire, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un contrat, afin d'éviter qu'une telle publicité porte préjudice tant aux consommateurs qu'aux professionnels et entraîne une distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur.

39 Par conséquent, la notion de «publicité», au sens des directives 84/450 et 2006/114, ne saurait être interprétée et appliquée de façon à ce que des démarches entreprises par un professionnel en vue de promouvoir la vente de ses produits ou de ses services, qui sont susceptibles d'influencer le comportement économique des consommateurs et, partant, d'affecter les concurrents de ce professionnel, échappent aux règles de concurrence loyale imposées par ces directives.

40 Dans l'affaire au principal, il est constant que l'enregistrement du nom de domaine «www.bestlasersorter.com» par M. Peelaers pour le compte de Visys et l'utilisation par cette dernière de ce nom de domaine ainsi que des balises méta «Helius sorter, LS9000, Genius sorter, Best+Helius, Best+Genius, [...] Best nv» ont été faits dans le cadre de l'activité commerciale de cette société.

41 Les parties à la procédure devant la Cour s'opposent ainsi uniquement sur le point de savoir si lesdits actes de M. Peelaers et de Visys peuvent être qualifiés de «forme de communication» qui est faite «dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services», au sens de l'article 2, point 1, de la

directive 84/450 et de l'article 2, sous a), de la directive 2006/114.

42 S'agissant, tout d'abord, de l'enregistrement d'un nom de domaine, il convient de constater que celui-ci n'est, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 48 et 49 de ses conclusions, qu'un acte formel moyennant lequel est demandé à l'organisme désigné pour la gestion des noms de domaine de faire figurer, contre paiement, ledit nom de domaine dans sa base de données et de connecter les internautes qui saisissent celui-ci exclusivement à l'adresse IP indiquée par le titulaire de ce nom de domaine. Le seul enregistrement d'un nom de domaine ne signifie, toutefois, pas encore que celui-ci sera effectivement utilisé par la suite pour créer un site Internet et qu'il sera par conséquent possible pour les internautes de prendre connaissance de ce nom de domaine.

43 Or, au vu de la finalité des directives 84/450 et 2006/114, rappelée aux points 36 à 38 du présent arrêt, il ne saurait être considéré qu'un tel acte purement formel, qui, à lui seul, n'implique pas nécessairement la possibilité d'une prise de connaissance du nom de domaine par les consommateurs potentiels et qui n'est donc pas susceptible d'influencer le choix de ces derniers, constitue une forme de communication dans le but de promouvoir la fourniture des produits ou des services du titulaire du nom de domaine, au sens de l'article 2, point 1, de la directive 84/450 et de l'article 2, sous a), de la directive 2006/114.

44 Certes, ainsi que le fait valoir BEST, l'enregistrement d'un nom de domaine a pour conséquence de priver les concurrents de la possibilité d'enregistrer et d'utiliser ce nom de domaine pour leurs propres sites. Toutefois, le seul enregistrement d'un tel nom de domaine ne contient en lui-même aucune communication publicitaire, mais constitue tout au plus une restriction des possibilités de communication de ce concurrent, laquelle peut, le cas échéant, être réprimée par d'autres dispositions légales.

45 En ce qui concerne, ensuite, l'utilisation d'un nom de domaine, il est constant que, dans l'affaire au principal, est mis en cause le fait que Visys utilise le nom de domaine «www.bestlasersorter.com» pour héberger un site Internet dont le contenu est identique à celui des sites Internet usuels de Visys, accessibles sous les noms de domaine «www.visys.be» et «www.visysglobal.be».

46 Une telle utilisation a manifestement pour but de promouvoir la fourniture des produits ou des services du titulaire du nom de domaine.

47 En effet, contrairement à ce que font valoir M. Peelaers et Visys, ce n'est pas seulement par le

biais d'un site Internet hébergé sous le nom de domaine que ce titulaire entend promouvoir ses produits ou ses services, mais également par l'utilisation d'un nom de domaine choisi avec soin, destiné à inciter le plus grand nombre d'internautes possible à visiter ce site et à s'intéresser à son offre.

48 En outre, une telle utilisation d'un nom de domaine, lequel fait référence à certains produits ou à certains services ou encore au nom commercial d'une société, constitue une forme de communication, qui s'adresse aux consommateurs potentiels et suggère à ceux-ci qu'ils trouveront, sous ce nom, un site Internet en rapport avec lesdits produits ou services, ou encore avec ladite société. Un nom de domaine peut, par ailleurs, être composé, partiellement ou totalement, de termes laudatifs ou être perçu, en tant que tel, comme vantant les mérites du produit et du service auxquels renvoie ce nom.

49 Cette conclusion n'est pas infirmée par la circonstance, invoquée par M. Peelaers et par Visys, ainsi que par la Commission, que l'article 2, sous f), de la directive 2000/31 définit la notion de communication commerciale en précisant notamment que «[n]e constituent pas, en tant que telles, des communications commerciales [...] les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique».

50 À cet égard, il convient de constater que l'exclusion, prévue à l'article 2, sous f), de la directive 2000/31, de certaines informations et communications de la notion de communication commerciale ne signifie nullement que ces informations et ces communications seraient également exclues de la notion de «publicité», au sens de l'article 2, point 1, de la directive 84/450 et de l'article 2, sous a), de la directive 2006/114, cette dernière notion étant définie en incluant expressément toute forme de communication.

51 Cette constatation est d'ailleurs corroborée non seulement par le fait que les directives 84/450 et 2006/114, d'une part, et la directive 2000/31, d'autre part, poursuivent, ainsi qu'il résulte de leur article 1^{er}, des objectifs différents, mais surtout par le fait qu'il découle clairement du considérant 11 et de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2000/31 que celle-ci s'applique sans préjudice du niveau existant de protection des intérêts des consommateurs et que la directive 84/450 et, partant, la directive 2006/114 également restent pleinement applicables aux services prestés dans le cadre de la société de l'information.

52 Enfin, quant à l'utilisation de balises méta dans les métadonnées d'un site Internet, il est constant que, dans l'affaire au principal, est mis en cause le fait que

Visys a inséré dans les métadonnées, et donc dans le code de programmation de ses sites Internet, les balises méta «Helius sortir, LS9000, Genius sortir, Best+Helius, Best+Genius, [...] Best nv», lesquelles correspondent aux dénominations de certains produits ainsi qu'à l'acronyme du nom commercial de BEST.

53 De telles balises méta constituées de mots clés («keyword metatags»), qui sont lues par les moteurs de recherche lorsque ceux-ci balaient l'Internet en vue de procéder au référencement des nombreux sites s'y trouvant, constituent l'un des facteurs permettant à ces moteurs d'effectuer un classement des sites en fonction de leur pertinence au regard du mot de recherche introduit par l'internaute.

54 Ainsi, l'utilisation de telles balises correspondant aux dénominations des produits d'un concurrent et au nom commercial de celui-ci aura, en règle générale, pour effet que, lorsqu'un internaute à la recherche des produits de ce concurrent introduit l'une de ces dénominations ou ce nom dans un moteur de recherche, le résultat naturel affiché par celui-ci sera modifié au profit de l'utilisateur de ces balises méta et le lien vers son site Internet sera inclus dans la liste de ces résultats, le cas échéant à proximité directe du lien vers le site Internet dudit concurrent.

55 S'agissant plus particulièrement de l'utilisation des balises méta en cause dans l'affaire au principal, il a été établi que, lorsqu'un internaute introduisait les mots «Best Laser Sorter» dans le moteur de recherche «www.google.be», ce dernier renvoyait, en tant que deuxième résultat de recherche, après le site Internet de BEST, au site Internet de Visys.

56 Or, dans la plupart des cas, l'internaute introduisant la dénomination du produit d'une société ou le nom de celle-ci en tant que mot de recherche vise à trouver des informations ou des offres sur ce produit spécifique ou sur cette société et sa gamme de produits. Dès lors, lorsque sont affichés, dans la liste des résultats naturels, des liens vers des sites proposant des produits d'un concurrent de cette société, l'internaute peut percevoir ces liens comme offrant une alternative par rapport aux produits de ladite société ou penser que ceux-ci mènent à des sites proposant les produits de cette dernière (voir, par analogie, arrêt du 23 mars 2010, Google France et Google, C-236/08 à C-238/08, Rec. p. I-2417, point 68). Tel est a fortiori le cas lorsque les liens vers le site Internet du concurrent de ladite société se trouvent parmi les premiers résultats de recherche, à proximité de ceux de cette même société, ou lorsque le concurrent utilise un nom de domaine qui fait référence au nom commercial de celle-ci ou à la dénomination de l'un de ses produits.

57 Dans la mesure où l'utilisation de balises méta correspondant aux dénominations des produits d'un concurrent et au nom commercial de celui-ci dans le code de programmation d'un site Internet a donc pour conséquence qu'il est suggéré à l'internaute, qui introduit l'une de ces dénominations ou ce nom comme mot de recherche, que ce site a un rapport avec sa recherche, une telle utilisation doit être considérée comme une forme de communication, au sens de l'article 2, point 1, de la directive 84/450 et de l'article 2, sous a), de la directive 2006/114.

58 Contrairement à ce que font valoir M. Peelaers et Visys, est sans pertinence à cet égard le fait que ces balises méta demeurent invisibles pour l'internaute et que leur destinataire direct est non pas celui-ci, mais le moteur de recherche. Il suffit de constater à cet égard que, selon lesdites dispositions, la notion de publicité englobe expressément toute forme de communication, en incluant donc également des formes de communication indirecte, a fortiori lorsque celles-ci sont susceptibles d'influencer le comportement économique des consommateurs et ainsi d'affecter le concurrent au nom ou aux produits duquel les balises méta font allusion.

59 Il ne fait, par ailleurs, pas de doute qu'une telle utilisation de balises méta constitue une stratégie de promotion en ce qu'elle vise à inciter l'internaute à visiter le site de l'utilisateur et à s'intéresser aux produits ou aux services de celui-ci.

60 Au vu de ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que l'article 2, point 1, de la directive 84/450 et l'article 2, sous a), de la directive 2006/114 doivent être interprétés en ce sens que la notion de «publicité», telle que définie par ces dispositions, couvre, dans une situation telle que celle en cause au principal, l'utilisation d'un nom de domaine ainsi que celle de balises méta dans les métadonnées d'un site Internet. En revanche, n'est pas englobé par cette notion l'enregistrement, en tant que tel, d'un nom de domaine.

Sur les dépens

61 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit:

L'article 2, point 1, de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative,

telle que modifiée par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, et l'article 2, sous a), de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, doivent être interprétés en ce sens que la notion de «publicité», telle que définie par ces dispositions, couvre, dans une situation telle que celle en cause au principal,

l'utilisation d'un nom de domaine ainsi que celle des balises méta dans les métadonnées d'un site Internet. En revanche, n'est pas englobé par cette notion l'enregistrement, en tant que tel, d'un nom de domaine.

Signatures

ANNEXE 3: C.J.U.E. ARRÊT DU 05 MAI 2011- MSD SHARP
& DOHME GMBH CONTRE MERCKLE GMBH

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

5 mai 2011 (*)

«Médicaments à usage humain – Directive 2001/83/CE – Interdiction de la publicité faite auprès du public à l'égard des médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale – Notion de 'publicité' – Indications communiquées à l'autorité compétente – Indications accessibles sur Internet»

Dans l'affaire C-316/09, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Bundesgerichtshof (Allemagne), par décision du 16 juillet 2009, parvenue à la Cour le 10 août 2009, dans la procédure

MSD Sharp & Dohme GmbH

contre

Merckle GmbH,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, M. D. Šváby (rapporteur), M^{me} R. Silva de Lapuerta, MM. G. Arestis et J. Malenovský, juges,

avocat général: M^{me} V. Trstenjak,

greffier: M^{me} C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 23 septembre 2010,

considérant les observations présentées:

- pour MSD Sharp & Dohme GmbH, par M^{es} U. Karpenstein et F. Fellenberg, Rechtsanwälte,
- pour le gouvernement tchèque, par M. M. Smolek, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement danois, par M^{me} B. Weis Fogh et M. C. Vang, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement hongrois, par M. M. Fehér et M^{me} K. Szíjjártó, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement polonais, par M. M. Dowgiewiczyk, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et A. P. Antunes, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement suédois, par M^{me} A. Falk, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. S. Hathaway, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M^{me} M. Šimerdová et M. G. Wilms, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 24 novembre 2010,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L 311, p. 67), telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 (JO L 136, p. 34, ci-après la «directive 2001/83»).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant MSD Sharp & Dohme GmbH (ci-après «MSD») à Merckle GmbH au sujet d'une action par laquelle cette dernière entend faire interdire par voie judiciaire à MSD la diffusion sur son site Internet d'informations relatives à trois médicaments soumis à prescription médicale qu'elle fabrique, à savoir le Vioxx, le Fosamax et le Singulair, au motif que cette diffusion constitue de la publicité auprès du public interdite par la directive 2001/83.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Les deuxième, quarantième, quarante-quatrième et quarante-cinquième considérants de la directive 2001/83 sont rédigés comme suit:

«(2) Toute réglementation en matière de production, de distribution ou d'utilisation des médicaments doit avoir comme objectif essentiel la sauvegarde de la santé publique.

[...]

(40) Les dispositions relatives à l'information des patients doivent assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, de façon à permettre une utilisation correcte des médicaments, sur la base d'une information complète et compréhensible.

[...]

(44) La directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle [JO L 298, p. 23] interdit la publicité télévisuelle pour les médicaments qui sont seulement disponibles sur prescription médicale dans l'État membre de la compétence duquel relève l'organisme de radiodiffusion télévisuelle. Il y a lieu de généraliser ce principe en l'étendant à d'autres médias.

[...]

(45) La publicité auprès du public faite à l'égard des médicaments qui peuvent être délivrés sans prescription médicale pourrait affecter la santé publique si elle était excessive et inconsidérée. Cette publicité, lorsqu'elle est autorisée, doit donc satisfaire à certains critères essentiels qu'il convient de définir.»

4 L'article 1^{er} de la directive 2001/83 énonce:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

24) *emballage extérieur*:

l'emballage dans lequel est placé le conditionnement primaire;

25) *étiquetage*:

les mentions portées sur l'emballage extérieur ou le conditionnement primaire;

26) *notice*:

la notice d'information pour l'utilisateur, qui accompagne le médicament;

[...]»

5 L'inclusion d'une notice dans l'emballage de tout médicament est obligatoire, sauf dans les cas prévus à l'article 58 de ladite directive. L'article 59 de la directive 2001/83 prévoit que la notice est établie en conformité avec le résumé des caractéristiques du produit et précise les informations devant y figurer.

6 Aux termes de l'article 61 de la directive 2001/83:

«1. Une ou plusieurs maquettes de l'emballage extérieur et du conditionnement primaire du médicament, ainsi que le projet de notice, sont soumis aux autorités compétentes en matière d'autorisation de

mise sur le marché lors de la demande d'autorisation de mise sur le marché. Sont, par ailleurs, fournis à l'autorité compétente les résultats des évaluations réalisées en coopération avec des groupes cibles de patients.

2. L'autorité compétente ne s'oppose pas à la mise sur le marché du médicament si l'étiquetage ou la notice sont conformes aux prescriptions du présent titre, et s'ils sont en conformité avec les renseignements figurant dans le résumé des caractéristiques du produit.

3. Tout projet de modification d'un élément relatif à l'étiquetage ou à la notice couvert par le présent titre et non lié au résumé des caractéristiques du produit est soumis à l'autorité compétente en matière d'autorisation de mise sur le marché. Si cette autorité compétente ne s'est pas prononcée contre le projet de modification dans un délai de quatre-vingt-dix jours suivant l'introduction de la demande, le demandeur peut procéder à la mise en œuvre des modifications.

[...]»

7 L'article 62 de la directive 2001/83 dispose:

«L'emballage extérieur et la notice peuvent comporter des signes ou des pictogrammes visant à expliciter certaines des informations visées à l'article 54 et à l'article 59, paragraphe 1, ainsi que d'autres informations compatibles avec le résumé des caractéristiques du produit, utiles pour le patient, à l'exclusion de tout élément pouvant présenter un caractère promotionnel.»

8 Selon l'article 71, paragraphe 1, de cette directive:

«Les médicaments sont soumis à prescription médicale lorsqu'ils:

– sont susceptibles de présenter un danger, directement ou indirectement, même dans des conditions normales d'emploi, s'ils sont utilisés sans surveillance médicale,

ou

– sont utilisés souvent, et dans une très large mesure, dans des conditions anormales d'emploi et que cela risque de mettre en danger directement ou indirectement la santé,

ou

– contiennent des substances ou des préparations à base de ces substances, dont il est indispensable d'approfondir l'activité et/ou les effets indésirables,

[...]»

9 Aux termes de l'article 86 de ladite directive, par lequel débute le titre VIII de celle-ci, intitulé «Publicité»:

«1. Aux fins du présent titre, on entend par 'publicité pour des médicaments' toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments; elle comprend en particulier:

– la publicité pour les médicaments auprès du public,

[...]

2. Ne sont pas couverts par le présent titre:

– l'étiquetage et la notice qui sont soumis aux dispositions du titre V,

– la correspondance, accompagnée le cas échéant de tout document non publicitaire, nécessaire pour répondre à une question précise sur un médicament particulier,

– les informations concrètes et les documents de référence relatifs, par exemple, aux changements d'emballages, aux mises en garde concernant les effets indésirables dans le cadre de la pharmacovigilance, ainsi qu'aux catalogues de vente et aux listes de prix pour autant que n'y figure aucune information sur le médicament,

– les informations relatives à la santé humaine ou à des maladies humaines, pour autant qu'il n'y ait pas de référence, même indirecte, à un médicament.»

10 L'article 87 de la même directive énonce:

«1. Les États membres interdisent toute publicité faite à l'égard d'un médicament pour lequel une autorisation de mise sur le marché conforme au droit communautaire n'a pas été délivrée.

2. Tous les éléments de la publicité d'un médicament doivent être conformes aux renseignements figurant dans le résumé des caractéristiques du produit.

3. La publicité faite à l'égard d'un médicament:

– doit favoriser l'usage rationnel du médicament, en le présentant de façon objective et sans en exagérer les propriétés;

– ne peut être trompeuse.»

11 L'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83 prévoit:

«Les États membres interdisent la publicité auprès du public faite à l'égard des médicaments:

a) qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale, conformément au titre VI».

Le droit national

12 L'article 10 de la loi sur la publicité relative aux médicaments (Heilmittelwerbegesetz), dans la version publiée le 19 octobre 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3068), telle que modifiée par la loi du 26 avril 2006 (BGBl. 2006 I, p. 984), prévoit:

«(1) S'agissant de médicaments soumis à prescription médicale, la publicité ne peut être adressée qu'à des médecins, à des dentistes, à des vétérinaires, à des pharmaciens ou à des personnes autorisées à faire le commerce de ces médicaments.

(2) S'agissant de médicaments destinés à remédier, chez les humains, à l'insomnie ou à des troubles psychiques ou à influencer l'humeur, aucune publicité n'est autorisée en dehors des milieux professionnels.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

13 Les parties au principal sont des entreprises pharmaceutiques concurrentes. MSD a présenté sur son site Internet ses médicaments soumis à prescription médicale, le Vioxx, le Fosamax et le Singulair, par l'intermédiaire d'un lien non protégé par un mot de passe, et donc accessible à tout le monde, en reproduisant l'emballage du produit, l'indication thérapeutique et la notice d'utilisation.

14 Merckle GmbH y voit une violation de l'article 10, paragraphe 1, de la loi sur la publicité relative aux médicaments, telle que modifiée, qui interdit la publicité auprès du public pour les médicaments soumis à prescription médicale, ainsi qu'un comportement concurrentiel illicite. Elle a demandé au Landgericht d'ordonner à MSD de cesser, sous peine de certaines amendes, de diffuser sur Internet à des fins concurrentielles des informations publicitaires sur des médicaments soumis à prescription médicale, de telle façon que ces informations sont également accessibles sans aucune difficulté aux personnes n'appartenant pas aux professions médicales.

15 Le Landgericht a fait droit à cette demande. L'Oberlandesgericht a rejeté l'appel interjeté par MSD contre le jugement du Landgericht, en précisant que les

informations publiées par celle-ci sur son site Internet, même lorsqu'elles restent factuelles et n'ont pas un caractère typiquement commercial, relèvent de la notion de publicité pour les médicaments, qui est d'interprétation large.

16 Selon la juridiction de renvoi, l'issue du pourvoi en «Revision» formé devant elle par MSD dépend de la question de savoir si l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83 interdit également une publicité auprès du public, du type de celle en cause en l'espèce, qui ne comporte que des informations communiquées à l'autorité compétente dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments en cause et, de toute façon, accessibles à toute personne qui achète ceux-ci et lorsque ces informations ne sont pas présentées à l'intéressé sans qu'il les demande, mais sont accessibles sur Internet seulement à celui qui cherche à les obtenir.

17 La juridiction de renvoi expose que les publications sur Internet relèvent aussi du champ d'application du titre VIII de la directive 2001/83 lorsqu'elles sont destinées à promouvoir les ventes et qu'il importe peu qu'il s'agisse de présentations vantant le médicament en cause ou d'autres informations se rapportant à ce dernier. Elle observe que, conformément à l'article 86, paragraphe 2, de cette directive, les dispositions du titre VIII de celle-ci ne concernent pas l'étiquetage et la notice, mais seulement à condition que ces derniers soient utilisés dans leurs fonctions respectives. Selon sa propre jurisprudence, il s'agit de publicité dès lors que les mentions obligatoires devant figurer sur l'étiquetage et la notice sont détachées de la forme distinctive prévue par la législation sur les produits pharmaceutiques et utilisées à des fins de communication autonome.

18 Dans ce contexte, le Bundesgerichtshof se demande si une interprétation téléologique de l'interdiction de publicité ne doit pas aboutir à une interprétation restrictive de cette interdiction prévue à l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83, de sorte que ladite interdiction ne s'appliquerait pas au type de publicité auprès du public qui fait l'objet du litige au principal. À cet égard, il conviendrait de tenir compte, notamment, du fait que, d'une part, la diffusion de l'information émane du fabricant et que, d'autre part, une telle information pourrait permettre d'éviter ou de réduire les risques d'une automédication mal informée.

19 C'est dans ces circonstances que le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83 [...] interdit-il également une publicité auprès du public pour des médicaments soumis à prescription

qui ne comporte que des indications communiquées à l'autorité compétente dans le cadre de la procédure d'autorisation et de toute façon accessibles à toute personne qui achète les produits et lorsque ces indications ne sont pas présentées à l'intéressé sans qu'il les demande mais sont accessibles sur Internet seulement à celui qui cherche à les obtenir?»

Sur la question préjudicielle

Sur l'objet de la demande de décision préjudicielle

20 MSD estime que la question préjudicielle ne concerne pas seulement l'interprétation de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83, mais concerne avant tout la validité de cette disposition, dans la mesure où une règle de droit interdisant de mettre en ligne sur Internet des données concernant des médicaments, qui ont été contrôlées par les autorités compétentes et qui sont utiles au patient, ne saurait être compatible avec les droits fondamentaux de l'Union, notamment la liberté d'information, le droit de décider librement de la façon de se soigner, la liberté d'expression et la liberté d'entreprise. Faisant valoir, en outre, que la juridiction de renvoi met expressément en doute la proportionnalité de ladite disposition, MSD invite la Cour à se prononcer sur la validité de celle-ci.

21 Selon la jurisprudence de la Cour, il incombe exclusivement à la juridiction de renvoi de définir l'objet des questions qu'elle entend poser. Il appartient en effet aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour (voir arrêt du 30 novembre 2006, Brünsteiner et Autohaus Hilgert, C-376/05 et C-377/05, Rec. p. I-11383, point 26).

22 Il y a lieu de constater, à cet égard, d'une part, que la question préjudicielle a clairement pour objet l'interprétation de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83. Il ressort en effet de la décision de renvoi que la juridiction de renvoi souhaite savoir, en substance, si la notion de publicité pour les médicaments au sens du droit de l'Union vise un cas de figure déterminé, décrit de manière détaillée dans cette décision, la juridiction de renvoi envisageant la possibilité d'une interprétation restrictive en considération des droits fondamentaux. Toutefois, cela ne signifie pas que la validité de la réglementation de l'Union concernée soit elle-même remise en cause. La juridiction de renvoi n'indique pas avoir de doutes quant à la validité de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de cette directive, ni même qu'une telle question ait été soulevée dans la procédure au principal pendante devant elle.

23 Selon une jurisprudence bien établie, l'article 267 TFUE n'ouvre pas de voie de recours aux parties à un litige pendant devant le juge national, de sorte que la Cour ne saurait être tenue d'apprécier la validité du droit de l'Union pour le seul motif que cette question a été invoquée devant elle par l'une de ces parties dans ses observations écrites (arrêt Brünsteiner et Autohaus Hilgert, précité, point 28 et jurisprudence citée).

24 Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur la validité de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83.

Sur l'interprétation de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83

25 L'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83 interdit sans exception toute publicité auprès du public faite à l'égard des médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale. Afin de répondre à la question de la juridiction de renvoi, il convient donc d'analyser si l'activité en cause au principal concerne des médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale conformément au titre VI de cette directive, si elle constitue une publicité au sens de cette disposition, et enfin, si elle est faite auprès du public.

26 À cet égard, il est constant que l'activité en cause au principal concerne des médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale conformément au titre VI de la directive 2001/83.

27 Afin d'interpréter la notion de «publicité», au sens de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83, il convient d'examiner le libellé de la disposition de cette directive qui définit cette notion, ainsi que son économie et sa finalité dans le cadre de ladite directive.

28 Pour ce qui est de la notion de «publicité pour des médicaments», l'article 86, paragraphe 1, de la directive 2001/83 définit cette notion comme «toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments».

29 Il ressort d'emblée des termes de ladite disposition, en particulier du membre de phrase «toute forme», que la notion de publicité pour des médicaments retenue par le législateur de l'Union est très large. Ainsi qu'il résulte du quarante-quatrième considérant de la directive 2001/83, cette notion est susceptible d'englober la diffusion sur Internet d'informations relatives à des médicaments (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2009, Damgaard, C-421/07, Rec. p. I-2629, point 28).

30 S'agissant en particulier des médicaments qui, tels ceux en cause au principal, sont soumis à prescription médicale, cette conception large de la notion de publicité est corroborée par l'objectif essentiel de la directive 2001/83, qui est de sauvegarder la santé publique (voir arrêt Damgaard, précité, point 22) et qui, au vu des conséquences graves pour la santé qui peuvent découler d'un mauvais usage ou d'une surconsommation de tels médicaments, justifie une interprétation large de l'interdiction de la publicité pour ces médicaments.

31 Il résulte également du libellé de l'article 86, paragraphe 1, de la directive 2001/83 que la finalité du message constitue le trait caractéristique essentiel de la publicité et l'élément déterminant pour distinguer la publicité de la simple information.

32 Par conséquent, la définition de l'article 86, paragraphe 1, de la directive 2001/83 n'exclut pas, en principe, que des publications ou des diffusions qui ne comprennent que des informations objectives puissent être considérées comme de la publicité. Dès lors que le message vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments, il s'agit de publicité au sens de cette directive. En revanche, une indication purement informative sans intention promotionnelle ne relève pas des dispositions de ladite directive relatives à la publicité pour les médicaments.

33 La question de savoir si une diffusion d'informations est ou non dotée d'une finalité publicitaire doit être déterminée en procédant à un examen concret de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce, lequel incombe à la juridiction nationale (voir, en ce sens, arrêt Damgaard, précité, point 23).

34 S'agissant de l'identité de l'auteur d'une diffusion relative à un médicament, s'il est, certes, indéniable que le fabricant dudit médicament a un intérêt économique à la commercialisation de son produit, la circonstance que cette diffusion soit effectuée par ledit fabricant lui-même ne saurait, comme telle, permettre de conclure à la recherche par celui-ci d'une finalité publicitaire. Encore faut-il, pour qu'une telle circonstance puisse constituer un indice déterminant en faveur de la qualification de ladite diffusion en tant que publicité, que les comportements, les initiatives et les démarches de ce fabricant relèvent son intention de promouvoir, à travers une telle diffusion, la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ce médicament (voir, par analogie, arrêt du 28 octobre 1992, Ter Voort, C-219/91, Rec. p. I-5485, point 26).

35 Toutefois, il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances, la publication par un fabricant d'informations relatives à ses médicaments s'inscrive

dans le cadre de la politique générale de communication de l'entreprise, afin de fournir des informations objectivement exactes aux patients intéressés et d'écartier autant que possible les risques sanitaires liés à l'automédication sans consultation de la notice. Tel peut être le cas des patients qui ont perdu la notice du médicament utilisé. Par ailleurs, la volonté de tenir compte du souhait du public d'être informé ou de mettre en valeur la transparence de l'entreprise pourrait également conduire une entreprise pharmaceutique à publier des informations à propos de ses médicaments.

36 S'agissant de l'objet de la communication, il y a lieu de relever que, en règle générale, l'obligation de prescription médicale de médicaments tels que ceux en cause au principal est de nature à garantir que l'éventuel intérêt suscité par les informations objectives relatives aux médicaments figurant sur le site Internet du fabricant ne puisse pas directement se traduire par une décision d'achat et que la décision finale quant au médicament que prendra le patient continue à revenir au médecin traitant.

37 Il ne peut certes être exclu que, en raison de la demande d'un patient informé, le médecin soit amené à prescrire un autre médicament que celui qui avait sa préférence au départ et que, par conséquent, l'information factuelle contribue, ne serait-ce que faiblement, à augmenter les ventes. Toutefois, une telle éventualité ne saurait suffire à traduire une intention promotionnelle de la part du fabricant du médicament. En outre, elle ne représente, en principe, pas de danger particulier pour la santé du patient si le médecin considère qu'il est envisageable de prescrire l'un ou l'autre des médicaments et ne saurait porter atteinte à l'objectivité dont, ainsi qu'il est rappelé au cinquantième considérant de la directive 2001/83, doit faire preuve le médecin en effectuant une prescription à l'égard d'un patient déterminé. En effet, un médecin prescripteur est tenu, d'un point de vue déontologique, de ne pas prescrire un médicament donné si celui-ci ne convient pas au traitement thérapeutique de son patient (voir, en ce sens, arrêt du 22 avril 2010, Association of the British Pharmaceutical Industry, C-62/09, non encore publié au Recueil, points 39 et 40).

38 En outre, la possibilité pour le patient d'accéder de manière précoce, avant un examen médical, à une information objective provenant de sources fiables pourrait, le cas échéant, contribuer à la prescription d'un traitement approprié, dans la mesure où un dialogue plus fructueux pourra s'engager entre le médecin et le patient informé.

39 De même, la diffusion sur Internet de l'emballage et de la notice du médicament pourrait, dans certaines circonstances, permettre d'éviter l'automédication mal informée du patient qui a perdu cette notice.

40 S'agissant du contenu de la communication, il ressort de la décision de renvoi que la présentation par MSD de ses produits sur son site Internet a consisté en la reproduction de l'emballage des médicaments en cause et en l'énoncé des indications thérapeutiques ainsi que des instructions figurant dans la notice d'utilisation.

41 Il convient d'observer, à cet égard, que l'article 61 de la directive 2001/83 prévoit que toutes les informations figurant sur l'emballage et la notice d'un médicament doivent avoir été soumises aux autorités compétentes lors de la demande d'autorisation de mise sur le marché et approuvées par celles-ci. Il s'agit donc d'informations non seulement objectives, ne présentant a priori pas de danger pour le consommateur, mais aussi approuvées, et dont la présence sur l'emballage et la notice est même obligatoire conformément aux articles 54 et 59 de ladite directive.

42 En outre, selon l'article 62 de la directive 2001/83, l'emballage extérieur et la notice ne peuvent comporter aucun élément pouvant présenter un caractère promotionnel.

43 Il s'ensuit que, dès lors que la diffusion d'informations relatives à des médicaments soumis à prescription médicale sur le site Internet du fabricant consiste uniquement dans une reproduction fidèle de l'emballage du médicament, conforme à l'article 62 de la directive 2001/83, ainsi que dans une reproduction littérale et intégrale de la notice ou du résumé des caractéristiques du produit approuvés par les autorités compétentes en matière de médicaments, et qu'elle ne s'accompagne d'aucun élément supplémentaire militant en faveur d'une qualification en tant que publicité, l'objectif de protection de la santé poursuivi par l'interdiction de la publicité pour de tels médicaments ne paraît pas conduire à qualifier une telle diffusion de publicité interdite au sens de l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83.

44 Une qualification différente doit, en revanche, être retenue lorsque les informations relatives au médicament font l'objet d'une sélection ou d'un remaniement par le fabricant, dès lors que ces manipulations des informations ne peuvent s'expliquer que par une finalité publicitaire.

45 Parmi les autres circonstances pertinentes pour apprécier si la communication en cause au principal doit être qualifiée de publicité, figurent, en l'espèce, le groupe des destinataires et les caractéristiques techniques du média utilisé pour diffuser l'information.

46 À cet égard, il convient d'observer que, certes, selon les indications fournies par la décision de renvoi, les informations en cause au principal sont accessibles à tous, MSD n'ayant en effet pas décidé d'en réserver

l'accès à certains groupes de personnes tels que les professionnels de la santé.

47 Toutefois, lesdites informations sont simplement disponibles sur le site Internet du fabricant, selon le système des services dits «pull», de sorte que leur consultation nécessite une démarche active de recherche par l'internaute et que la personne qui ne s'intéresse pas au médicament concerné ne sera pas involontairement confrontée à ces informations. Cette façon de communiquer des informations à l'aide d'une plate-forme de présentation passive n'est, en principe, pas importune et ne s'impose pas inopinément à un large public, une telle situation se distinguant donc de celle de services dits «push», dans laquelle l'internaute se trouve confronté, sans l'avoir cherché, à ce genre de contenu au moyen de fenêtres intruses, dites «pop-up», qui apparaissent spontanément sur l'écran, de laquelle doit en revanche être inférée une forte présomption de caractère publicitaire.

48 Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83 doit être interprété en ce sens qu'il n'interdit pas la diffusion sur un site Internet, par une entreprise pharmaceutique, d'informations relatives à des médicaments soumis à prescription médicale, lorsque ces informations sont accessibles sur ce site seulement à celui qui cherche à les obtenir et que cette diffusion consiste uniquement en la reproduction fidèle de l'emballage du médicament, conforme à l'article 62 de cette directive, ainsi qu'en la reproduction littérale et intégrale de la notice ou du résumé des caractéristiques du produit qui ont été approuvés par les autorités compétentes en matière de médicaments. Est au contraire interdite la diffusion, sur un tel site, d'informations relatives à un médicament qui ont fait l'objet, de la part du fabricant, d'une sélection ou d'un remaniement ne pouvant s'expliquer que par une finalité publicitaire. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si et dans quelle mesure les activités en cause au principal constituent de la publicité au sens de ladite directive.

Sur les dépens

49 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit:

L'article 88, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code

communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, doit être interprété en ce sens qu'il n'interdit pas la diffusion sur un site Internet, par une entreprise pharmaceutique, d'informations relatives à des médicaments soumis à prescription médicale, lorsque ces informations sont accessibles sur ce site seulement à celui qui cherche à les obtenir et que cette diffusion consiste uniquement en la reproduction fidèle de l'emballage du médicament, conforme à l'article 62 de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27, ainsi qu'en la reproduction littérale et intégrale de la notice ou du résumé des caractéristiques du produit qui ont été approuvés par les autorités compétentes en matière de médicaments. Est au contraire interdite la diffusion, sur un tel site, d'informations relatives à un médicament qui ont fait l'objet, de la part du fabricant, d'une sélection ou d'un remaniement ne pouvant s'expliquer que par une finalité publicitaire. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si et dans quelle mesure les activités en cause au principal constituent de la publicité au sens de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27.

Signatures

