

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le courrier électronique publicitaire au regard du droit

Gobert, Didier

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D 2005, 'Le courrier électronique publicitaire au regard du droit', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 22, p. 7-26.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

Le courrier électronique publicitaire au regard du droit¹

Didier GOBERT²

Introduction

L'envoi massif de courriers électroniques non sollicités, plus communément appelé «spamming», prend de l'ampleur et pourrait – si l'on n'y prend pas garde – menacer l'existence même du courrier électronique. Dans le même temps, le législateur a adopté des dispositions nécessaires pour tenter de lutter contre ce phénomène, l'Administration a été amenée à interpréter certaines de ces dispositions et des méthodes pratiques et simples à mettre en œuvre pour éviter le spam ont vu le jour. Il n'est donc pas inutile de faire le point sur ces différentes questions, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité.

Le terme «spamming» est plus souvent utilisé qu'il n'est défini. Il existe d'ailleurs une grande variété de «spam», qui peuvent tomber sous le coup de législations différentes (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.). Dans un sens plus restreint et au regard de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information³ (ci-après «loi du 11 mars 2003»), le terme «spamming» désigne l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique. Cette contribution se focalise essentiellement sur cette dernière réalité.

Le spamming suscite un mécontentement grandissant parmi les internautes et les prestataires de services, ce qui est de nature à miner la confiance des internautes dans l'utilisation du courrier électronique, et plus généralement de l'internet et du commerce électronique. Et pour cause, la réception de «spam» pose de nombreux problèmes: génération de coûts supplémentaires (occupation inutile de la bande passante, acquisition de logiciel de filtrage, etc.) et de perte de temps, intrusion dans la vie privée, contenu illégal (publicité interdite

1. Cette contribution trouve sa source dans un document rédigé au sein du SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie: «Le spamming en 24 questions & réponses», disponible en 4 langues à l'adresse suivante: http://mineco.fgov.be/information_society/spamming/home_fr.htm.
2. Attaché-juriste dans la cellule Économie électronique de la Direction générale Régulation et Organisation du marché du Service Public Fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie et secrétaire de l'Observatoire des Droits de l'Internet.
3. M.B., 17 mars 2003.

pour des médicaments p. ex.), trompeur (en vue d'escroquer l'internaute: lettre nigériane, fausse loterie, *phishing*, etc.) ou préjudiciable (p. ex., un message pornographique ou agressif reçu par des enfants).

L'émetteur de «spam» peut aisément obtenir les adresses de courrier électronique de plusieurs manières. Certaines de ces méthodes sont loyales, d'autres le sont beaucoup moins. Certaines d'entre elles peuvent d'ailleurs poser des problèmes au regard des dispositions 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 Commission de la protection de la vie privée – qui est compétente en cette matière – a déjà eu l'occasion de se prononcer et d'émettre des avis sur cette question. Nous renvoyons le lecteur aux nombreuses informations disponibles sur son site⁴.

Dans un premier temps, cette contribution se consacre à présenter en détail la règle de l'*opt-in* (principe du consentement préalable à l'envoi de courriers électroniques publicitaires). Les dispositions légales sont mises à nu et le texte reprend en outre les diverses interprétations administratives déjà données à ces dispositions. Les interprétations précitées concernent notamment la notion de publicité, de courrier électronique, la manière de demander le consentement (est-ce possible par e-mail et, si oui, à quelles conditions?), etc.

Une partie non négligeable de la contribution est dédiée aux deux exceptions au principe de l'*opt-in*. En effet,

dans certains cas (courriers électroniques publicitaires envoyés à des clients et/ou à des adresses impersonnelles de personnes morales), le prestataire n'est pas tenu de demander le consentement préalable du destinataire. Il peut (doit) se limiter à offrir un droit d'opposition (*opt-out*) à ce dernier. Néanmoins, il ne pourra se prévaloir de ces exceptions que moyennant le respect strict de conditions longuement commentées.

En vue de faire le tour du dispositif légal, il convenait aussi de s'étendre sur les informations qui doivent figurer dans un courrier électronique publicitaire, sur les méthodes interdites pour les émetteurs de «spam» (usurpation d'identité, falsification ou masquage de l'identité ou du chemin de transmission), sur les sanctions prévues pour les annonceurs qui ne respectent pas les obligations précitées.

Si l'une ou plusieurs de ces règles ne sont pas respectées, le destinataire peut légitimement porter plainte. Le cas échéant, ce dernier est invité à se poser quelques questions afin de s'assurer que sa plainte est fondée et d'éviter que des plaintes téméraires – facilitées par un simple «forward» du mail – se transforment en du ... spam pour les autorités de traitement des plaintes. Pour terminer, le lecteur trouvera également nombreuses informations utiles pour déterminer quelle autorité est compétente pour connaître de sa plainte: Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Économie, Commission de la protection de la vie privée ou Federal Computer Crime Unit (Police fédérale).

4. <http://www.privacy.fgov.be>.

1. Principe du consentement préalable (*opt-in*): présentation et portée

9

1. Le consentement préalable à l'envoi de courriers électroniques publicitaires

Selon l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003, «L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages». C'est ce que l'on appelle le principe de l'*opt-in*.

Ainsi, l'envoi d'une publicité par courrier électronique (SMTP, SMS, boîte vocale) n'est pas comme tel interdit mais est conditionné à l'obtention de l'accord préalable (à l'envoi de l'e-mail publicitaire) du destinataire du message.

Il convient d'insister sur le fait que ce consentement doit non seulement être préalable mais en outre être :

- *libre*: le consentement ne serait pas libre si, par exemple, un site ne donnait pas la possibilité technique à l'internaute de cocher la case «non» lorsqu'on lui demande son accord ou simplement si la case «oui» est précochée! Il en serait de même si on pénalise la personne qui refuse de recevoir des courriers électroniques publicitaires en la privant de l'accès à un produit, à un service, à un bon de réduction, à un cadeau, etc. Un consentement présumé en l'absence de réaction dans un certain délai ne peut pas non plus être considéré comme libre;

- *spécifique*: l'accord doit provenir directement et particulièrement de la personne concernée, mais aussi être spécifique au fait d'accepter de recevoir de la publicité par courrier électro-

nique de la part de tel ou tel prestataire pour le ou les catégories de produits qu'il vise;

- *informé*: lorsqu'on lui demande son accord, l'internaute doit recevoir suffisamment d'informations pour qu'il prenne clairement conscience que son adresse e-mail est récoltée en vue d'être utilisée à des fins publicitaires. Dans ce cadre, on peut raisonnablement estimer que l'information relative à ce consentement uniquement diluée dans des conditions générales ne répond pas à cette condition: il est préconisé de prévoir à cet effet une case *ad hoc* à cocher, quitte à renvoyer clairement à une disposition spécifique des conditions générales pour le complément d'informations.

Le principe du consentement préalable n'est toutefois pas absolu. En effet, nous soulignons déjà à ce stade que le courrier électronique peut être utilisé pour envoyer des messages publicitaires – sans obtenir le consentement préalable – dans le cadre de deux exceptions visées par l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique⁵ (*cf. infra*).

2. La notion de «courrier électronique»

Il nous semble utile de relever la définition large donnée par le législateur de la notion de «courrier électronique». Selon l'article 2, 2^o, de la loi du 11 mars 2003, on entend par «courrier électronique»: «tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public

5. M.B., 28 mai 2003.

de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère».

Ainsi, par «courrier électronique», on vise l'e-mail classique *mais également* l'utilisation du «chat», de la vidéoconférence ou de la téléphonie vocale sur l'internet. On vise aussi les messages de type SMS («Short Message Systems»), très courants en téléphonie portable de type «GSM». Les messages laissés sur répondeurs téléphoniques ou sur «boîtes vocales» de «GSM» répondent également aux critères de la définition. Dès lors, si un message publicitaire est transmis par ces moyens de communication, il convient à nouveau de respecter l'ensemble des exigences légales, dont le principe du consentement préalable.

Par contre, le pop-up ne doit pas être considéré comme un courrier électronique. En effet, la Commission européenne s'est prononcée sur la question dans une réponse écrite et a clairement dit que la «fenêtre pop-up» ne constitue pas un courrier électronique et n'est donc pas soumise au consentement préalable du destinataire. En effet, selon la Commission européenne, la définition de courrier électronique «only covers messages that can be stored in terminal equipment until they are collected by the addressee. Messages that depend on the addressee being on-line and that disappear when this is not the case, are not covered by the definition of electronic mail». Précisons néanmoins que si le pop-up publicitaire n'est pas soumis au consentement préalable (*opt-in*), il n'empêche que celui-ci est néanmoins tenu de respecter les obligations consacrées par l'article 13 de la loi (*cf. infra*) dans la mesure où il est publicitaire.

Ajoutons que depuis l'adoption de la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques⁶, spécialement son article 2 qui introduit un article 29bis dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, des règles comparables à celles qui s'appliquent à l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique sont également applicables – conformément au droit européen – à l'envoi de publicités par télécopieur (fax) et automate d'appel.

3. Le caractère «publicitaire» du courrier électronique

Le caractère publicitaire ou non du courrier électronique doit s'évaluer au regard de la définition de la «publicité» consacrée par l'article 2, 7°, de la loi du 11 mars 2003. Pour rappel, on entend par «publicité»: «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».

Certes, la définition est large. Les mots «destinée à promouvoir directement ou indirectement ...» méritent d'ailleurs quelques commentaires.

Le message doit être promotionnel au sens qu'il vise à encourager la vente d'un bien ou d'un service ou améliorer l'essor, le développement d'une entreprise, d'une organisation, etc., en espérant bénéficier d'une retombée économique. Un message simplement informatif ne tombe pas dans le champ

6. M.B., 31 août 2005.

d'application de la définition et n'est donc pas soumis aux contraintes légales. En pratique, il reste néanmoins extrêmement délicat d'apprécier le caractère promotionnel ou simplement informatif d'un message. Lorsque le courrier électronique émane d'une entreprise commerciale, il est tout aussi difficile d'apprécier si le message revêt un caractère simplement informatif. En cas de litige, cette appréciation revient au juge et dépendra des circonstances de l'espèce, notamment du contexte dans lequel le message est envoyé, du contenu du message, de l'objectif réellement recherché, de la qualité du destinataire, mais aussi de celle de l'auteur du message (un message envoyé par une entreprise commerciale sera plus facilement qualifié de promotionnel que celui envoyé par un service public).

Néanmoins, pour déterminer le caractère «publicitaire» ou non du message, il convient d'insister sur les deux exclusions consacrées par le même article 2, 7° : «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».

Dans cette optique 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 Économie est d'avis que l'évaluation permettant de distinguer le caractère promotionnel du message doit se faire de manière raisonnable et proportionnée. La philosophie de la loi du 11 mars 2003 est avant tout de lutter contre les campagnes illégales et irritantes de publicité,

de lutter contre les pratiques déloyales, d'assurer le bon fonctionnement du marché et d'éviter la saturation des réseaux, mais pas de restreindre ou de mettre des obstacles à la diffusion de messages informationnels ou de messages indépendants comparant des produits ou services (même si en poussant à fond l'interprétation et l'évaluation, on pourrait reconnaître dans l'un de ces messages une légère promotion de l'image d'une entreprise, entendue au sens large).

Cette interprétation a d'ailleurs amené la Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché à considérer qu'une newsletter – préparée par une ASBL – destinée à envoyer des «actualités» à des écoles peut bénéficier de cette exception (p. ex., une newsletter sur les nouvelles directives de la Communauté française, sur l'avancée du débat avec les directeurs d'écoles, ou même proposant un tableau comparatif – élaboré de manière indépendante – des différents centres de classes vertes, etc.). Par contre, si le prestataire envoyant cette newsletter reçoit par exemple une contrepartie financière pour glisser 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. Le courrier électronique serait alors soumis au principe du consentement préalable.

Il est évident aussi qu'une newsletter préparée par une entreprise commerciale bénéficiera moins facilement de l'exception que celle préparée par une ASBL ou un service public. Par exemple, un courrier électronique contenant diverses questions, envoyé par une entreprise commerciale en vue d'effectuer 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, au moins indirectement (par le biais d'un sondage d'opinion), un bien. Par contre, cela ne sera probablement pas le cas si le même sondage d'opinion est envoyé par une association de consommateurs en vue de comparer les produits d'entreprises concurrentes.

En guise d'autres exemples, on peut aussi considérer que des messages envoyés par des partis ou mandataires politiques à des fins électorales ne constituent pas de la « publicité » au sens de la loi du 11 mars 2003, et ne sont donc pas soumis au principe du consentement préalable *en vertu de cette loi*. Cela ne signifie pas pour autant que ces messages peuvent être envoyés librement. Ils devront, le cas échéant, respecter les exigences légales de la législation relative à la protection des données à caractère personnel (*cf. infra*).

4. Les courriers électroniques «non publicitaires» échappent-ils automatiquement au principe du consentement préalable ?

Avant de répondre à la question, il convient de rappeler le contexte global. La directive européenne (2002/58/CE)⁷ qui a imposé le principe de l'*opt-in* n'utilise pas le concept de « publicité » mais plutôt le concept de « prospection directe ». Se pose alors la question de savoir si, en droit belge, la notion de « publicité » peut être confondue avec celle de « prospection directe ».

Si le concept de publicité est défini en droit belge, on se doit de constater

qu'il n'existe aucune définition de la notion de prospection directe ni dans les directives européennes ni dans la législation belge. Tout au plus, trouve-t-on 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 ». On souligne le caractère large de cette description.

On note également que la Fédération européenne de marketing direct donne 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 professionnel même ou sous sa responsabilité et qui s'adresse à des particuliers »⁸. Cette définition semble en effet présupposer qu'à côté de la notion de publicité, il existe une autre notion: celle de marketing, ce qui étend la définition.

On relève enfin que, dans un avis récent, la Commission de la protection de la vie privée belge adopte une vision extrêmement large de cette notion de prospection directe: « il convient de

7. Dir. 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 (dite « directive vie privée et communications électroniques »), *J.O.C.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.
8. Le code FEDMA est disponible à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77-annex_en.pdf.

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 politiques⁹. Il est évident que cette notion dépasse largement celle de publicité consacrée par la loi du 11 mars 2003.

On en conclut donc que le concept de «prospection directe» est un concept large qui englobe tant la prospection directe commerciale (la publicité) que la prospection directe non commerciale (démarchage politique, associatif, religieux, etc.).

La loi du 11 mars 2003 ne vise que les courriers électroniques «publicitaires». Est-ce à dire que les courriers électroniques qui ne sont pas «publicitaires» ne sont automatiquement pas soumis au principe du consentement préalable? Certainement pas. Si le message est considéré comme de la «prospection directe non commerciale», telle qu'interprétée par la Commission de la protection de la vie privée (démarchage politique, associatif, religieux, etc.), son envoi sera probablement soumis au consentement préalable de son destinataire. Le cas échéant, cette solution découlera – non pas de la loi du 11 mars 2003 – mais de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée. Sur cette question, nous renvoyons aux avis interprétatifs de la Commission de la protection de la vie privée. On en conclut qu'en droit belge, ce n'est pas parce qu'un courrier électronique n'est pas publicitaire au sens de la loi du 11 mars 2003 qu'il est automatiquement exempté du respect du principe du consentement préalable.

5. Méthodes pour recueillir le consentement préalable: un premier courrier électronique

Pour rappel, selon l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003, «L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages».

L'article 14 de la loi du 11 mars 2003 ne souffle mot quant à la manière d'obtenir le consentement préalable. Tout au plus, la disposition exige que le consentement soit libre, spécifique et informé. Dès lors, le consentement doit pouvoir être donné selon toute modalité appropriée permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée.

Plus particulièrement, l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 se limite à interdire l'utilisation du courrier électronique – sans le consentement préalable – pour envoyer un message publicitaire. Par contre, il n'interdit pas formellement que l'on utilise le courrier électronique pour d'autres fins, notamment demander un consentement libre, spécifique et informé à envoyer à l'avenir des courriers électroniques contenant de la publicité.

La Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché estime donc que les prestataires peuvent utiliser (parmi d'autres moyens) le courrier électronique en vue d'obtenir le consentement préalable visé à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003. Toutefois, l'Administration considère que ce courrier électronique par lequel on demande le consente-

9. Avis du 2 avril 2003 de la CPCP 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 à l'adresse suivante: <http://www.privacy.fgov.be/publications/Se025009FR.pdf>.

ment doit respecter diverses exigences. Celles-ci permettent d'assurer une solution raisonnable et proportionnée au regard des différents intérêts en présence.

Ces 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 14, § 2, de la loi du 11 mars 2003 ainsi qu'à l'article 2 de l'arrêté royal du 4 avril 2003;
- 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 (2 ans), 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 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.

Concernant le respect de la première condition, les prestataires doivent s'assurer que les coordonnées électroniques qu'ils utilisent pour demander le consentement ont été collectées et utilisées en conformité avec la loi du 8 décembre 1992 et les avis interprétatifs rendus par la Commission de la protection de la vie privée (CPVP). Les avis suivants – disponibles sur le site de la CPVP¹⁰ – méritent d'ailleurs une attention particulière:

- avis d'initiative n° 34/2000 du 22 novembre 2000 relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique;
- avis du 24 mars 2003 sur le marketing direct et la protection des données personnelles;
- note sur «Le spam en Belgique: État des lieux en juillet 2003».

Indiquons que l'article 14, § 4, de la loi du 11 mars 2003 stipule que la charge de la preuve du caractère sollicité (en d'autres mots du consentement) des publicités par courrier électronique

10. <http://www.privacy.fgov.be/>.

incombe au prestataire. Dans ce contexte, nous ne pouvons que conseiller au prestataire de mettre en place des mécanismes qui permettent de prouver aisément l'obtention du consentement préalable.

6. Pertinence d'une période transitoire pour régulariser les bases de données constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003, le système de *l'opt-out* était la règle: dans ce système, on pouvait adresser un courrier électronique publicitaire sans demander le consentement préalable, mais il convenait de cesser les envois dès que le destinataire marquait son opposition. Depuis la loi du 11 mars 2003, on est passé au système de *l'opt-in*: il convient d'obtenir le consentement préalable de la personne concernée avant de lui envoyer un courrier électronique publicitaire. Dans ce contexte, la question suivante se pose: que faire des fichiers d'adresses de courrier électronique constitués sous l'empire de l'ancienne loi quand *l'opt-out* était la règle, mais réutilisés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi? Fallait-il prévoir une période transitoire permettant de régulariser ces bases de données?

En réalité, non! Cela n'est pas nécessaire. Dès lors que le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique peut être demandé par courrier électronique au regard de la loi du 11 mars 2003 (cf. question précédente), la question d'une période transitoire éventuelle pour les bases de données constituées antérieurement à la nouvelle loi ne se pose pas. En effet, si les adresses de courrier électronique ont été collectées et utilisées légale-

ment, c'est-à-dire conformément à la loi du 8 décembre 1992 (que ce soit avant ou après le 28 mars 2003, date d'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003), il n'y a aucune difficulté – dans le cadre de la loi du 11 mars 2003 – d'utiliser ces adresses pour demander le consentement à recevoir à l'avenir des publicités via cette adresse de courrier électronique, pour autant que les conditions précitées soient respectées. On constate donc que les bases de données constituées légalement avant l'entrée en vigueur du principe de *l'opt-in* ne deviennent pas automatiquement inutilisables.

Par contre, il n'est plus possible d'utiliser ces adresses e-mail depuis le 28 mars 2003 pour envoyer *directement* une publicité (sauf bien entendu si le prestataire avait déjà obtenu le consentement libre, spécifique et informé – dont il a la charge de la preuve – ou s'il peut se prévaloir de l'une des exceptions): il faudra au préalable demander le consentement libre, spécifique et informé (ce qui ne laisse pas la place à un éventuel consentement tacite!) par le biais de ces adresses e-mail collectées antérieurement au 28 mars 2003.

7. Le cas particulier des «taglines» ajoutés au bas des courriers électroniques

Il est assez fréquent que les prestataires d'un service de courrier électronique gratuit ajoutent un «taglines» au bas des courriers électroniques envoyés par les clients de ce service. Le «taglines» est un message que le prestataire (p. ex. MSN Hotmail, Yahoo, Telenet, etc.) ajoute au bas de chaque e-mail envoyé par ses clients en vue de donner au destinataire des informations sur les produits et services du prestataire, voire de tiers.

Certains prestataires ont tenté de défendre l'idée selon laquelle les dispositions relatives à la publicité de la loi du 11 mars 2003 ne sont pas applicables parce que le message publicitaire n'est pas intégré dans le mail par l'émetteur de celui-ci mais par un tiers (le prestataire).

Cette interprétation n'est pas soutenable car elle n'est pas conforme à l'esprit et à la lettre de la loi. En effet, selon l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003, «L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages». Le législateur vise de manière large l'utilisation de courrier électronique à des fins publicitaires, et n'opère donc pas de distinction suivant que l'utilisation à des fins publicitaires est faite par l'émetteur direct du courrier électronique ou par le prestataire qui offre le service de courrier électronique.

Dès lors, si un prestataire souhaite ajouter un message à caractère publicitaire au bas d'un courrier électronique

envoyé par un des clients du service de courrier électronique gratuit, il doit au préalable obtenir le consentement libre, spécifique et informé du destinataire du message. Rappelons que ce consentement peut être demandé par courrier électronique, pour autant que certaines conditions soient remplies (cf. supra).

En exigeant le consentement préalable du destinataire, on veut notamment éviter un usage intrusif et intempestif de ce moyen de communication privé par les annonceurs publicitaires, ce qui peut être préjudiciable pour le destinataire, particulièrement si le message publicitaire est long, voire contient un fichier attaché. On veut aussi éviter que les prestataires de service de courrier électronique gratuit ne profitent de ce système pour fausser la concurrence. En effet, on ne voit pas ce qui justifie que ces prestataires puissent utiliser le courrier électronique pour envoyer des publicités sans obtenir le consentement préalable, alors que les annonceurs traditionnels sont tenus par cette contrainte.

2. Exception au principe du consentement préalable (*soft opt-in*)

En vertu de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003, le Roi a adopté l'arrêté royal du 4 avril 2003¹¹ qui consacre deux exceptions au principe du consentement préalable pour l'envoi de publicités par courrier électronique.

En effet, le prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier

électronique dans les deux hypothèses suivantes:

1. le courrier électronique est envoyé aux clients du prestataire;
2. le courrier électronique est envoyé à des personnes morales.

Ces exceptions sont toutefois soumises au respect de conditions strictes.

11. A.R. 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, M.B., 28 mai 2003.

1. Conditions pour bénéficier de la première exception

Le prestataire *est dispensé* de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique dans l'hypothèse où le courrier électronique est envoyé à ses clients. Cette première exception est soumise au respect de trois conditions.

Premièrement, il doit s'agir d'un véritable client (peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale ou que ce client agisse en qualité de consommateur ou de professionnel), c'est-à-dire une personne avec laquelle le prestataire a déjà entretenu au moins une relation contractuelle. Cela signifie que le prestataire doit avoir obtenu *directement* (et non par un tiers) les coordonnées électroniques du client dans le cadre de la vente d'un produit ou de la prestation d'un service. En pratique, un prestataire peut donc légalement envoyer son catalogue de produits et services par courrier électronique à tous les clients qui ont souscrit au moins une fois à un de ses produits ou services (la simple demande d'un devis n'est toutefois pas suffisante pour remplir la condition) et qui ont communiqué leurs coordonnées à cette occasion, sans avoir à demander leur consentement préalable. Pour rappel, la collecte de ces coordonnées doit se faire dans le respect de la législation relative à la protection de la vie privée.

Deuxièmement, le prestataire doit exploiter les coordonnées électroniques à des fins de publicité *exclusivement* pour des produits ou services analogues offerts par lui. *A contrario*, le prestataire ne peut pas utiliser l'adresse de courrier électronique d'un client – sans son consentement préalable – pour en-

voyer une publicité pour un produit ou un service d'une entreprise tierce (p. ex., un partenaire), ni communiquer l'adresse de courrier électronique à des entreprises tierces pour faire de la publicité pour des produits ou services analogues¹². Le prestataire ne peut pas non plus utiliser l'adresse de courrier électronique d'un client pour envoyer une publicité pour un produit ou un service offert par lui mais qui ne serait pas *analogue* au service ou produit vendu lors de la récolte des données.

Sont considérés comme produits ou services analogues ceux qui appartiennent à une même catégorie de produits ou de services. Par exemple – et, pour l'heure, à titre conjectural –, on pourrait considérer comme produits analogues les CD-Rom, les DVD, les cassettes vidéo et, éventuellement, les livres. De même, les assurances incendie et les assurances-vie peuvent être considérées comme des produits analogues, appartenant à la catégorie des assurances. Toutefois, il ne sera pas toujours facile pour le prestataire de déterminer si deux produits ou services appartiennent à la même catégorie (p. ex.: une entreprise de banque-assurance autorisée à envoyer des publicités par courrier électronique pour des produits d'assurance peut-elle également adresser de semblables publicités pour des produits bancaires? On devrait pouvoir l'admettre si le produit d'assurance est essentiellement envisagé comme un produit d'épargne. Par contre, ce ne serait pas le cas si la police d'assurance, telle une assurance incendie ou responsabilité civile, est largement éloignée du produit bancaire). L'exigence de produit ou service «analogue» ayant été posée par le législateur européen, il conviendra d'attendre qu'une interprétation se développe progressivement

12. Rappelons que sont aussi considérées comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de société que le prestataire qui a obtenu le consentement de la personne (filiales, sociétés sœurs, société mère ...), étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes.

au niveau européen pour pouvoir trancher certaines questions plus délicates.

Si cette deuxième condition n'est pas remplie, le courrier publicitaire n'est pas nécessairement interdit, mais il faudra obtenir le consentement préalable de la personne concernée. Pour ce faire et vu les incertitudes liées au concept de produit analogue, il est possible pour le prestataire de demander systématiquement au client, lors de la première relation contractuelle (demande à indiquer sur le formulaire d'inscription ou de commande), son accord pour que son adresse e-mail soit utilisée afin de lui envoyer des publicités pour tous les produits du prestataire – qu'ils soient analogues ou non –, pour autant toutefois que les catégories de produits soient indiquées.

Troisièmement, le prestataire doit fournir à ses clients, au moment où leurs coordonnées électroniques sont recueillies, la faculté de s'opposer sans frais et de manière simple à une telle exploitation. Ainsi, lors de la collecte des coordonnées électroniques auprès du client, le prestataire doit clairement informer celui-ci de l'utilisation ultérieure de ses coordonnées à des fins de publicité et lui donner la possibilité de s'opposer d'emblée à une telle exploitation, par exemple au moyen d'une case à cocher (p. ex., sur le formulaire de commande papier ou en ligne).

2. Conditions pour bénéficier de la seconde exception

Le prestataire *est dispensé* de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique dans l'hypothèse où le courrier électronique est envoyé à des personnes morales. Cette exception s'applique même si la personne morale n'est pas cliente.

Comment distinguer l'adresse de courrier électronique d'une personne morale de celle d'une personne physique?

Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 4 avril 2003 nous indique qu'en pratique, les personnes morales peuvent être titulaires d'une ou de plusieurs adresses de courrier électronique, afin de permettre d'entrer en contact avec elles ou avec certains de leurs services ou branches d'activité (info@company.be, contact@..., privacy@..., sales@..., commandes@..., service-clientele@..., etc.). Des publicités non sollicitées par courrier électronique peuvent être envoyées à ces adresses, dans la mesure où, en raison des circonstances, il est manifeste que ces adresses concernent des personnes morales et sont « impersonnelles » au sens de l'arrêté royal.

Par contre, lorsqu'une personne morale attribue à ses employés des adresses de courrier électronique personnelles liées à son nom de domaine (p. ex. nom.prénom@company.be), il s'agit d'adresses de personnes physiques, peu importe qu'elles les utilisent à des fins professionnelles ou privées. Il n'est donc pas permis d'envoyer des publicités à ces adresses sans l'accord préalable des personnes physiques concernées.

Nous conseillons donc au prestataire d'apprécier avec prudence s'il se trouve en présence de l'adresse d'une personne morale, et cela même s'il achète ou loue des adresses auprès d'un tiers. En tout état de cause, c'est au prestataire de prouver qu'il est dispensé d'obtenir le consentement préalable.

En outre, les produits ou services offerts à travers les publicités ainsi envoyées doivent viser des personnes mo-

rales, et non des personnes physiques. En effet, selon le rapport au Roi, un annonceur ne pourrait se prévaloir de l'exception pour envoyer à des adresses de personnes morales des publicités visant en réalité des personnes physiques (p. ex., de la publicité pour de l'alimentation de détail, des destinations de vacances ou des vêtements personnels envoyée à une personne morale active dans le secteur informatique ou bancaire), contournant ainsi l'obligation de solliciter le consentement préalable de ces dernières. L'hypothèse serait différente s'il s'agissait de produits d'assurance ou de littérature professionnels, etc.

Soulignons dès à présent que, même si un courrier électronique publi-

citaire peut être envoyé à une personne morale sans demander son consentement préalable, la personne morale bénéficie néanmoins d'un droit d'opposition, qu'elle peut exercer en notifiant individuellement au prestataire son souhait de ne plus recevoir de courrier électronique publicitaire de sa part. La personne morale devra être informée de ce droit lors de chaque publicité par courrier électronique, conformément à l'article 14, § 2, de la loi. Concrètement, lors de l'envoi de tout courrier électronique publicitaire, le prestataire doit fournir une adresse électronique de réponse afin de permettre au destinataire de lui notifier son souhait de ne plus recevoir ce type de courrier (*cf. infra*).

3. Droit d'opposition permanent, transparence et sanctions

1. Le droit d'opposition: un droit permanent

Le destinataire peut toujours décider de ne plus recevoir à l'avenir des courriers électroniques publicitaires, même s'il y avait donné son consentement au préalable. Le prestataire doit non seulement informer l'utilisateur de ce droit d'opposition, mais en plus le mettre en œuvre le cas échéant. En effet, selon le § 2 de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003, le prestataire est «tenu, lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, de:

- 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».

Concrètement, cela signifie que lors de l'envoi de tout courrier électronique publicitaire, le prestataire doit, d'une part, indiquer une mention claire relative au droit d'opposition (p. ex.: «Si vous ne désirez plus recevoir de courriers électroniques publicitaires de notre part, répondez simplement à cet e-mail» ou «Si vous ne désirez plus recevoir de courriers électroniques publicitaires de notre part, cliquez ici») et, d'autre part, fournir une adresse électronique de réponse afin de permettre au destinataire de lui notifier son souhait de ne plus recevoir ce type de courrier. Cette obligation est d'application même si le destinataire avait donné son consentement préalable et/ou si l'on se trouve dans l'une des deux exceptions visées ci-dessus (envoi à un client ou une personne morale).

Rappelons que le moyen mis en place doit être *approprié* et doit permettre d'exercer *efficacement* le droit d'opposition. On peut raisonnablement considérer que ne répond pas à ces conditions le fait de mettre à disposition d'un internaute un numéro téléphonique *surtaxé* pour exercer ce droit ou encore le fait d'envoyer un premier mail reprenant un *code d'accès* nécessaire pour exercer à l'avenir le droit d'opposition. Il s'agit là de contraintes injustifiées risquant de dissuader (en raison du coût trop élevé de la communication) ou d'empêcher (le code d'accès est perdu ou oublié) l'internaute d'exercer son droit d'opposition, et donc de le rendre inefficace en pratique.

Afin d'assurer l'efficacité du point 2° de l'article 14, § 2, de la loi, l'article 2 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 est venu compléter l'article de la loi comme suit:

«Toute personne peut notifier directement à un prestataire déterminé, sans frais ni indication de motifs, sa volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique.

Le prestataire concerné est tenu de:

- 1° délivrer, dans un délai raisonnable, un accusé de réception par courrier électronique confirmant à cette personne l'enregistrement de sa demande;
- 2° prendre, dans un délai raisonnable, les mesures nécessaires pour respecter la volonté de cette personne;
- 3° tenir à jour des listes reprenant les personnes ayant notifié leur volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique».

L'article 2 de l'arrêté royal vise l'hypothèse où un prestataire s'est vu notifier directement par une personne son

souhait de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique.

Dans ce cas, le prestataire doit adresser à cette personne, dans un «délai raisonnable», un accusé de réception par courrier électronique lui confirmant que sa demande a été prise en compte. Selon le rapport au Roi, cette obligation se justifie notamment par le souci de favoriser la confiance de la personne concernée. Dans la mesure où cette dernière ne veut plus être importunée par des courriers électroniques publicitaires, il ne faut pas la laisser ignorante du sort réservé à sa demande. Le caractère «raisonnable» du délai s'appréciera en fonction de l'évolution des techniques et des usages (dans la mesure où un accusé de réception peut être envoyé automatiquement et immédiatement par voie électronique, il nous semble qu'un délai de 24 à 48 heures ne devrait jamais être dépassé). Il va de soi que cet ultime courrier électronique ne peut en aucun cas revêtir un quelconque caractère promotionnel.

Le prestataire doit en outre respecter la volonté de cette personne et mettre ses listes internes à jour. Cela signifie qu'il doit cesser tout envoi de publicité par courrier électronique à cette personne. Si celle-ci avait en outre consenti, à l'origine, à ce que ses données soient transmises à des tiers, le prestataire ne peut plus transmettre ces données à qui que ce soit après la notification.

Aucun frais ni aucune indication de motifs ne peuvent être demandés par le prestataire à la personne concernée. La personne concernée ne paiera que les frais liés à la notification (p. ex., les frais liés à la communication par courrier électronique, les frais d'utilisation d'un service de recommandé électro-

que si l'utilisateur décide librement d'utiliser ce moyen afin de se ménager une preuve ...).

Soulignons enfin que cet article de la loi qui consacre ce droit d'opposition ne s'applique qu'au courrier électronique publicitaire (SMTP, SMS, message vocal). Il n'est par contre pas applicable aux autres formes de publicités en ligne (page web, bannière, interstitiel, pop-up).

Concernant la mise en œuvre du droit d'opposition, il convient de rappeler l'existence de la liste Robinson mise en place par l'Association belge de marketing direct. Concrètement, les personnes qui ne souhaitent plus recevoir de publicités à leur nom et ce, de la part au moins des entreprises membres de l'ABMD, peuvent s'inscrire sur les listes Robinson de leur choix (Mail, Phone, e-Mail ou SMS). Il est possible de s'inscrire en ligne ou par courrier: www.robinson.be.

2. Informations obligatoires dans le courrier électronique publicitaire

Lorsqu'un courrier électronique publicitaire est envoyé, que celui-ci fasse l'objet d'un consentement préalable ou ne doive pas faire l'objet de ce consentement en vertu de l'une des deux exceptions visées ci-dessus, le prestataire doit respecter les contraintes suivantes.

Ainsi, selon l'article 13 de la loi du 11 mars 2003, «les publicités qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service répondent aux principes suivants:

- 1° dès sa réception, la publicité, étant donné son effet global et y compris sa présentation, est clairement identifiable comme telle. À défaut, elle comporte la mention «publicité» de manière lisible, apparente et non équivoque;
- 2° la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite est clairement identifiable;
- 3° les offres promotionnelles, telles que les annonces de réduction de prix et offres conjointes, sont clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier sont aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque;
- 4° les concours ou jeux promotionnels sont clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation sont aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque».

Ces différents points nécessitent quelques commentaires.

Point 1°. – À l'instar de l'article 23, 5°, alinéa 1^{er}, de la loi sur les pratiques du commerce¹³, la publicité ne doit donc comporter le mot «publicité» que si elle ne peut pas être distinguée comme telle dès sa réception. Il n'est donc en principe pas obligatoire d'indiquer systématiquement le mot «publicité». Rappelons que cet assouplissement a été introduit par l'article 72 de la loi-programme du 9 juillet 2004 (M.B., 15 juillet 2004) qui modifie l'article 13, 1°, de la loi du 11 mars 2003. En effet, avant cette modification, la loi précitée exigeait

13. Cet article est libellé comme suit: «Est interdite toute publicité qui, étant donné son effet global, y compris sa présentation, ne peut être nettement distinguée comme telle, et qui ne comporte pas la mention 'publicité' de manière lisible, apparente et non équivoque». Cette formulation négative permet de considérer que la mention «publicité» n'est exigée que lorsque le caractère publicitaire n'apparaît pas d'emblée à la première réception et vision de la publicité.

que la mention «publicité» soit systématiquement indiquée.

La logique principale à retenir est que désormais la mention «publicité» ne doit plus être systématiquement indiquée. Ce n'est le cas que si, dès sa réception, la publicité n'est pas identifiable comme telle. Cette appréciation devra s'effectuer au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce (c'est d'ailleurs pour cette raison que le texte indique «étant donné son effet global et y compris sa présentation»). Il n'est donc pas possible d'élaborer un texte général d'interprétation.

En guise d'exemples, de nombreuses bannières publicitaires sont généralement identifiables comme telles car elles adoptent un design spécifique qui se démarque clairement du reste du contenu du site, et ne doivent donc pas mentionner le terme «publicité». Par contre, plus la bannière publicitaire adopte un design semblable au site non publicitaire, moins cette bannière risque d'être jugée «identifiable comme telle» comme publicité. Il appartient à chaque annonceur de prendre ses responsabilités lors de la conception de telle bannière pour faire en sorte que celle-ci se démarque le plus possible des messages simplement informatifs, s'il veut éviter de devoir indiquer la mention «publicité».

Point 2°.— Ce point poursuit un objectif de transparence, en exigeant l'identification de la personne, physique ou morale, pour le compte de laquelle la communication commerciale est effectuée. Cette exigence peut aisément être satisfaite en indiquant la mention suivante à la fin de chacun des mails: «Publicité envoyée par et pour le compte de XXXX», avec un hyperlien renvoyant aux coordonnées du presta-

taire en question. Concernant la bannière publicitaire, l'exigence peut aussi être satisfaite si elle contient le nom du prestataire et que cette bannière soit un hyperlien renvoyant vers les coordonnées du prestataire. En effet, selon l'exposé des motifs de la loi, «il n'est pas nécessaire que ces informations figurent directement dans le message publicitaire. Ainsi, un hyperlien constitue sans aucun doute le moyen le plus adéquat de se conformer à cette obligation de transparence».

Points 3° et 4°.— La loi exige que «les concours ou jeux promotionnels sont clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation sont aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque». Il en est de même pour les offres promotionnelles. L'exposé des motifs précise que «Une telle exigence sera aisément rencontrée par le renvoi, au moyen d'un lien hypertexte, à une page web contenant ces informations, les règles du jeu, un formulaire de participation, etc.».

3. Méthodes proscrites

Afin d'éviter les abus et qu'un prestataire n'agisse de manière anonyme, le législateur prohibe certaines méthodes, malheureusement trop souvent utilisées. En effet, l'article 14, § 3, de la loi du 11 mars 2003 stipule que:

«Lors de l'envoi de publicités par courrier électronique, il est interdit:

- 1° d'utiliser l'adresse électronique ou l'identité d'un tiers;
- 2° de falsifier ou de masquer toute information permettant d'identifier l'origine du message de courrier électronique ou son chemin de transmission».

4. Sanctions en cas de non-respect des obligations précitées

Le non-respect par le prestataire des obligations prévues par les articles 13 et 14 fait l'objet de sanctions pénales consacrées par la loi du 11 mars 2003. En outre, les agents de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du SPF Économie disposent de larges pouvoirs pour rechercher, constater et faire cesser les infractions à ces dispositions.

Après avoir constaté l'infraction, d'initiative ou suite à une plainte, ces agents peuvent adresser au contrevenant un avertissement le mettant en demeure de mettre fin à ces actes. Cet avertissement peut être notifié non seulement par lettre recommandée traditionnelle, mais aussi par télécopie ou courrier électronique.

Dans l'hypothèse où le contrevenant ne donnerait pas suite à cet avertissement, plusieurs moyens d'action existent :

- le ministre de l'Économie peut tenter une action en cessation en vue de contraindre par la voie judiciaire le contrevenant à mettre fin rapidement à ses manœuvres illégales ;
- la Direction générale du Contrôle et de la Médiation peut soit proposer un règlement transactionnel, c'est-à-dire proposer au

contrevenant le paiement d'une somme d'argent qui a pour effet d'éteindre l'action publique (devant le juge pénal), soit aviser le procureur du Roi.

Si l'affaire est portée devant le juge pénal, les sanctions prévues par la loi sont relativement lourdes. En effet, en cas de non-respect :

- de l'article 13 (identification du caractère publicitaire du message, de l'annonceur du message, des offres, concours ou jeux promotionnels), le prestataire encourt une amende allant de 250 à 10.000 EUR (à multiplier par les décimes additionnels, c'est-à-dire par 5) ;
- de l'article 14 (consentement préalable, information et mise en œuvre du droit d'opposition, utilisation de méthodes interdites), le prestataire encourt une amende de 250 à 25.000 EUR (à multiplier par les décimes additionnels, c'est-à-dire par 5).

Si l'infraction est en outre accomplie de mauvaise foi (p. ex., le courrier électronique est envoyé dans l'intention de nuire ou le prestataire est pleinement conscient qu'il enfreint les dispositions légales car il en a été averti par l'Administration), l'amende peut monter dans les deux cas à 50.000 EUR (à multiplier par les décimes additionnels, c'est-à-dire par 5).

4. Procédure de plainte

1. Pertinence du dépôt de plainte

Avant de porter plainte, une première question s'impose : y a-t-il vraiment lieu de porter plainte lorsque je re-

çois un courrier électronique publicitaire ? La question peut paraître étonnante ! L'objectif n'est certainement pas de décourager l'internaute qui serait victime de pratiques de spamming de porter plainte. Il convient toutefois

de le responsabiliser dans son action et d'attirer son attention sur le fait que porter plainte est un acte important, qui ne doit pas se faire à la légère et qui ne doit être accompli que s'il existe une base légale à la plainte. L'internaute est donc invité à se poser quelques questions afin de s'assurer que sa plainte est fondée et d'éviter que des plaintes téméraires – facilitées par un simple «forward» du mail – se transforment en du ... spam pour les autorités de traitement des plaintes.

En effet, la réception d'un courrier électronique peut paraître dérangeante, voire irritante pour un internaute. Cela ne signifie pas pour autant que ce courrier électronique est illégal! Il convient donc de donner à l'internaute les outils pour l'aider à vérifier si le courrier électronique qu'il a reçu est contraire ou non à la loi. On veut aussi éviter que par facilité ou par paresse, il ne renvoie trop facilement – par courrier électronique! – ce courrier électronique vers le service de plainte compétent, sans analyse préalable. De telles pratiques ont malheureusement pour effet d'engorger les services compétents de plaintes non justifiées, ce qui entraîne du travail inutile et une perte de temps dans le traitement des plaintes légitimes.

Avant d'envisager de porter plainte, il est utile de se poser les questions suivantes:

- Le plaignant est-il certain de n'avoir jamais donné son consentement à un moment ou à un autre? En effet, il arrive que des internautes oublient avoir donné leur consentement à recevoir des publicités par courrier électronique en s'inscrivant à une newsletter, en répondant à un sondage d'opinion, en remplissant un formulaire en ligne de demande d'informations, en complétant un bon sous forme papier, en souscrivant à un service gratuit de courrier électronique, etc. Dans ce cas, le prestataire dispose du droit de lui envoyer des courriers électroniques publicitaires. Ceci dit, il est toujours loisible de se prévaloir du droit d'opposition et de demander qu'à l'avenir, il cesse l'envoi de ce type de courrier électronique;
- Le courrier électronique publicitaire ne provient-il pas d'un prestataire auprès duquel l'internaute a déjà commandé un produit analogue? Dans ce cas, le prestataire peut se prévaloir de la première exception consacrée par l'arrêté royal du 4 avril 2003, pour autant qu'il en respecte les différentes conditions (*cf. supra*), et n'est pas tenu de demander le consentement préalable. Rappelons toutefois que l'internaute peut à tout moment se prévaloir de son droit d'opposition pour l'avenir;
- Le courrier électronique publicitaire n'a-t-il pas été envoyé à une adresse impersonnelle d'une personne morale dans le cadre de ses activités? Il est possible que l'internaute exerce une fonction au sein d'une personne morale (société commerciale, ASBL, entreprise publique, Administration, etc.), et qu'à ce titre, il est chargé de relever une adresse impersonnelle de courrier électronique (info@company.be, contact@..., privacy@..., sales@..., commandes@..., service-clientele@..., etc.). Si des publicités sont envoyées sur ce type d'adresse, et pour autant qu'elles concernent l'activité de la personne morale, le prestataire n'est en principe pas non plus tenu de

demander le consentement préalable. Néanmoins, ici aussi le droit de s'opposer à recevoir à l'avenir des mails publicitaires peut être exercé (*cf. supra*);

- Le courrier électronique peut être dérangeant, mais est-il pour autant illégal? En effet, la réception de certains courriers électroniques peut parfois être ressentie comme irritante, notamment parce que le contenu est déplaisant (mail contenant des propos déplacés de collègues, p. ex.) ou que les mails sont envoyés de manière excessive (une connaissance qui envoie des blagues de bon et de mauvais goût à longueur de journée). De manière générale, ce type de courrier électronique n'est pas contraire à la loi car il n'est pas publicitaire, les données n'ont pas été collectées de manière illégale, le contenu n'est pas répréhensible, etc. Face à ce type de courrier électronique, il est donc conseillé de s'adresser directement à l'émetteur du message et d'essayer de régler le problème à l'amiable. Déposer une plainte ne donnera lieu à aucune suite.

2. Autorités compétentes en matière de traitement des plaintes pour spam

Si l'internaute estime qu'il y a lieu de porter plainte, il convient de déterminer comment et à quelle autorité il peut adresser sa plainte. En effet, il existe une grande variété de «spam» dont l'illégalité découle de réglementations différentes. Ces réglementations dépendent elles-mêmes de la compétence d'autorités publiques différentes. Dans la mesure du possible, il est utile de diriger la plainte vers l'autorité la plus adéquate en vue du traitement rapide et efficace de celle-ci.

L'illégalité qui caractérise de nombreux «spam» peut être de deux types:

- un courrier électronique peut être illégal parce qu'il a un caractère prospectif (dont le contenu n'est toutefois pas illégal) et qu'il a été envoyé sans avoir obtenu au préalable le consentement de la personne visée ou qu'il continue à être envoyé malgré l'exercice du droit d'opposition par cette même personne;
- un courrier électronique peut être illégal quant à son contenu (publicité pour des médicaments, loterie, tentative d'escroquerie, publicité trompeuse, pédophilie, etc.). Généralement, ce type de courrier électronique est en outre envoyé sans le consentement préalable de la personne concernée, sans compter que l'adresse e-mail a été collectée le plus souvent en violation des dispositions relatives à la vie privée.

Ainsi, suivant le type d'illégalité, le courrier électronique incriminé donnera lieu au dépôt d'une plainte devant l'une des autorités publiques suivantes:

- la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du SPF Économie;
- la Commission de la protection de la vie privée;
- la «Federal Computer Crime Unit», section spéciale de recherche de la police fédérale.

Pour aider l'internaute à s'orienter vers l'autorité la plus adéquate pour porter plainte, divers exemples de courriers illégaux sont cités ci-dessous. Indiquons d'emblée que cette liste n'est pas exhaustive et qu'elle ne préjuge pas de la suite donnée par l'autorité à la plainte déposée.

La *Direction générale du Contrôle et de la Médiation du SPF Économie* est compétente pour recevoir notamment les plaintes relatives à un courrier électronique: 1) qui a été envoyé sans que le prestataire n'ait obtenu au préalable le consentement du destinataire et qui a un caractère publicitaire (au sens de promouvoir la vente d'un bien ou la prestation d'un service – cf. *supra* pour la définition du caractère publicitaire); 2) qui a un contenu contraire aux réglementations protectrices du consommateur, plus communément appelées arnaques de la consommation¹⁴ (publicité mensongère pour des régimes et des produits de santé «miracles», offre mensongère de cartes de crédit ou de meilleures conditions de crédit, publicité mensongère concernant des voyages à forfait soi-disant «intéressants», etc.), publicité interdite pour des médicaments (viagra, ...), publicité pour des loteries interdites, ...; 3) dans lequel l'émetteur de la publicité utilise une fausse identité, une adresse cachée, usurpe l'identité d'un tiers.

La *Commission de la protection de la vie privée* est compétente pour recevoir notamment les plaintes relatives à un courrier électronique: 1) envoyé par un émetteur avec qui le destinataire n'a eu aucun contact, qu'il ne connaît pas et qui a manifestement récolté son adresse e-mail à son insu; 2) qui a été envoyé sans que le prestataire n'ait obtenu au préalable le consentement du destinataire et qui a un caractère prospectif, sans être publicitaire (mail à caractère religieux, associatif ou de propagande politique).

La «*Federal Computer Crime Unit*» de la police fédérale est compétente pour recevoir notamment les plaintes relatives à un courrier électronique ayant un contenu manifestement illégal: e-mail ayant un contenu à caractère pédophile; e-mail contenant des tentatives d'escroquerie ou d'extorsion de fonds: la plus connue est la «lettre nigériane» dans laquelle une personne prétend vouloir partager une grosse somme d'argent avec le destinataire, tout en l'informant que pour débloquer la somme, il est nécessaire de payer un acompte. Bien évidemment, une fois l'acompte payé, l'argent n'arrive pas!; e-mail contenant des virus; e-mail proposant la vente de stupéfiants, d'armes ou autres produits prohibés; e-mail ayant un contenu à caractère raciste, xénophobe ou incitant à la haine pour des motifs liés au sexe, à la religion, etc.; e-mail usurpant l'identité d'un tiers (tel eBay, skynet, citibank) et invitant le destinataire à communiquer, pour des prétendues raisons de sécurité, ses coordonnées confidentielles (mot de passe, n° de carte de crédit, etc.).

D'un point de vue pratique et afin de permettre aux autorités compétentes de traiter valablement les plaintes en matière de spamming, l'en-tête technique (ou «header») du message électronique suspect doit impérativement être annexé au message. En effet, les informations contenues dans ces en-têtes sont indispensables pour identifier et localiser l'expéditeur du spam¹⁵.

14. Voy. à ce propos:

http://mineco.fgov.be/protection_consumer/informations_and_advices/informations_and_advices_fr_003.htm.

15. Le lecteur peut utilement prendre connaissance des procédures à suivre pour produire des en-têtes techniques selon le type de messagerie utilisé à l'adresse suivante: <http://www.spamcop.net/fom-serve/cache/118.html>.