



Présente :

Les nouvelles obligations en matière
de publicités et de marketing réalisées
par le biais des nouvelles technologies.

Par

Thibault Verbiest.
Avocat au barreau de Bruxelles et de Paris.
Maître de conférence à l'université de Liège.
Président de l'Observatoire des droits sur l'Internet.
Associé du cabinet Ulys (www.ulyes.net).
Thibault.verbiest@ulyes.net

Date de mise en ligne : 15 juillet 2003

Actes Conférence Vanham & Vanham – 8 mai 2003.

Les nouvelles obligations en matière de publicités et de marketing réalisées par le biais des nouvelles technologies.

Thibault Verbiest.

Avocat au barreau de Bruxelles et de Paris.

Maître de conférence à l'université de Liège.

Président de l'Observatoire des droits sur l'Internet.

Associé du cabinet Ulys (www.ulyes.net).

Thibault.verbiest@ulyes.net

PLAN

I.	Introduction	5
II.	Réglementation de la publicité sur les réseaux et protection du consommateur	7
A.	Définition de la publicité dans la société de l'information.....	8
1.	Origine : la directive 2000/31/CE dite « commerce électronique »	8
2.	La loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique.....	8
a)	Notion	8
b)	Comparaison avec la LPC	9
c)	Cas d'application.....	9
d)	Limite (art. 2, 7°, 2 ^{ème} alinéa)	9
B.	Les formes de publicité sur l'internet.....	10
1.	Le web.....	10
a.	Les sites.....	11
b.	Les messages interstitiels	12
c.	Le référencement par des outils de recherche	13
3.	Les hyperliens	14
2.	Le courrier électronique	15
4.	Les autres espaces publicitaires.....	15
a.	Les forums de discussion et de chat	15
b.	Le FTP	16
C.	La réglementation de la publicité.....	16
1.	La publicité doit être identifiable comme telle (Art. 13, 1° loi 11 mars 2003) 16	
2.	Transparence et loyauté (Art. 13, 2°)	17
3.	Les offres promotionnelles (Article 13, 3°).....	18
4.	Les concours et jeux promotionnels (Art. 13, 4° loi commerce électronique) 18	
5.	La publicité ne peut être trompeuse ou mensongère	18
6.	La publicité comparative est permise mais encadrée.....	19
7.	La Publication du jugement en ligne	Error! Bookmark not defined.
8.	Cas particulier : les professions réglementées.....	21
a.	La loi du 23 mars 2003 (article 15).....	21
b.	Illustration : l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones (O.B.F.G.)	21
D.	Marketing direct et spamming - opt In/Opt out	22
1.	Opt-in/Opt-out : position de la question.....	22
2.	L'origine de l'opt-in	23
3.	La directive 2002/58/CE : vie privée dans les télécoms.....	24
4.	Le cadre juridique belge : la loi du 11 mars 2003 : Opt-in	24
a.	La notion de courrier électronique est large.....	24
b.	Le courrier électronique à but commercial : obligations supplémentaires (Art. 14).....	25

c.	Exceptions : le projet d'arrêté royal et les courriers électroniques au client	
	26	
1)	Les exceptions au principe de l'Opt-in	27
2)	Les modalités d'opposition.....	29
d.	Problème : comment obtenir le consentement ?	29
E.	L'Utilisation des métatags : risque juridiques.....	30
1.	Une contrefaçon de marque.....	30
2.	Une concurrence déloyale.....	31
3.	Dénigrement et publicité mensongère	31
4.	La jurisprudence.....	31
5.	Une exception de "juste motif" ?.....	32
III.	Obligation générale d'information et de transparence.....	34
A.	Principe d'information et de transparence	34
1.	Principe	34
2.	Bénéficiaires	35
B.	Précisions.....	38
1.	Pas d'obligation d'afficher les prix sous le loi commerce électronique.....	38
2.	Article 8 : application différenciée au non-consommateur	38
3.	Commander n'est pas acheter	38
3.	La charge de la preuve.....	38
C.	comment fournir les informations préalables ?.....	39
D.	Quand fournir les informations préalables ?.....	39
IV.	Les recours.....	39
A.	La Procédure d'Avertissement (Art. 22)	40
B.	Règlement transactionnel (art. 24)	40
C.	Les sanctions pénales (art. 26 et 27)	41
1.	Les amendes.....	41
D.	La deuxième loi du 11 mars 2003.	42
1.	Présentation.....	42
2.	Compétence étendue du Président du Tribunal de Commerce	42
3.	Trois remarques finales	43

I. INTRODUCTION

La publicité en ligne a trouvé son terrain de prédilection. L'efficacité dépendant de la connaissance de la cible, les technologies de l'information présentent d'indéniables avantages, mais aussi quelques risques.

Par la loi du 11 mars 2003¹, la Belgique a procédé à la transposition de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique². Ses arrêtés d'exécution ont été soit adoptés soit mené à l'état de projet final.

Précisons qu'une autre loi datée elle aussi du 11 mars 2003, la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution³, introduit en droit belge quelques modifications importantes :

- En vue d'organiser des recours rapides et efficaces ;
- En vue de permettre au Roi de restreindre, dans le cadre des services de la société de l'information.

La loi sur le commerce électronique intègre également en partie, et avec sept mois d'avance, la directive 2002/58/CE⁴ concernant la vie privée sur les réseaux, en ce qui concerne l'usage publicitaire du courrier électronique.

La nouvelle législation est subdivisée en 8 chapitres :

- 1- Dispositions préliminaires ;
- 2- Principes fondamentaux ;
- 3- Information et transparence ;
- 4- Publicité ;
- 5- Contrats conclus par voie électronique ;
- 6- Responsabilité des prestataires intermédiaires ;
- 7- Mesures de contrôle et sanction

¹ Loi 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12962.

² 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»), *J.O.*, n° L 178 du 17/07/2000, p. 1 à 16.

³ 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. 12960.

⁴ 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), *J.O.*, n° L 201 du 31/07/2002, p. 37 à 47.

8- Dispositions finales

Nous nous intéresserons plus particulièrement, dans notre étude aux chapitres 3, 4 et 7.

La loi présente quelques traits majeurs :

- Elle tend à viser toutes les formes possibles de publicités ;
- Elle a ménagé les intérêts des consommateurs ;
- Et ses arrêtés d'exécution sont, soit au stade de projet, soit déjà promulgués.

De plus, les devoirs imposés par la loi du 11 mars 2003 ne sont pas exclusifs de ceux découlant d'autres textes légaux ou réglementaires. Cette lecture cumulative du nouveau texte résulte notamment, des mots « *au moins* » de l'article 7, § 1^{er} de même que des phrases « *Sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires...* »

Dans une première partie, nous aborderons la publicité sur l'internet par sa définition, son utilisation et sa réglementation, avant de s'attarder sur le régime juridique particulier des « courriers électroniques » et du spamming.

Les risques juridiques liés aux métatags précéderont la présentation des obligations minimale d'information et de transparence. Nous dirons enfin un mot sur les recours prévus par la loi qui permettent la mise en œuvre de droits reconnus par la loi du 23 mars 2003.

II. RÉGLEMENTATION DE LA PUBLICITÉ SUR LES RÉSEAUX ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR

En dépit des apparences, « être sur l'internet » coûte de l'argent. Parfois, la démarche est même plus onéreuse qu'il n'y paraît. Lorsque les services proposés sont gratuits – on songe notamment à l'utilisation des moteurs de recherche ou aux sites d'information gratuite – comment ces personnes, sociétés et organismes se rémunèrent-ils ? L'attrait de la nouveauté et l'indéniable phénomène de mode ne peuvent expliquer à eux seuls l'engouement généralisé pour l'internet.

Si la rémunération ne provient ni de fonds propres ni de l'utilisation du service, elle provient nécessairement d'une autre source. Pour de nombreux opérateurs, la publicité constitue cette nécessaire source de revenus leur permettant de couvrir les coûts d'une manière alternative et de maintenir la gratuité du service. Son importance n'a pas échappé au législateur européen, comme le confirme la lecture du considérant 29 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, transposée par la loi belge du 23 mars 2003 : « *les communications commerciales sont essentielles pour le financement des services de la société de l'information et le développement d'une large variété de nouveaux services gratuits* ».

L'importance de la publicité sur l'internet s'explique également par un autre phénomène. Délaissant la publicité de masse parfois inutilement coûteuse, les annonceurs préfèrent réaliser une campagne plus ciblée et individualisée. Or, ce ciblage est aisé dans l'univers virtuel grâce à la myriade de techniques qu'il recèle : bannières publicitaires, hyperliens, messages interstitiels, forums de discussion, courriers électroniques, etc.

L'annonceur sur l'internet poursuit généralement plusieurs objectifs : maintenir ou renforcer la notoriété et l'image d'un produit, d'un service ou d'une société ; constituer des bases de données de clients dans le but d'accroître le potentiel de vente ; augmenter le trafic sur leur propre site ; et, but ultime, vendre.

La publicité sur l'internet est soumise à un cadre juridique strictement délimité. Diverses législations – européennes et nationales – coexistent pour la réglementer et limiter ses effets indésirables.

A. DÉFINITION DE LA PUBLICITÉ DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

1. Origine : la directive 2000/31/CE dite « commerce électronique »⁵

La directive sur le commerce électronique, adoptée le 8 juin 2000, s'applique aux « services de la société de l'information » qu'elle définit indirectement comme étant : « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

Le considérant 17 de la directive sur le commerce électronique apporte quelques précisions : les « services de la société de l'information » (ci-après SSI) visent « 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 services (...) ». Le considérant 18 ajoute que le terme s'étend à des services non payés par leur utilisateur.

2. La loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique⁶

a) Notion

L'article 2, 7° de la loi belge sur le commerce électronique définit la « communication commerciale » 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 activité réglementée ».

A la suite de la directive 2000/31/CE, la loi du 11 mars 2003 adopte cette démarche fonctionnelle par laquelle elle attache à la communication une série d'obligations. Sur le fond, elle s'appuie sur le concept de « communication commerciale » présent dans la directive 2000/31/CE. Sur le nom, elle utilise le mot publicité par tradition juridique.

Cette définition présente l'avantage de couvrir la promotion de tous biens ou services mais aussi, de l'image d'une entreprise.

⁵ 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 »), J.O., n° L 178 du 17/07/2000, p. 1 à 16.

⁶ Loi 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003.

b) Comparaison avec la LPC⁷

Cette notion s'écarte de celle de l'article 22 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur (LPC). Celle-ci définit la publicité comme : « *toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre* »⁸.

La loi sur le commerce électronique ajoute donc également la promotion de l'image d'une entreprise.

La jurisprudence interprétative de l'article 22 LPC avait toutefois déjà consacré cette extension (C. cass., 1^{ère} Ch., 2 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 66) mais le législateur a estimé que la sécurité juridique suggérait que la loi la consacre.

c) Cas d'application

On peut citer à titre d'exemple : un concours (d'ailleurs expressément visé par la loi), un site illustrant le travail de mécénat d'une entreprise, l'organisation d'événements festifs parrainés et retransmis même partiellement sur un réseau, service de SMS « gratuit », ...

A contrario, certains messages n'ont guère la qualité de publicité au sens de la loi du 23 mars 2003.

Ils relèveront de la simple information, soit qu'il ne s'agisse pas information promotionnelle, soit qu'ils ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale.

d) Limite (art. 2, 7^o, 2^{ème} alinéa)

Toutefois, le même article introduit d'importantes limitations : « *ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales* :

- *Les informations 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 ;*

⁷ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 mai 1991.

⁸Pour un commentaire de cette définition, voy. J.-L. FAGNART, A. DE CALUWÉ, L. de BROUWER, F. DOMONT-NAERT, E. BALATE, J. STUYCK, B. FRANCOQ et P. WOLFCARIUS, *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 4 juillet 1991*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1991, pp. 39 et s.

- *Les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».*

En conséquence, ne peuvent être qualifiés de publicité au sens de l'article 2, 7° de la loi sur le commerce électronique :

- Le seul fait de détenir un site ;
- Le fait de donner une information qui ne serait pas de la promotion ;
- Le lien hypertexte vers un site web publicitaire lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site ;
- La mention du nom de domaine ou d'une adresse électronique, d'un logo ou d'une marque lorsque cela est fait sans liens financiers ou sans contrepartie provenant de la personne détenant ce nom de domaine, cette adresse, ce logo ou cette marque.

B. LES FORMES DE PUBLICITÉ SUR L'INTERNET⁹

Comment appliquer ces définitions aux messages circulant sur l'internet ? Ceux-ci peuvent, en effet, revêtir une multitude de formes qu'il faut recenser avant d'y appliquer les définitions théoriques des textes européens et nationaux.

La forme la plus connue de publicité virtuelle est sans aucun doute l'usage de bandeaux publicitaires. Arrêter notre analyse aux bandeaux serait toutefois exagérément réducteur. Nous inspirant d'une typologie existante, nous nous proposons de retenir la classification suivante :

- Le web et ses multiples applications (pages web, bandeaux publicitaires, messages interstitiels, référencement par les moteurs de recherche, hyperliens, etc.) ;
- Le courrier électronique ;
- Les autres espaces d'expression publicitaire (forums de discussion, chats, FTP, etc.).

1. Le web

Le web présente d'emblée deux caractéristiques importantes en matière de publicité : d'une part, la navigation par hyperliens et, d'autre part, la possibilité d'insérer un contenu multimédia. L'un et l'autre – et plus encore leur combinaison –

⁹ Thibault Verbiest et Etienne Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001.

permettent d'envisager des campagnes de publicité polymorphes, conviviales, originales et ciblées. Par ailleurs, le coût restreint des campagnes par rapport aux supports plus classiques que sont la presse écrite ou la télévision, finissent le plus souvent de convaincre l'annonceur potentiel.

a. Les sites

Les sites web sont tellement nombreux et divers qu'il en devient impossible de les classer, in abstracto, dans la sphère publicitaire ou de la simple information. Tout au plus pouvons-nous baliser l'analyse de quelques pistes de réflexions.

En règle générale, le premier élément de la définition de la communication commerciale reprise dans la directive sur le commerce électronique – l'exigence d'une « communication » – sera rempli par toute page web, quelle qu'elle soit. Conformément à la directive, la communication est commerciale dès lors qu'elle répond cumulativement aux critères suivants :

- elle présente ou assure la promotion d'un bien, d'un service, ou de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ; et
- elle présente ou assure la promotion d'une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale.

Par contre, ne constitue pas 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.

La qualification de communication commerciale paraît évidente pour les sites à vocation clairement commerciale dont la finalité première est de vendre – indépendamment de savoir si la vente a lieu directement sur le site ou non. La jurisprudence allemande a été l'une des premières à appliquer la réglementation de la publicité à l'internet .

Les sites web sont parfois pourvus d'un bandeau ou d'une bannière publicitaire (plus connu sous l'appellation anglaise « banner »). « C'est le format publicitaire plus ou moins normalisé sur le web, c'est-à-dire un rectangle d'environ 60 pixels de haut sur 468 de large qui se situe en général en haut de la page » . Il s'affiche sans que l'internaute ne l'ait demandé ou recherché. Souvent, une offre attrayante attire l'internaute et l'incite à cliquer sur la bannière pour accéder au site de l'annonceur (« gagnez un voyage » ou « participez à un concours gratuit »). Les bandeaux publicitaires sont parfois très efficacement ciblés. Par exemple, lorsqu'un internaute tape le mot « voiture » dans un moteur de recherche tel que Yahoo !, la bannière du site du libraire en ligne Amazon affiche quasi instantanément divers liens vers des livres relatifs aux voitures .

Les innovations technologiques sont nombreuses et évoluent sans cesse. Elles tentent toutes de rendre la bannière plus attrayante et plus efficace au niveau du rapport entre l'espace occupé et l'impact publicitaire. A ce titre, relevons :

- le « gif animé ». Cette technologie permet de créer une animation sur la bannière (plusieurs images différentes défilent à une vitesse plus ou moins élevée) ;
- les « applets java ». Ces programmes s'exécutent sur l'ordinateur de l'internaute. Habituellement, le premier bandeau au format standard invite l'internaute à obtenir de plus amples informations en cliquant sur un bouton « en savoir plus », qui provoque une augmentation de la taille du bandeau, et ainsi de suite jusqu'à l'apparition d'un formulaire d'achat. Le bandeau publicitaire devient un espace commercial à part entière, un mini site dans le site, qui mène l'internaute directement à l'achat ;
- « streaming » et la « technologie flash ». Le streaming permet de limiter le temps de chargement de bandeaux contenant de la vidéo et d'assurer la fluidité de la séquence vidéo, tandis que la technologie flash limite le poids du bandeau qui contient des séquences animées d'images et de son. L'objectif est d'offrir une bannière aussi multimédia que possible sans alourdir la connexion ;
- les « bandeaux html ». Ces bandeaux interactifs disposent d'un menu déroulant permettant de cibler le type de visiteur qui y répond et de proposer ainsi une offre adaptée, par exemple en fonction de l'âge ou de la provenance du visiteur.

Le but commercial de la bannière ne fait généralement aucun doute : sa raison d'être est précisément d'inviter le visiteur à cliquer et à visiter le site de l'annonceur. Lorsque l'opération assure la promotion d'un bien, d'un service ou de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale, la qualification de communication commerciale sera retenue.

Parfois la publicité prend une forme moins directe ; tel est notamment le cas des opérations de parrainage et de partenariat. Dans le cadre du parrainage, le « parrain » associe son nom à un contenu disponible sur le site ; le partenariat suppose une implication plus forte de la part de l'annonceur qui produit ou co-produit tout ou partie du contenu disponible sur le site, en association avec ce dernier. Dans ces deux cas, le logo ou la mention de l'annonceur apparaît en évidence sur le site. Ces démarches sont en général considérées comme des communications commerciales au sens de la directive.

b. Les messages interstitiels

Un message interstitiel – parfois appelé « *publicité plein écran* » – est une annonce publicitaire qui s’affiche entre deux pages web, ne dure que quelques instants (5 à 10 secondes), et occupe l’écran entier ou toute la fenêtre active. Il apparaît entre le moment où l’utilisateur effectue une requête et celui où il obtient la réponse, c’est-à-dire pendant le chargement de la page demandée : les quelques secondes parfois nécessaires sont mises à profit pour faire défiler un message. Le raisonnement tenu pour les bannières publicitaires est transposable aux messages interstitiels.

c. Le référencement par des outils de recherche

Lorsqu’un site est créé, sa promotion doit être effectuée, afin d’en assurer la visibilité sur l’internet. Cette promotion passe notamment par le référencement du site dans les outils de recherche, une prestation aujourd’hui proposée couramment par les sociétés de développement de sites web. L’on distingue généralement parmi les outils de recherche ou « *instruments de localisation de l’information* », les moteurs de recherche des annuaires ou répertoires internet.

Un moteur de recherche est un logiciel d’exploration, appelé « robot », qui visite en continu les pages web et les indexe 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-clefs dans l’URL , c’est-à-dire l’adresse du site, dans le titre et 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..

De nombreux moteurs de recherche utilisent, aux fins d’indexation, les metatags, c’est-à-dire l’information cachée contenue dans le code source de la page web . La mise au point des metatags et leur utilisation ne sont pas toujours innocentes, tout comme la volonté d’être référencé par de prestigieux moteurs de recherche visités par des millions d’internautes. Il est tentant pour un opérateur de site web d’insérer des metatags accrocheurs (référence au concurrent ou au produit du concurrent), de manière à attirer le client potentiel.

Le référencement par les outils de recherche n’échappe pas à la définition de la communication commerciale prévue dans la directive sur le commerce électronique : dès lors que la démarche est effectuée dans le cadre d’une activité de promotion effectuée à des fins commerciales, industrielles, artisanales ou de profession libérale, le référencement nous paraît constituer une publicité. Il importe peu que le

référencement soit gratuit ou payant. A l'inverse, lorsque le référencement est effectué en dehors du champ d'application de la définition – p. ex. parce que le site agit en dehors de toute considération commerciale –, l'exception prévue à l'article 2-f de la directive ôte toute pertinence à la qualification de publicité.

Aux Etats-Unis, la Federal Trade Commission (FTC) a ainsi jugé que certains référencements payants dans des moteurs de recherche étaient constitutifs de publicité trompeuse (voir infra).

Nous reviendrons plus en profondeur sur la réglementation applicable en matière de métatags.

3. Les hyperliens

Le Petit Robert définit les liens hypertextes (ou hyperliens) comme « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot ». De manière plus technique, nous y voyons un code HTML permettant l'indication interactive de la coordonnée d'une page web, d'une image, d'un endroit spécifique à l'intérieur d'une page web ou de tout autre document numérisé (fichiers musicaux, etc.) .

C'est grâce aux liens hypertextes que « la Toile se tisse », puisque, sans eux, l'internaute serait incapable de naviguer aussi facilement d'un site à l'autre au gré des informations consultées.

Le fait d'introduire sur un site des hyperliens peut-il constituer une communication commerciale ? L'acuité de la question est accrue pour tous les sites non commerciaux, qui ne relèvent a priori pas de la publicité, mais qui renvoient vers des sites assurant une promotion commerciale, ainsi que pour les annuaires disponibles sur des portails (tels que Yahoo ! ou Voilà) qui compilent à l'intérieur de rubriques et sous-rubriques des milliers de liens hypertextes renvoyant à des sites de toutes sortes, notamment de nature commerciale .

L'importance du lien hypertexte sur le web justifie le régime spécifique introduit par l'article 2, f) de la directive sur le commerce électronique : « ne constituent pas, en tant que telle, des communications commerciales :

- Les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de cette entreprise, organisation ou 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 élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

Le lien hypertexte n'est donc pas, « en tant que tel », une communication commerciale. La précision est importante : si les conditions de la définition de la communication commerciale sont néanmoins présentes, la qualification de publicité pourra malgré tout être retenue.

La majorité des outils de recherche bénéficieront de l'exonération prévue à l'article 2-f : les liens qu'ils affichent comme résultat de la requête sont en effet généralement élaborés de manière indépendante du site pointé, et de surcroît sans contrepartie financière de celui-ci (mais il existe des moteurs proposant des positionnements prioritaires payants, voir infra).

2. Le courrier électronique

Il s'agit des sollicitations commerciales transmises par courrier électronique, le plus souvent par email. Le courriel contient texte, hyperlien, image, son, ...

Vu la spécificité et le cadre juridique particulier applicable à la publicité par courrier électronique, nous abordons ce sujet plus loin dans l'étude.

4. Les autres espaces publicitaires

a. Les forums de discussion et de chat

Un forum de discussion (newsgroup) est un espace d'échange d'informations et d'idées sur un thème particulier. On en recense aujourd'hui environ. L'accès y est totalement libre et gratuit ; aucun abonnement préalable n'est requis. Les Internet Relay Chat (chats en abrégé) ressemblent aux forums si ce n'est que la discussion s'y déroule en temps réel : ils sont comparables à une conversation téléphonique, sinon que la conversation a lieu par clavier interposé au lieu d'utiliser la voix dans un combiné.

Les newsgroups et les chats sont parfois utilisés par des annonceurs pour vanter leurs produits ou leur image, soit en administrant eux-mêmes ces espaces de discussions, soit en les sponsorisant ou en y intervenant ponctuellement. Lorsque le message assure la promotion d'un bien ou d'un service ou encore de l'image d'une personne ou d'une entreprise, dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale ou industrielle, le message est qualifié de communication commerciale. Au terme de la directive, l'existence ou la nature du « public » atteint par le message publicitaire importe peu.

b. Le FTP

Le FTP (File Transfer Protocol) est un protocole de transfert de fichiers. Il permet de télécharger rapidement des fichiers – documents, logiciels, morceau musical, etc. – depuis (et vers) un ordinateur hôte.

Pour l’instant, le FTP est peu utilisé comme espace d’expression publicitaire. Il permet toutefois de proposer certains fichiers tels qu’un économiseur d’écran, des jeux, etc., dans lesquels l’annonceur peut intégrer facilement et de manière durable la marque d’un produit ou d’un service et ainsi en assurer la promotion. Cette démarche constitue une publicité au sens de la directive sur le commerce électronique.

C. LA RÉGLEMENTATION DE LA PUBLICITÉ¹⁰.

Dès qu’un message est qualifié de communication commerciale – ou de publicité –, il est soumis à une réglementation développée tant au niveau européen que national.

Le droit applicable à la matière se diversifie avec les deux lois du 23 mars 2003. De plus, la loi sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur du 14 juillet 1991 (LPC), maintes fois remaniée, régit encore une part prédominante de la matière. L’arrêté royal d’exécution de la nouvelle loi et qui portera sur les exceptions au spamming est actuellement au stade de projet. Enfin, l’arrêté ministériel désignant les agents compétents pour exercer ces nouvelles fonctions a été adopté ce 4 avril 2003¹¹.

1. La publicité doit être identifiable comme telle (Art. 13, 1° loi 11 mars 2003)

Ce principe d’identification figure à l’article 13, 1° de la loi sur le commerce électronique, au terme duquel « *dès sa réception, la publicité, doit être clairement identifiable comme telle ; elle comporte la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque* ».

¹⁰ Thibault, Verbiest, *La protection du cyberconsommateur*, Paris, Litec, 2002.

¹¹ Arrêté ministériel désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l’information, M.B., 15 avril 2003, p. 11247. (disponible sur <http://www.droit-technologie.org>).

Informé le destinataire de la nature publicitaire d'un message répond à une volonté de protection, et permet :

- D'éviter la confusion avec un message informationnel ; et
- De susciter la vigilance des personnes visées.

Ainsi, l'identification ne sera pas claire :

- si la publicité est cachée : cette notion pourrait inclure les messages subliminaux.
- Si l'article vante les mérites d'un produit provenant d'un agent commercial non identifié : cette disposition importe notamment quant à l'effectivité d'une garantie pour vices cachés ou de responsabilité du fait des produits.
- « s'il s'agit d'un site entièrement parrainé par un intérêt privé afin de faire de la promotion sans que cela soit mentionné »¹² : l'hypothèse est celle d'un site web dont l'objet, même en filigrane serait de faire de la promotion d'un produit.

Rappelons qu'en raison de la définition du « destinataire » dans la loi sur le commerce électronique¹³, l'obligation d'identification joue au bénéfice des consommateurs mais aussi des professionnels.

Cette exigence se retrouvait également dans l'article 23, 5°, LPC posant l'interdiction de la 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 »¹⁴. Le texte ne protégeait toutefois que le consommateur. Il est aujourd'hui abrogé.

2. Transparence et loyauté (Art. 13, 2°)

Article 13, 2° : « l'identification de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite est clairement identifiable ».

Toute publicité doit être transparente et loyale. Ce principe trouve écho dans plusieurs dispositions européennes et nationales.

¹² Exposé des motifs, p. 37.

¹³ Voy. Par exemple article 8.

¹⁴ Tel pourrait être le cas de certains messages postés dans les forums de discussion et qui cachent une démarche publicitaire.

Ces informations ne doivent pas nécessairement figurer directement dans la publicité même.

En effet, l'Exposé des motifs¹⁵ suggère explicitement le recours aux hyperliens comme moyen adéquat.

La même disposition précise que ces informations existent indépendamment des autres « exigences légales ou réglementaires », c'est-à-dire les exigences en matière de publicité trompeuse et publicité comparative.

Ainsi, l'article 23, 3° de la LPC, interdit déjà toute publicité susceptible d'induire en erreur quant à l'identité ou la qualité du vendeur.

3. Les offres promotionnelles (Article 13, 3°)

Article 13, 3° : « Les offres promotionnelles (rabais, primes, cadeaux), lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions pour en bénéficier qui doivent être facilement accessibles et présentées de manière précise et non équivoque »

Elles constituent des publicités à part entière et doivent, à ce titre, être identifiées comme telle.

On peut penser, sur l'internet, à une fenêtre automatique de type « popup » qui présenterait des tickets au rabais émis par une compagnie aérienne.

4. Les concours et jeux promotionnels (Art. 13, 4° loi commerce électronique)

Le nom de la personne pour compte de qui le concours ou le jeu est organisé doit apparaître.

Article 13, 4° : « Les concours et jeux promotionnels, lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions de participation qui doivent être facilement accessibles et présentées de manière précise et non équivoque »

5. La publicité ne peut être trompeuse ou mensongère

Ce principe figure à l'article 23, 1° à 5° LPC qui énumère les 14 obligations et interdictions encadrant la publicité.

¹⁵ Page 37.

La loi du 23 mars 2003 sur le commerce électronique interdit les pratiques suivantes (Art. 14):

« § 3. 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. ».

La confiance des utilisateurs, but affiché de la nouvelle norme, ne peut exister sans une lutte crédible contre les pratiques déloyales.

A ce jour, les jurisprudences belge ou française en matière de publicité trompeuse sur l'internet sont rares, mais devrait être appelée à se développer au fur et à mesure de l'expansion des activités commerciales par voie électronique.

Une affaire américaine mérite à cet égard d'être évoquée, tant elle est exemplative de certaines pratiques qui se multiplient sur le réseau. En effet, la Federal Trade Commission (FTC) a recommandé le 27 juin 2002, dans une lettre adressée à sept moteurs de recherche, que les résultats faisant suite aux requêtes des utilisateurs soient clairement distingués de ceux présentés en vertu de contrats commerciaux.

Cette lettre fait suite à une plainte déposée le 16 juillet 2001 par une association de consommateurs, pour laquelle le manque de distinction entre les résultats courants et les liens "placés" ou les liens publicitaires est de nature à entraîner une confusion dans l'esprit du public et s'apparente à de la publicité trompeuse.

6. La publicité comparative est permise mais encadrée

L'article 22 §2 de la LPC définit la publicité comparative : « *Est considérée comme publicité comparative, toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des produits ou services offerts par un concurrent* ». La notion a été introduite et transposée en droit belge par la loi du 25 mars 1999¹⁶.

Les techniques des publicités comparatives sont autorisées mais réglementées, peu importe le support de celle-ci.

La publicité comparative n'intéresse qu'indirectement les consommateurs, puisqu'elle oppose par définition des professionnels. Mais, l'une des finalités de la réglementation sur la publicité comparative est d'imposer des règles du jeu

¹⁶ Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 23 juin 1999.

transparentes et loyales, de sorte qu'elle profite aussi aux consommateurs qui en sont les destinataires finaux.

La publicité comparative a été intégrée en 1997 à la directive de 1984 sur la publicité trompeuse. Elle est définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». Contrairement à la majorité des directives protégeant les consommateurs européens, la directive 97/55 n'est pas un texte d'application minimale. En d'autres termes, les États membres ne sont pas autorisés à adopter des règles plus strictes pour protéger leurs consommateurs. Une clause d'application minimale, qui existe par contre pour la publicité trompeuse, aurait en effet permis aux États membres d'interdire indirectement la publicité comparative.

La publicité comparative est autorisée, si et seulement si (art 23bis LPC):

- « 1° elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 23, 1° à 5°, de la présente loi;*
- 2° elle compare des produits ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif;*
- 3° elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits et services, dont le prix peut faire partie;*
- 4° elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, produits ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent;*
- 5° elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, produits, services, activités ou situations d'un concurrent;*
- 6° pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation;*
- 7° elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents;*
- 8° elle ne présente pas un produit ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un produit ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés. »*

A ces conditions s'ajoutent également les interdictions ordinaires de l'article 23 LPC.

Le texte prévoit que les offres spéciales doivent mentionner leur période de validité (Art. 23bis § 2):

« § 2. Toute comparaison faisant référence à une offre spéciale doit indiquer de manière claire et non équivoque la date à laquelle l'offre spéciale prend fin ou, le cas échéant, le fait qu'elle vaut jusqu'à épuisement des produits ou services et, si l'offre spéciale n'a pas encore commencé, la date du début de la période pendant laquelle un prix spécial ou d'autres conditions spécifiques sont applicables.

§ 3. Est interdite toute publicité comparative qui ne respecte pas les conditions fixées aux §§ 1er et 2. »

7. Cas particulier : les professions réglementées

a. La loi du 23 mars 2003 (article 15)

L'article 15 de la loi sur le commerce électronique permet aux professions réglementées de recourir à la publicité sous une seule condition : le respect des règles professionnelles de la profession concernée.

La loi rappelle que le principe directeur demeure la libre circulation des services (article 5) mais il est permis d'affirmer que la loi délègue associations, ordres et organisations professionnelles le soin de veiller au respect de la déontologie et le respect des règles en vigueur dans le métier considéré.

b. Illustration : l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones (O.B.F.G.)

Le 21 octobre 2002, l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones (O.B.F.G.), prenant le législateur belge de vitesse, a adopté, son règlement relatif à l'usage des technologies de l'information et de la communication.

La publicité est admise, sous certaines conditions. Les règles à respecter visent plus spécifiquement :

- Le courrier électronique ;
- La création de sites internet ;
- La délivrance de services en ligne ;
- La participation à des forums de discussion.

Le règlement réalise une synthèse du type de comportements et d'usage des TIC¹⁷ que la déontologie de la profession autorise. Ainsi, à titre d'illustration, l'avocat ne peut rétrocéder une partie de ses honoraires à un intermédiaire dans le cadre de ses prestations en ligne et il lui est interdit d'offrir ou de délivrer ses services dans un forum de discussion¹⁸.

¹⁷ Technologies de l'information et de la communication.

¹⁸ Janice Dervaux, "Les Barreaux belges francophones réglementent l'usage des NTIC par les avocats", <http://www.droit-technologie.org>, 17 mars 2003.

D. MARKETING DIRECT ET SPAMMING – OPT IN/OPT OUT

Le courrier électronique est fréquemment utilisé par les annonceurs publicitaires.

Nous avons vu que, pour la loi belge, dès qu'une communication à vocation commerciale est envoyée par le biais de réseaux, elle entre dans la qualification de communication commerciale au sens de la directive sur le commerce électronique, et donc de « publicité » au sens de la loi du 11 mars 2003.

En effet, la loi belge sur le commerce électronique entend régler également le cas particulier de la publicité par e-mail qui pose de sérieux problèmes, étant donné le spamming qu'elle rend possible.

Le législateur a traité ce problème d'envoi massif de courriels non sollicités en deux temps : d'une part, en adoptant l'opt-in comme principe de base (article 14) et, ensuite, en laissant au Roi le soin d'établir dans quelles circonstances ce principe pourrait recevoir exception.

1. Opt-in/Opt-out : position de la question

Deux approches s'affrontent depuis quelques années pour appréhender le phénomène du « spamming » d'un point de vue réglementaire.

La première, dénommée « opt-out » suppose qu'une personne qui ne souhaite pas recevoir de courriels (emails) non sollicités puisse faire part de son souhait : on peut envoyer sauf si la personne a marqué son opposition.

Ce mécanisme suppose la mise en place de listes d'opposition, nationales ou internationales, dans lesquelles la personne doit s'inscrire soit avant soit après la réception de courriels commerciaux. Ces listes d'opposition bénéficient alors d'une diffusion la plus large possible.

L'annonceur souhaitant entamer une action marketing doit ensuite respecter la volonté de la personne concernée en consultant régulièrement les listes d'opposition.

La seconde, qui a finalement emporté la conviction des autorités belges et européennes, est le système de l'« opt-in ». Selon ce système, les messages commerciaux ne peuvent être adressés qu'aux personnes qui ont préalablement consenti à recevoir de tels messages : on ne peut pas envoyer sauf si la personne a marqué son accord.

2. L'origine de l'opt-in

L'article 10 de la directive européenne du 20 mai 1997 sur les contrats à distance dispose que les techniques de communication à distance, autres que les systèmes automatisés d'appel et les télécopieurs, ne peuvent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur. Cette disposition vise, notamment, le courrier électronique. Ce faisant, le législateur européen a consacré le système de l'opt-out.

La directive contient par ailleurs une « clause minimale » qui permet aux États membres d'édicter des dispositions plus protectrices du consommateur.

Les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique sont en outre explicitement visées par l'article 7 de la directive européenne sur le commerce électronique, qui prévoit que : « *Outre les autres exigences prévues par le droit communautaire, les États membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire* ».

En pratique, cette obligation sera respectée en indiquant le caractère commercial du courrier dans l'objet même du message.

La directive sur le commerce électronique n'impose en fait ni le système de l'opt-in ni celui de l'opt-out, mais se contente d'imposer des obligations aux États membres qui autorisent le spamming.

La directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications contient également une disposition applicable au spamming, qui prévoit en substance que, pour ce qui concerne les moyens autres que les automates d'appel ou les télécopieurs, les États membres ont le choix entre le système de l'opt-out ou celui de l'opt-in .

La même alternative a été prévue par le législateur communautaire dans le cadre de la directive 2002/65/CE sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹⁹.

¹⁹ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE 9 octobre 2002.

3. La directive 2002/58/CE²⁰ : vie privée dans les télécoms

Face à un dispositif communautaire qui laissait toute latitude aux États membres d'interdire ou non le spamming, et sensible aux nombreuses voix réclamant une interdiction de cette pratique jugée nuisible, le législateur européen a décidé d'imposer finalement le système de l'opt-in, à l'occasion de l'adoption en juillet 2002 de la directive 2002/58/CE « *concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* ». En effet, l'article 13 de cette nouvelle directive prévoit que l'utilisation du courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable. La directive s'appliquera également aux envois courts de type SMS.

Cette directive vise, notamment, à pallier certaines lacunes de la directive du 15 décembre 1997 pour tenir compte de l'évolution des technologies des services de communications électroniques.

Néanmoins, un système d'opt-out est prévu pour l'exploitation par une société des adresses mails de ses clients pour des produits ou services analogues à ceux déjà fournis.

Les États membres devront transposer avant le 31 octobre 2003 les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive.

4. Le cadre juridique belge : la loi du 11 mars 2003 : Opt-in

a. La notion de courrier électronique est large

D'emblée, il convient de dissocier le « courrier électronique » du « mail » qui n'en est, au sens de la loi nouvelle, qu'une variété.

La loi belge sur le commerce électronique puise la notion de « courrier électronique » dans 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 (directive vie privée et communications électroniques).

Selon l'article 2, h de la directive 2002/58/CE et l'article 2, 2° de la loi belge du 11 mars 2003, il faut entendre par "courrier électronique": « *tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut*

²⁰ Op. cit

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

L'Exposé des motifs ajoute également que la notion englobe « l'utilisation du « chat » [dialogue écrit en direct sur le net], de la vidéoconférence ou de la téléphonie vocale sur l'internet. On vise également les messages de type SMS (Short Message System), très courant en téléphonie portable de type GSM. Les messages laissés sur les répondeurs téléphoniques ou sur des boîtes vocales de GSM répondent également aux critères de la définition ».

b. Le courrier électronique à but commercial : obligations supplémentaires (Art. 14)

L'obligation d'identifier la publicité existe également en ce qui concerne les messages non sollicités reçus par courrier électronique.

En Belgique, la loi du 11 mai 2003²¹ fait peser une double obligation pour le courriel puisque deux niveaux d'obligation se cumulent :

- Les obligations relevant de l'article 13, applicable à toutes les publicités réalisées via les SSI²² ;
- Les obligations propres au courrier électronique (Article 13).

Cette dernière obligation se compose de deux devoirs :

- Mettre une information claire à disposition de l'internaute ;
- Mettre un moyen technique aisé et efficace d'exercer effectivement ce droit.

L'objectif est de permettre aux destinataires de réagir, soit en effaçant le message avant même de l'ouvrir, soit en recourant à des services de filtrage automatique qui bloquent le message avant son arrivée dans la boîte aux lettres du destinataire.

La loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique consacre le système de l'*opt-in*, par anticipation de la transposition de la directive « *vie privée dans les communications électroniques* » arrêtée au 31 octobre 2003.

L'article 14. § 1^{er}. consacre le système de l'*opt-in* :

« *L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages.* »

²¹ op cit.

²² Services de la société de l'information.

Un arrêté royal (en projet actuellement) pourra toutefois prévoir des exceptions à ce principe :

« Sur proposition conjointe du Ministre qui a la Justice dans ses attributions et du Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions, le Roi peut prévoir des exceptions à l'interdiction prévue à l'alinéa premier. »

La loi ajoute :

« § 2. Lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, le prestataire :

1.

1° fournit une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités;

2° indique et met à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique. Sur proposition conjointe du Ministre qui a la Justice dans ses attributions et du Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions, le Roi détermine les modalités selon lesquelles les prestataires respectent la volonté du destinataire de ne plus recevoir des publicités par courrier électronique. ».

Il est enfin précisé que la charge de la preuve est toujours à charge du prestataire :

« § 4. La preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique incombe au prestataire. ».

c. Exceptions : le projet d'arrêté royal et les courriers électroniques au client

C'est donc désormais le système de l'opt-in qui est de rigueur, sous réserve cependant de deux exceptions:

- Un arrêté royal qui serait pris en vue de prévoir des exceptions à ce principe,
- Des mailings aux clients existants d'une entreprise, relativement à des services ou produits analogues à ceux déjà fournis antérieurement.

La loi du 11 mars 2003, dans son article 14, §1^{er}, alinéa 2, a confié deux missions au Roi :

- Déterminer les cas où l'opt-in peut recevoir exception à l'interdiction de sollicitation en résultant ; et

- Arrêter les modalités d'exercice du droit de s'opposer à l'envoi ultérieur de courriers électroniques commerciaux.

Dans le premier cas, il s'agit de lever l'interdiction de sollicitation résultant de l'opt-in au profit de l'opt-out, le destinataire conservant, en toutes hypothèses le droit de s'opposer à l'envoi ultérieur de publicités.

1) Les exceptions au principe de l'Opt-in

Par exception à l'opt-in imposé par la directive 2002/58/CE du 17 juillet 2002, le projet d'arrêté royal permet à l'émetteur d'une publicité de s'affranchir de l'obligation de consentement préalable dans deux cas précis.

En effet, l'article 1 stipule que : « Par dérogation à l'article 14, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et sans préjudice de l'article 2 du présent arrêté, tout prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique :

1° auprès de ses clients lorsque chacune des conditions suivantes est remplie:

- a) Il a obtenu directement leurs coordonnées électroniques dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée;
- b) Il exploite lesdites coordonnées électroniques à des fins de publicité exclusivement pour des produits ou services analogues que lui-même fournit;
- c) Il fournit 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.

2° auprès de personnes morales. »

La sous condition mentionnée au point 1° b) selon laquelle le prestataire doit fournir « lui-même » les biens ou services vantés s'oppose à la notion de tiers. Selon le Rapport explicatif, « sont considérés comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de sociétés que le prestataire ayant obtenu le consentement de la personne (filiales, sociétés sœurs, société mère...), étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes ».

Quant à la frontière dans laquelle doit se situer un produit ou un service pour être considéré comme « analogue », elle n'est pas véritablement arrêtée.

Le Rapport explicatif s'en remet d'ailleurs explicitement à la future jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européenne afin de déterminer les critères d'appréciation.

Cependant, dans l'intervalle, le document nous livre quelques éclaircissements :

*« 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 CDs, les DVDs, 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 (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 ?) ».*

La notion annonce de fait une intéressante jurisprudence à venir.

En ce qui concerne l'exception visant les courriels adressés aux personnes morales, le Rapport précise :

« Il n'est pas nécessaire d'obtenir auprès des personnes morales leur consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique. 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@..., 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 ».

Cependant, « un annonceur ne saurait se prévaloir de l'exception pour envoyer à des adresses de personnes morales des publicités visant en réalité des personnes physiques, contournant ainsi l'obligation de solliciter le consentement préalable de ces dernières ». Bien entendu, une « personne morale » ne lit pas ses courriels (ou autre type de communication électronique). Il s'agit toujours d'une personne physique, fût-elle organe ou préposé de la société.

On se demande dès lors -une nouvelle fois- où se situe la limite ?

Sans doute peut-on considérer qu'une publicité par message électronique s'adresse à une personne morale dans les cas où, par exemple, c'est généralement celle-ci qui rétribue ce type de bien ou service.

La prudence du prestataire est donc de mise, la charge de la preuve des conditions de l'exception au principe d'opt-in lui incombant (loi du 23 mars 2003, article 14, §3).

A titre de commentaire, nous rappelons que les coordonnées électroniques doivent avoir été obtenues du client dans le respect de la législation de protection de la vie privée

2) Les modalités d'opposition

Le projet d'arrêté s'attache à fixer les éléments suivants : « Article 2. 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. »

La durée raisonnable s'apprécie « en fonction de l'évolution des techniques et des usages ».

d. Problème : comment obtenir le consentement ?

Si le principe de l'opt-in est souhaitable, il est en revanche permis de se demander comment un prestataire pourrait obtenir le consentement d'un destinataire si ce n'est en sollicitant son autorisation une première fois.

Nous l'avons vu, la notion de courrier électronique recouvre une telle diversité de techniques de télécommunication que les options restantes pour le monde du marketing se comptent sur les doigts d'une main :

- soit ouvrir un site web ou un lieu d'enregistrement volontaire auprès duquel les personnes désireuses de recevoir des publicités par courrier électronique s'enregistreraient volontairement.
- soit téléphoner à la personne visée pour demander, par oral et *de vivo* (à défaut nous retomberions dans le cadre de la définition de courrier électronique). Ici encore les chances de succès semblent minces ;
- soit se situer dans le cadre prévu par le projet d'arrêté royal susmentionné.

Certaines voix s'élèvent déjà pour plaider en faveur d'une conception « pragmatique » de l'opt-in, en ce sens qu'il devrait être interprété comme autorisant un premier courrier électronique non sollicité qui aurait pour seul objet de proposer au destinataire de s'enregistrer dans un registre opt-in en ligne.

E. L'UTILISATION DES MÉTATAGS : RISQUE JURIDIQUES

Quiconque a tenté de trouver une information sur le Web sait à quel point les moteurs de recherche sont importants : ceux-ci indexent en permanence les sites en fonction des mots qu'ils contiennent, et les classent. Tout internaute peut gratuitement les interroger en ligne sur base de mots-clés, et recevoir en réponse une liste des sites qui traitent du sujet, classés par nombre d'occurrences des mots-clés encodés. Certains titulaires de sites Web ont dès lors pris l'habitude d'insérer des mots cachés dans les codes sources de leur site (metatags), dans le but d'obtenir une indexation automatique sous des mots-clés qui n'ont qu'un lien indirect avec le contenu, et profiter ainsi d'un trafic supplémentaire.

Comme nous l'avons vu, cette insertion a parfois lieu avec l'accord du titulaire de la marque utilisée. Ainsi, la société Pepsi Cola a intégré dans le code source de son site Web les noms des acteurs, sportifs ou marques avec lesquels elle a conclu un contrat de sponsoring ou de publicité ; le même procédé a permis aux annonceurs officiels de la dernière coupe du monde de football d'être automatiquement renseignés par les moteurs de recherche quand un internaute effectuait des recherches sur le Mondial.

Contrairement au nom de domaine, le métatag ne nécessite aucun enregistrement auprès d'une quelconque instance. De plus, ce petit code HTML dans la page est plus facile à mettre en place qu'à détecter.

Ces deux éléments expliquent une bonne partie du nombre croissant de procès menés, notamment aux USA, contre l'utilisation abusive de métatags.

1. Une contrefaçon de marque

Lorsque l'insertion d'un metatag correspondant à une marque déposée est effectué sans l'autorisation du titulaire, au action en contrefaçon de la marque pourrait être envisagée..

Il est par ailleurs parfaitement envisageable que celui qui utilise des metatags correspondant à une marque verbale sans autorisation, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de cette marque (si renommée il y a), ou à tout le moins, lui porte préjudice, dans la mesure où le site contrefaisant apparaîtrait dans la liste des moteurs de recherche avant ou à proximité du site du titulaire de la marque.

Le préjudice pourra consister en une dilution de la marque si les résultats des moteurs de recherche sont faussés artificiellement au détriment du titulaire légitime.

2. Une concurrence déloyale

De surcroît, l'utilisation abusive de la marque, du nom commercial ou de la dénomination sociale d'autrui dans les metatags peut constituer un acte de concurrence déloyale. En effet, selon la jurisprudence, la citation du nom d'autrui doit être prohibée si elle est susceptible de créer une confusion entre deux commerçants.

De plus, l'usage de la marque, du nom commercial ou de la dénomination sociale peut être jugé parasitaire dans la mesure où il porte atteinte au pouvoir distinctif de la marque, du nom commercial ou de la dénomination sociale, tout en permettant à l'auteur du parasitisme d'épargner des frais de lancement ou des efforts de commercialisation au détriment du premier porteur du nom.

3. Dénigrement et publicité mensongère

Dans certains cas, le recours aux metatags pourrait même constituer un dénigrement ou une imputation diffamatoire, voire une publicité mensongère. Tel pourrait être le cas d'un site dont les metatags reprennent le nom d'un concurrent pour attirer des visiteurs qui auront ensuite accès à des propos dénigrants, des metatags associant le nom d'une personne physique ou morale à des propos diffamatoires lorsque la réponse du moteur de recherche affiche à l'écran les metatags (diffamation), ou d'un site qui intègre dans ses metatags des mots-clés lui permettant d'être sélectionné par des moteurs de recherche pour des qualités dont il ne dispose pas (publicité mensongère). (article 23 et 95 LPC)

4. La jurisprudence

Plusieurs décisions ont été rendues, tant aux États-Unis qu'en Europe.

Playboy Entreprise Inc. (PEI) reprochait à la société Calvin Designer Label d'avoir inséré sans autorisation dans les metatags de son site Web les marques protégées Playboy et Playmate, alors que les produits et services offerts par le site litigieux n'avaient aucune relation avec lesdites marques. Dans son jugement du 8 septembre 1997, après avoir constaté que le site de PEI venait après celui de la défenderesse dans le référencement automatique des moteurs de recherche, le juge a reconnu la contrefaçon et ordonné la cessation.

En août 1997, la Cour de Justice du Colorado a fait droit à la demande du cabinet de propriété intellectuelle Oppendahl & Larson, qui reprochait à la société Advanced Concepts d'avoir inséré le nom du cabinet dans le code source de son site Web. Le cabinet estimait que la démarche induisait l'utilisateur en erreur en lui faisant croire qu'un lien existait entre les parties.

La jurisprudence de notre proche voisin français nous fournit quelques illustrations de ces cas. Par ordonnance de référé du 4 août 1997, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la société Distrimart de supprimer des metatags de son site les dénominations "Maison et objet" et "Decoplanet", marques déposées de la société concurrente Safic. Le tribunal de grande instance de Paris a rendu une ordonnance de référé similaire, interdisant sous peine d'astreinte à la société Kargil d'utiliser les marques de la société Kaysersberg Packaging dans les rubriques "mots-clés" et "titres" du code source de sa page Web. Le tribunal a estimé que la défenderesse attirait de manière illicite sur son site des personnes en réalité intéressées par des produits vendus par la société concurrente Kaysersberg Packaging.

En Belgique, le Président du Tribunal de Commerce d'Anvers a également rendu une décision similaire assortie d'une astreinte, dans le cadre d'une action en cessation mue par Belgacom à l'encontre d'un opérateur alternatif de télécommunications qui avait intégré le metatag « Belgacom » dans son site²³.

Le Tribunal de Commerce d'Anvers a également connu d'une affaire impliquant l'insertion dans les metatags d'un vendeur de la marque déposée de son concurrent. Il a, sans surprise, ordonné la cessation de cette pratique²⁴.

Dans une décision du 5 avril 2002, le TGI de Paris a confirmé sa jurisprudence en condamnant une société qui avait reproduit des marques déposées par Bouygues Telecom comme mots clés de la page source de son site Web.

5. Une exception de "juste motif" ?

Cette jurisprudence ne doit pas laisser penser que tout usage de metatags correspondant à une marque ou au nom commercial d'autrui est nécessairement prohibé. En droit américain, l'exception de juste motif ("fair use") permet dans une certaine mesure d'échapper à la rigueur de la loi.

Ainsi, Playboy a été débouté de sa demande contre une ex-Playmate qui avait inséré ce vocable dans les metatags de son site. Le juge a estimé que le fait d'avoir été

²³ S. Malendreau, « *Metatag : première décision belge* », <http://www.droit-technologie.org>, actualité du 2 décembre 1999.

²⁴ Comm. Anvers (pdt), 16 mars 2000, R.D.C., 2000, p. 395, comment T. De Meese

Playmate fait partie des éléments qui identifient la personnalité de la défenderesse. Dans le même sens, la société titulaire de la marque verbale Bally a échoué dans son action contre un site consacré à la protection du consommateur, qui faisait figurer dans ses métatags la marque et consacrait aux produits de cette société une page critique : jugé que le but strictement critique et informatif permet de bénéficier de l'exception de juste motif.

Le juge belge pourrait-il autoriser qu'un métatag, respectant la LPC mais violant – apparemment- les droit d'un titulaire de marque, soit maintenu sur le site pour justes motifs ?

L'article 13, A, 1 de la LUB consacre le droit exclusif du titulaire de la marque de s'opposer à tout usage qui, dans la vie des affaires, serait fait de la marque pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée (article 13, A, 1 (a)) ou de s'opposer à tout usage d'une marque ou signe semblable pour des produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires lorsqu'il existe, dans l'esprit du public un risque d'association entre le signe et la marque (article 13, A, 1 (b)).

En outre, l'article 13, A, 1 (d) interdit tout usage qui tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice...sauf s'il existe un juste motif.

Comment définir un « juste motif » en droit belge ? A vrai dire, en Belgique comme dans les autres Etats membres des Communautés, c'est au juge d'apprécier souverainement. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est d'ailleurs refusée à définir abstraitement la notion de juste motif.

On peut citer comme exemple d'usage permis celui qui est réalisé pour une publicité comparative licite, le sponsoring, ...

III. OBLIGATION GÉNÉRALE D'INFORMATION ET DE TRANSPARENCE

Pour le législateur, l'information correcte des parties est la condition sine qua non d'un contrat équilibré obtenu moyennant un consentement complet et éclairé. Il a donc soigné tout particulièrement la liste des informations préalables à fournir, en truffant les textes – consommateurs ou non – d'obligations relatives à celles-ci. Ces obligations sont cumulatives toute autre disposition légale ou réglementaire..

A. PRINCIPE D'INFORMATION ET DE TRANSPARENCE

Dans la loi sur le commerce électronique, l'obligation d'information pèse sur le « prestataire de services », et bénéficie à tout « *destinataire du service* », c'est-à-dire « *toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible* ».

L'Exposé des motifs de la loi sur le commerce électronique exclut de la notion de prestataire –et donc, du champ d'application de l'article 7 de la loi du 11 mars 2003– ceux qui développent sur le web une activité exercée sans caractère économique.

1. Principe

Le Chapitre III de la loi vise à garantir la liberté et la transparence dans les pratiques qui se développent sur le réseau. Le but affiché de la démarche est de susciter la confiance des utilisateurs.

C'est la raison pour laquelle l'article 7 §1^{er} érige en principe la fourniture, par tous les prestataires de service, d'une série de renseignements ainsi que la mise en œuvre de techniques rassurantes.

L'article 8 précise quant à lui les informations à fournir dans le cas précis de la « *passation d'une commande par voie électronique* ».

L'article 9 précise qu'un dispositif doit permettre aux destinataires des services d'identifier et corriger les éventuelles erreurs.

L'article 10 impose qu'un accusé de réception de la commande contenant, notamment, un récapitulatif soit adressé au destinataire du service.

L'ensemble de ces obligations est cumulatif de l'ensemble de celles existant par ailleurs (LPC, ...).

2. Bénéficiaires

Le champ d'application est donc élargi par rapport aux dispositions protectrices des consommateurs, puisque la traditionnelle dichotomie entre professionnels et consommateurs est supprimée. Le législateur européen, avant le législateur belge, a en effet considéré que cette distinction ne se justifiait plus dans les faits, a fortiori sur l'internet où l'acheteur dispose moins facilement de la possibilité d'avoir une discussion avec le vendeur, de poser des questions, de voir, sentir et toucher le produit – en un mot d'utiliser toutes ses facultés sensorielles comme il le ferait dans un commerce traditionnel. Il est vrai que la distinction a quelque chose d'artificiel sur l'internet.

Eût-il encore été justifiable que l'indépendant qui acquiert sur le réseau un ordinateur pour équiper ses bureaux, soit moins protégé que s'il effectue l'opération sous la pression de ses enfants désireux de jouer avec leur CD-Rom ? Certes, la justification première de la distinction subsiste – protéger le consommateur réputé partie faible face au professionnel réputé partie forte – mais il devient dans le même temps nécessaire de tenir compte des professionnels non avertis, c'est-à-dire des professionnels agissant sur l'internet dans le cadre d'une activité qu'ils ne connaissent pas.

La loi du 11 mars 2003 réalise ici un important compromis (article 11) : si le destinataire est un consommateur, les dispositions des articles 8 §1^{er}, 9 et 10 sont impératives, à défaut, elles s'appliquent pour autant que les parties n'y dérogent pas conventionnellement.

D'une manière générale, l'Exposé des motifs souligne que la directive 2000/31/CE posait des exigences minimales qui ont été rehaussées dans l'intérêt du consommateur chaque fois que cela a été possible.

Par souci de clarté, dans le tableau qui suit, nous avons regroupé les informations préalables en quatre catégories :

- Les informations sur le vendeur que l'on trouve principalement – mais pas uniquement – dans la directive sur le commerce électronique ;
- Les informations relatives au produit ou au service proposé à la vente, issues de la directive sur les contrats à distance et la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs;
- Les informations sur le prix du produit ou du service ;
- Les informations précontractuelles sur le processus de commande introduites par la directive sur le commerce électronique.

Informations	LPC	Loi du 11 mars 2003 (art. 7)
Bénéficiaire	Consommateur	Consommateur + professionnel (art. 7 §1 ^{er}). : « destinataire d'un SSI ».
informations sur le vendeur/prestataire		<ul style="list-style-type: none"> - identité - adresse géographique - adresse de courrier électronique - numéro registre du commerce (ou autre registre) - coordonnées de l'autorité de surveillance, - informations spécifiques pour les professions réglementées (l'association professionnelle, le titre professionnel, la référence aux règles professionnelles applicables et le moyen d'y avoir accès) - numéro de TVA - les codes de conduite auxquels le prestataire (s'est éventuellement soumis et le moyen de les consulter.
informations sur le produit ou le service	<ul style="list-style-type: none"> • Prix ; • Quantité ; • Composition ; • Dénomination; • Etiquetage; 	

Informations	LPC	Loi du 11 mars 2003 (art. 8 et 9)
informations sur le prix	- prix mentionné de manière non univoque.	- pas d'obligation sauf si affichage délibéré : devoir de clarté.
informations sur la commande		<p>Article 8 :</p> <ul style="list-style-type: none"> - étapes à suivre pour conclure le contrat, - archivage et accès, - les langues proposées pour la conclusion du contrat. - moyens techniques pour vérifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données ; - l'archivage ou non des données ; - les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire (§2). - l'accusé de réception article 9 ;
Présentation des informations	<ul style="list-style-type: none"> - caractère commercial non équivoque - information claire et compréhensible - par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée 	<p>Article 7, §1^{er}</p> <ul style="list-style-type: none"> - accès facile, - accès direct, - accès permanent
Moment où les informations doivent être accessibles	- au plus tard lors de l'offre.	

B. PRÉCISIONS

1. Pas d'obligation d'afficher les prix sous la loi commerce électronique

Il est singulier d'observer que l'article 7 §2 n'entraîne, *per se*, aucune obligation d'afficher les prix. La LPC l'impose d'ailleurs elle-même pour ce qui concerne les relations entre un professionnel et un consommateur. L'objet de la loi sur le commerce électronique réside bien plus dans l'obligation faite aux prestataires qui affichent leurs prix d'y procéder de manière « *claire et non ambiguë* ».

2. Article 8 : application différenciée au non-consommateur

Soulignons que l'article 8 (passation de commande) est impératif dans le cadre des relations BtoC mais ne l'est nullement en mode BtoB (article 11).

3. Commander n'est pas acheter

L'Exposé des motifs insiste sur l'acceptation très générale du terme « commande » : ainsi sont visés l'achat d'un lecteur DVD, la vidéo à la demande, l'adhésion à un groupe de discussion, le téléchargement d'un logiciel, la fourniture d'information en ligne, l'hébergement, la fourniture de messagerie, etc.

Le texte ambitionne également, dans son article 10, de se libérer, via la notion de commande, de celles d'offre et d'acceptation. L'Exposé des Motifs prend même soin de préciser que l'envoi d'un récapitulatif est sans effet aucun sur le moment de conclusion du contrat.

Toutefois, n'échappant pas à l'évidence, le commentaire du Conseil d'Etat ne manque pas de rappeler que « *le contrat est formé dès que le prestataire reçoit l'acceptation de son offre, selon la théorie de la réception. L'accusé de réception est envoyé sans délai injustifié* ».

Dans ce cas, il faudrait que l'acheteur prenne connaissance du récapitulatif de la commande et contacte ensuite le prestataire pour marquer son accord. Cette opération peut, bien entendu, être réalisée par voie électronique rapidement.

3. La charge de la preuve

L'article 12 de la loi belge prévoit que la charge de la preuve de la fourniture des informations au consommateur incombe au prestataire. Bien que la directive

2000/31/CE ne mentionnait pas cette obligation telle quelle, il a paru opportun de l'ajouter dans le projet de loi, à l'instar de l'article 82 §1^{er} LPC. Ces précautions au bénéfice du consommateur s'expliquent tant par son manque de maîtrise probable de la technique et d'équipement *ad hoc* que par la difficulté de prouver un fait négatif.

C. COMMENT FOURNIR LES INFORMATIONS PRÉALABLES ?

La loi sur le commerce électronique prévoit un « accès facile, direct et permanent » aux informations (article 7, §1^{er}).

L'accès facile implique que le destinataire ne doive pas chercher désespérément l'information. Elle doit venir à lui logiquement, ce qui est aisé moyennant quelques connaissances en ergonomie et en ayant recours aux technologies récentes.

L'information doit être accessible par le même médium que celui utilisé pour présenter le produit ou le service.

De plus, l'obligation de fournir un accès permanent à ces informations implique que le destinataire de l'offre soit en mesure, à tout stade de la transaction, de revenir aisément sur les informations préalables et de les consulter.

A cet égard, le Conseil d'Etat estime que l'existence d'un lien hypertexte sur la seule page d'accueil est insuffisante à satisfaire l'exigence d'accessibilité de la loi. Il convient donc de répartir différents hyperliens au gré des pages.

D. QUAND FOURNIR LES INFORMATIONS PRÉALABLES ?

La loi sur le commerce électronique est muette quant au moment auquel les informations doivent parvenir au destinataire.

La directive relative aux contrats à distance précise, pour sa part, que ces informations doivent parvenir au consommateur « en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance » (art. 4, §. 1).

IV. LES RECOURS

La directive 2000/31/CE commerce électronique impose de mettre en place des recours juridictionnels efficaces. Cette obligation lie l'Etat sur le résultat.

Les deux lois adoptées répondent à ce souci, en instituant notamment une action en cessation *ad hoc*.

E. LA PROCÉDURE D'AVERTISSEMENT (ART. 22)

L'article 22 permet d'informer un prestataire de service de ce qu'il abrite un contenu illégal (ex : une publicité contrevenant à la loi dont question).

La particularité du recours est de ne pas se situer, stricto sensu, dans le cadre juridictionnel.

En effet, l'article 22 autorise des « agents » désignés par le ministre des Affaires économiques à rechercher et à constater des actes commis en infraction aux dispositions de la présente loi :

« Lorsqu'il est constaté qu'un acte constitue une infraction à la présente loi ou à l'un des ses arrêtés d'exécution, le Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions ou l'agent qu'il désigne en application de l'article 23, peut adresser au contrevenant un avertissement le mettant en demeure de mettre fin à cet acte.

L'avertissement est notifié au contrevenant dans un délai de trois semaines à dater de la constatation des faits, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par la remise d'une copie du procès-verbal de constatation des faits. L'avertissement peut également être communiqué par télécopie ou par courrier électronique.

L'avertissement mentionne :

- 1° les faits imputés et la ou les dispositions légales enfreintes;*
- 2° le délai dans lequel il doit y être mis fin;*
- 3° qu'en l'absence de suite donnée à l'avertissement, soit le Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions peut intenter une action en cessation, soit les agents visés à l'article 23, peuvent aviser le procureur du Roi ou appliquer le règlement par voie de transaction prévu à l'article 24. »*

Cette procédure peut toujours constituer un moyen de pression pour un particulier et fait naître, le cas échéant, une obligation de collaboration dans le chef du prestataire.

F. RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL (ART. 24)

Eh bien payez maintenant... Les agents susmentionnés pourront proposer des amendes éteignant l'action publique en cas d'acceptation.

Malgré cela, si entre temps, le Procureur du Roi, le juge d'instruction, ou le tribunal a été saisi d'une plainte, la somme doit être laissée voire remboursée au contrefacteur.

Afin de réaliser une « unité jurisprudentielle » sur les montants, des fonctionnaires spécialement désignés se chargeront de leur fixation.

Le Conseil d'Etat n'a pas manqué de soulever le problème de droits de la défense que posait cette procédure. Le règlement n'est pas véritablement une option. Le contrevenant est soustrait à son juge naturel pour se voir proposer de mettre fin aux poursuites en s'acquittant d'une somme d'argent.

G. LES SANCTIONS PÉNALES (ART. 26 ET 27)

1. Les amendes

Trois grands types de pénalités sont prévus par la loi du 23 mars 2003.

La loi prévoit l'application d'amendes de 250 à 10.000 Euros en cas de manquement aux obligations prévues aux articles suivants :

- Article 7 : information et transparence ;
- Article 10 : accusé de réception en cas de passation de commande par voie électronique ;
- Article 13 : Publicité

Le maximum passe à 25.000 Euros en cas de non respect de l'article 14 établissant les règles applicables aux publicités par voie de mails.

Ces pénalités se chiffrent enfin de 500 à 50.000 Euros en cas de mauvaise foi lors de la commission de l'infraction.

Nous le voyons, l'Etat dispose aujourd'hui des bases juridiques requises pour créer une « taskforce » d'agents gouvernementaux habilités à proposer des sanctions pécuniaires substantielles.

C'est pourquoi, par arrêté ministériel du 4 avril 2003, le Ministre de l'Economie a désigné « *Les agents de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie* », qui « *sont chargés de rechercher et de constater les infractions à l'article 26 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* ».

H. LA DEUXIÈME LOI DU 11 MARS 2003.

1. Présentation

Le législateur a, le même jour où il a adopté la loi dont nous avons traité, promulgué une autre loi, 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 Constitution²⁵.

Cette loi comprend notamment un article sur la possibilité, pour le Roi, d'adopter un arrêté permettant de porter quelques restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information.

En outre, cette loi étend la compétence du Président du Tribunal de Commerce de sorte qu'une action en cessation peut toujours être portée devant lui si l'objet de celle-ci est de faire respecter le prescrit de la loi du 11 mars 2003 (la première analysée dans la présente étude).

La demande est instruite est traitée selon les formes du référé (article 3 §3).

2. Compétence étendue du Président du Tribunal de Commerce

Comme expliqué plus haut, le texte stipule que :

« Art. 3. § 1er. Le président du tribunal de première instance constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

Par dérogation à l'alinéa précédent, le président du tribunal de commerce peut constater l'existence et ordonner la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la loi précitée lorsque cet acte relève de la compétence du Président du tribunal de commerce telle que définie à l'article 573 du Code judiciaire.

Le président du tribunal compétent peut accorder au contrevenant un délai pour mettre fin à l'infraction ou ordonner la cessation de l'activité. Il peut accorder la levée de la cessation dès qu'il est prouvé qu'il a été mis fin à l'infraction.

Outre la cessation de l'acte litigieux, le président peut ordonner selon la manière qu'il jugera appropriée la publication de tout ou partie du jugement aux frais du contrevenant. Il peut notamment ordonner la publication de son jugement ou du résumé par la voie de journaux ou de toute autre manière. Ces mesures de publicité ne peuvent toutefois être prescrites que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé.

²⁵ 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.

Les titulaires de l'action sont (article 3 § 2) :

- Les intéressés;
- Le ministre compétent ou des ministres compétents pour la matière concernée;
- Une autorité professionnelle, d'un groupement professionnel ou interprofessionnel jouissant de la personnalité civile, d'une mutuelle ou d'une union nationale;
- Une association ayant pour but la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile, pour autant qu'elle réponde aux conditions fixées par l'article 98, § 1er, 4°, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur;
- Une entité qualifiée en conformité avec l'article 21, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.
- Par dérogation aux dispositions des articles 17 et 18 du Code judiciaire, les associations et groupements visés aux points 3° et 4° peuvent agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis.

Le texte précise encore que :

Pour ce concerne la compétence du Président du Tribunal de Première Instance, « Art. 4. L'article 587 du Code judiciaire, remplacé par la loi du 3 avril 1997 et modifié par les lois des 10 août 1998, 4 mai 1999 et 2 août 2002, est complété comme suit : " 11° sur les demandes prévues à l'article 3, § 1er, alinéa 1er, de 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. " »

Pour ce concerne la compétence du Président du Tribunal de Commerce : « Art. 5. L'article 589 du même Code, remplacé par la loi du 11 avril 1999 et modifié par les lois des 11 avril 1999, 26 mai 2002, 17 juillet 2002, 2 août 2002 et 20 décembre 2002, est complété comme suit : " 9° à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de 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 " ».

3. Trois remarques finales

La loi prévoit que la non exécution du jugement rendu sur base de la loi peut donner lieu à des amendes de 1.000 à 20.000 Euros.

Cette disposition constitue une « astreinte latente » en cas de non-exécution, même si cette mesure n'a pas été décidée a priori par le juge.

Au pénal, la loi prévoit que les articles applicables à la complicité sont d'application.

Enfin, le jugement peut être publié aux frais du contrevenant par la voie de journaux ou « de toute autre manière » (article 3.§1er).

Cette précision fait manifestement écho à une jurisprudence désormais bien établie en matière de publication judiciaire en ligne, en particulier sur le site de la partie qui succombe.

En effet, lorsque qu'un dommage s'est réalisé, même partiellement, en ligne, la publication de la décision de justice en ligne peut offrir un mode de réparation adapté et intéressant.

La première décision ordonnant pareille publication est le jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 3 mars 1997. Dans cette décision, le juge avait condamné une des parties à publier le jugement pendant 6 mois sur la page principale de son site web²⁶. En Belgique, les décisions du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 15 septembre 1999²⁷ et du 2 novembre 1999 ont chacune condamné une des parties à la publication, en ligne des décisions, la deuxième ajoutant même comme support de publication, cinq revues éditée sur papier²⁸.

Dans une troisième espèce, la Cour d'Appel de Bruxelles a ordonné la publication intégrale de son arrêt rendu le 26 octobre 2000 sur le site de la société défenderesse, avec obligation pour celle-ci de placer, bien en évidence sur la page d'accueil de son site un lien hypertexte pointant vers le texte de la décision²⁹.

Thibault Verbiest
Avocat au barreau de Bruxelles et de Paris
Maître de conférence à l'université de Liège
Président de l'Observatoire des droits sur l'Internet
Thibault.verbiest@ulyes.net

Plus d'informations :

<http://ulyes.net>
<http://www.droit-technologie.org>

²⁶ Comm. Paris, 3 mars 1997, A. & M., 1998/4, p. 363.

²⁷ Comm. Bruxelles, 15 septembre 1999, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence ; décision commentée par Th. Verbiest, « Nom de domaine : nouvelle condamnation belge », actualité du 28 décembre 1999.

²⁸ Comm. Brixelles, 2 novembre 1999, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

²⁹ Computerrecht, 1999/6, p. 314 ; disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

<http://www.internet-observatory.be>