



Service public fédéral
Economie, P.M.E.,
Classes moyennes et Energie

Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché
www.mineco.fgov.be
janvier 2005

le "Spamming"

EN 24 QUESTIONS & REPONSES



.be



le "Spamming"

EN 24 QUESTIONS & REPONSES

Auteur et traduction

La version d'origine de ce document a été rédigée en français par Didier Gobert (attaché-juriste à la cellule économie électronique de la Direction générale Régulation et Organisation du marché). La traduction en néerlandais a été assurée par le service de traduction du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Énergie et validée par Francis Deryckere et Paul Cambie (respectivement conseiller général et attaché à la Direction générale Régulation et Organisation du marché).

Consultation en ligne

Cette brochure peut être consultée (au format html) ou téléchargée (au format pdf) sur le site Internet du Service public fédéral Economie, PME, Classes moyennes et Énergie :

Version en français:

http://mineco.fgov.be/information_society/spamming/home_fr.htm

Version en néerlandais:

http://mineco.fgov.be/information_society/spamming/home_nl.htm

Editeur responsable

Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie

Robert GEURTS

Directeur-général

Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché

North Gate III

Boulevard du Roi Albert II, 16

1000 Bruxelles

Dépôt légal: D/2005/2295/21

Numéro d'entreprise: 0314.595.3480

200-05

Le « spamming » en 24 questions & réponses

L'envoi massif de courriers électroniques non sollicités, plus communément appelé spamming, prend de l'ampleur. C'est pourquoi ce document, élaboré sous forme de questions et réponses, présente le phénomène ainsi que les règles (de droit belge) qui y sont applicables.

- 1.** Qu'est-ce que le spamming ? 5
- 2.** Quels sont les problèmes liés à la réception de « spam » ? 5
- 3.** Comment les émetteurs de « spam » connaissent-ils mon adresse de courrier électronique ? 6
- 4.** Les annonceurs ont-ils le droit de m'adresser des courriers électroniques publicitaires non demandés ? 7
- 5.** Qu'entend-on par « courrier électronique » ? 8
- 6.** Qu'entend-on par courrier électronique « publicitaire » ? 9
- 7.** La loi du 11 mars 2003 ne vise que les courriers électroniques « publicitaires ». Cela signifie-t-il que les courriers électroniques qui ne sont pas « publicitaires » ne sont pas soumis au principe du consentement préalable ? 10
- 8.** Est-il possible de recueillir le consentement requis par l'envoi d'un premier courrier électronique ? 12
- 9.** Existe-t-il une période transitoire pour régulariser les bases de données constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003 ? 13
- 10.** L'ajout - par le prestataire d'un service de courrier électronique gratuit - de « taglines » au bas des courriers électroniques envoyés par les clients de ce service est-il soumis au consentement préalable ? 14
- 11.** A qui incombe la preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique ? 15
- 12.** Existe-t-il des exceptions au principe du consentement préalable ? 15
- 13.** Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de la première exception au principe du consentement préalable ? 16
- 14.** Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de la seconde exception au principe du consentement préalable ? 17

- 15.** Même si j'ai donné mon consentement, ai-je le droit de m'opposer à recevoir des courriers électroniques publicitaires ? **19**
- 16.** Quelles sont les informations qui doivent figurer dans un courrier électronique publicitaire ? **20**
- 17.** Quelles sont les méthodes interdites pour les émetteurs de « spam » ? **22**
- 18.** Quelles sont les sanctions prévues pour les annonceurs qui ne respectent pas les obligations précitées ? **22**
- 19.** Y-a-t'il vraiment lieu de porter plainte lorsque je reçois un courrier électronique publicitaire ? **23**
- 20.** Comment et à qui se plaindre quand on est victime de « spam » ? **25**
- 21.** Quelles sont les quelques règles de base à respecter pour éviter ou limiter le « spam » ? **28**
- 22.** Existe-t-il des moyens techniques pour se protéger contre le « spam » ? ... **29**
- 23.** Quels sont les textes réglementaires applicables ? **30**
- 24.** D'autres sources d'informations sur le « spam » ? **31**

1. Qu'est-ce que le spamming ?

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.).

Au sens large, ce terme désigne l'envoi de messages électroniques non sollicités. Bien que ce ne soit pas systématiquement le cas, les caractéristiques du spamming sont globalement les suivantes :

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

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'information (loi « commerce électronique »), ce terme spamming désigne l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique. Dans le cadre de ce document, c'est essentiellement cette réalité qui sera abordée car elle est visée par une législation qui relève de la compétence du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie (dénommé ci-après SPF Economie).

2. Quels sont les problèmes liés à la réception de « spam » ?

Le spamming suscite un mécontentement grandissant parmi les internautes. Et pour cause, la réception de « spam » pose de nombreux problèmes.

Premièrement, le spamming génère des coûts pour tous les usagers de l'internet (particuliers, entreprises et fournisseurs de services). Ces coûts sont notamment liés au temps nécessaire pour télécharger ces courriers électroniques non sollicités et, le cas échéant, les lire et les supprimer, à l'acquisition de logiciel de filtrage, au préjudice éventuellement subi par un virus attaché, etc. S'ils sont envoyés en très grosse quantité, les « spam » peuvent en outre engorger les boîtes aux lettres électroniques voire provoquer une saturation du réseau.

Deuxièmement, le spamming est souvent perçu comme une intrusion dans la vie privée. En effet, l'envoi de « spam » résulte généralement de la collecte « sauvage » et non consentie des adresses de courrier électronique des internautes.

Troisièmement, il est très fréquent que les « spam » aient un contenu illégal (par exemple, une publicité interdite pour des médicaments), trompeur (en vue d'escroquer l'internaute) ou préjudiciable (par exemple, un message pornographique ou agressif reçu par des enfants).

Ces différents problèmes ont pour conséquences inquiétantes que le phénomène du spam mine la confiance des internautes dans l'utilisation du courrier électronique, et plus généralement de l'Internet et du commerce électronique.

A cet égard, nous renvoyons le lecteur à un document rendu public en juillet 2003 par la Commission de la protection de la vie privée. Dans ce document, la Commission de la protection de la vie privée dresse un état de lieux du phénomène du « spam » en Belgique. La Commission avait ouvert en octobre 2002 une « boîte à spam » vers laquelle les internautes pouvaient renvoyer les courriers électroniques non sollicités qui leur étaient adressés. En deux mois et demi, 50.000 courriers électroniques lui ont été envoyés. La Commission a procédé à une analyse de l'origine et du contenu de ces courriers. Il en ressort que les Etats-Unis constituent de très loin la première zone géographique d'origine des « spam ». Les « spam » en provenance de Belgique, de l'Union européenne ou de l'Asie ne représentent qu'une proportion marginale de l'ensemble. Les « spams » en provenance des Etats-Unis ou du reste de l'UE présentent un caractère principalement érotique alors que ceux issus de Belgique ont plus souvent un caractère financier. Le document en question peut être téléchargé sur le site Web de la Commission de la protection de la vie privée :

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

3. Comment les émetteurs de « spam » connaissent-ils mon adresse de courrier électronique ?

L'émetteur de « spam » peut aisément obtenir mon adresse de courrier électronique de plusieurs façons.

Tout d'abord, il est possible que vous ayez communiqué vous-même votre adresse. Ainsi, lorsque vous visitez un site web pour acquérir un produit ou un service, ou lors de votre inscription à une liste de diffusion ou à un forum de discussion, on vous demande souvent d'introduire des données personnelles, telles que vos nom, adresse géographique... et adresse de courrier électronique. Il n'est pas rare non plus que l'on vous demande de communiquer l'adresse de courrier électronique d'un proche. Ces données sont souvent réutilisées soit par la personne à laquelle vous les avez fournies, soit par d'autres personnes auxquelles la première personne a transmis ces informations. En outre, certains fournisseurs de messagerie électronique gratuite prévoient qu'en contrepartie vous acceptiez de recevoir des publicités. Diverses offres gratuites d'accès à Internet conditionnent pareillement la gratuité du service à l'envoi de messages publicitaires par le biais du courrier électronique.

Ensuite, il existe diverses méthodes de collecte dite "sauvage" réalisée sans ou contre votre consentement : l'utilisation de logiciels permettant l'inscription à un maximum de listes de

diffusion afin de récupérer les adresses électroniques de leurs membres ; la collecte automatique d'adresses électroniques dans les espaces publics d'Internet (p. ex. annuaires ou moteurs de recherche, vos pages web personnelles...) ; le recours à diverses manœuvres frauduleuses (p. ex. faux concours, ...).

Enfin, il existe un véritable marché des fichiers d'adresses de courrier électronique : des entreprises font leur métier de la mise à disposition (le plus souvent, par le biais d'une location) de tels fichiers. Il est aussi possible de se procurer sur Internet des listes contenant des milliers d'adresses à télécharger pour des sommes relativement modiques.

Certaines de ces méthodes de collecte peuvent 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 site (<http://www.privacy.fgov.be/>).

4. Les annonceurs ont-ils le droit de m'adresser des courriers électroniques publicitaires non demandés ?

En principe, non ! Selon l'article 14, § 1er, 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, dans le jargon, 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. **Nous attirons l'attention 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 électronique de la part de tel ou tel prestataire pour le ou les catégories de produits qu'il spécifie ;
- **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 1er de **l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique** (cfr. infra).

5. Qu'entend-on par « courrier électronique » ?

Il nous semble également utile d'attirer l'attention sur la définition large donnée par le législateur de la notion de « courrier électronique ». Selon l'article 2, 2°, 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 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 (cfr. infra) dans la mesure où il est publicitaire.

Ajoutons que très prochainement (un projet de loi est en cours d'adoption), des règles comparables à celles qui s'appliquent à l'envoi de publicités non sollicitées par courrier

électronique seront également applicables – conformément au droit européen – à l’envoi de publicités par télécopieur (fax) et automate d’appel.

6. Qu’entend-on par courrier électronique « publicitaire » ?

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 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 Economie est d’avis que l’évaluation permettant de distinguer le caractère promotionnel du caractère simplement informationnel 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 (par exemple, 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, qui relèvent de la compétence de **la Commission de la protection de la vie privée**.

7. La loi du 11 mars 2003 ne vise que les courriers électroniques « publicitaires ». Cela signifie-t-il que les courriers électroniques qui ne sont pas « publicitaires » ne sont pas soumis au principe du consentement préalable ?

Avant de répondre à la question, il convient de rappeler le contexte global. **La directive européenne (2002/58)** 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 »¹. 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 belge de la protection de la vie privée adopte une vision extrêmement large de cette notion de prospection directe : « il convient de rappeler que la prospection directe, au sens de la loi, couvre non seulement le marketing au sens commercial du terme mais également la prospection effectuée à des fins politiques »². 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

¹ Le code FEDMA est disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77-annex_en.pdf

² **Avis du 02/04/2003 de la CPVP 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>

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 vie privée**. Sur cette question, nous renvoyons aux avis interprétatifs de la CPVP (<http://www.privacy.fgov.be/>). 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** que ce courrier est automatiquement exempté du respect du principe du consentement préalable.

8. Est-il possible de recueillir le consentement requis par l'envoi d'un premier courrier électronique ?

Pour rappel, selon l'article 14, § 1er, 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 spécifiquement, l'article 14, § 1, 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, § 1er, al. 1er, de la loi du 11 mars 2003. **Toutefois, l'Administration considère que ce courrier électronique par lequel on demande le consentement 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 CPVP (<http://www.privacy.fgov.be/>) - 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 : Etat des lieux en juillet 2003 ».

9. Existe-t-il 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 (cfr. 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 légalement, 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.

10. L'ajout - par le prestataire d'un service de courrier électronique gratuit - de « taglines » au bas des courriers électroniques envoyés par les clients de ce service est-il soumis au consentement préalable ?

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 (par exemple 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, § 1er, 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 (cfr. 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.

11. A qui incombe la preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique ?

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 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.

12. Existe-t-il des exceptions au principe du consentement préalable ?

Oui, il en existe deux. En vertu de l'article 14, § 1er, al. 2, de **la loi du 11 mars 2003**, le Roi a adopté **l'arrêté royal du 4 avril 2003** qui consacre les 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.

13. Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de la première exception au principe du consentement préalable ?

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 **aux clients** du prestataire. 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 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 envoyer une publicité pour un produit ou un service d'une entreprise tierce (par exemple, un partenaire), ni communiquer l'adresse de courrier électronique à des entreprises tierces pour faire de la publicité pour des produits ou services analogues³. 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 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 (exemple : 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 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 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 pour 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 (par exemple, sur le formulaire de commande papier ou en ligne).

14. Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de la seconde exception au principe du consentement préalable ?

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.

³ Rappelons que sont aussi considérés 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.

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 de 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 morales, 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 (par exemple, 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 professionnelles, etc.

Soulignons dès à présent que, même si un courrier électronique publicitaire 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 (cfr. infra).

15. Même si j'ai donné mon consentement, ai-je le droit de m'opposer à recevoir des courriers électroniques publicitaires ?

Oui ! L'utilisateur 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 (par exemple : « **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).

Afin d'assurer l'efficacité du point 2° de l'art. 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 publicités 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 électronique 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.

16. Quelles sont les informations qui doivent figurer dans un 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. A 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°. A l'instar de l'article 23, 5°, al. 1er, de la loi sur les pratiques du commerce⁴, 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 que la mention « publicité » soit systématiquement indiquée.

La logique principale à retenir est que désormais la mention « publicité » ne doit plus systématiquement être indiquée. Ce n'est le cas que si, dès sa réception, la publicité n'est pas identifiable comme telle. Cette appréciation devra systématiquement 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 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 prestataire 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 précisent 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. ».

17. Quelles sont les méthodes interdites pour les émetteurs de « spam » ?

Afin d'éviter tout 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 ».*

18. Quelles sont les sanctions prévues pour les annonceurs qui ne respectent pas les 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 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.

⁴ 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.

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

- le Ministre de l'Economie peut intenter 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 euros (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 euros (à multiplier par les décimes additionnels, c'est-à-dire par 5).

Si l'infraction est en outre accomplie de mauvaise foi (par exemple, 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 euros (à multiplier par les décimes additionnels, c'est-à-dire par 5).

19. Y-a-t'il vraiment lieu de porter plainte lorsque je reçois 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. On veut simplement le responsabiliser dans son action et 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.

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 ! On veut donc ici donner les outils à l'internaute 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 vous poser les questions suivantes :

- Etes-vous certain de n'avoir jamais donné votre consentement à un moment ou à un autre ?

En effet, il arrive que des internautes oublient qu'ils ont 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 vous envoyer des courriers électroniques publicitaires. Ceci dit, il vous est toujours loisible de vous prévaloir de votre droit d'opposition et de lui 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 vous avez 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 (cfr. supra), et n'est pas tenu de vous demander le consentement préalable. Rappelons toutefois que vous pouvez à tout moment vous prévaloir de votre 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 vous exerciez une fonction au sein d'une personne morale (société commerciale, asbl, entreprise publique, administration, etc.), et qu'à ce titre vous êtes chargé(e) 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 vous disposez du droit de vous opposer à recevoir à l'avenir des mails publicitaires (cfr. 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 par exemple) ou que les mails sont envoyés de manière excessive (une connaissance qui vous 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.

Si vous constatez, après avoir analysé ces différentes questions, que le courrier électronique semble contraire à la loi, vous pouvez alors déposer une plainte, et cela même si le courrier électronique non désiré provient de l'étranger. Nous vous conseillons néanmoins d'essayer au préalable de régler le problème à l'amiable avec le prestataire – pour autant que ce dernier ne soit pas clairement douteux – en lui rappelant ses obligations et en l'informant de votre intention de porter plainte s'il n'obtempère pas à votre invitation de ne plus vous envoyer de courriers électroniques publicitaires.

20. Comment et à qui se plaindre quand on est victime de « spam » ?

Si vous estimez qu'il y a lieu de porter plainte, il convient de déterminer comment et à quelle autorité vous pouvez adresser votre 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 conviendra donc de diriger la plainte vers l'autorité la plus adéquate en vue du traitement 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 Economie ;
- 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 Economie est compétente pour recevoir notamment les plaintes relatives à un courrier électronique :

- 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 promouvoir la vente d'un bien ou la prestation d'un service, cfr. supra pour la définition du caractère publicitaire) ;
- qui a un contenu contraire aux réglementations protectrices du consommateur, plus communément appelées arnaques de la consommation : http://mineco.fgov.be/protection_consumer/informations_and_advices/informations_and_advices_fr_003.htm
- ★ 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, ...
- 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 :

- envoyé par un émetteur avec qui vous n'avez eu aucun contact, que vous ne connaissez pas et qui a manifestement récolté votre adresse e-mail à votre insu ;
- 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 e-bay, 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.). Pour des informations complémentaires sur le phénomène du « phishing », vous pouvez prendre utilement connaissance du communiqué de presse diffusé par le SPF Economie disponible à l'adresse suivante :

http://www.mineco.fgov.be/press_releases/press_releases_pdf/press_release_05022004_fr.pdf.

Vous pouvez joindre ces différentes autorités en utilisant les coordonnées suivantes :

Service public fédéral Economie, PME, Classes moyennes et Energie
Direction générale du Contrôle et de la Médiation

Boulevard Simon Bolivar, 30
B - 1000 Bruxelles
e-mail: eco.inspec@mineco.fgov.be
Tel: +32 (0)2 208 36 11
Fax: +32 (0)2 208 3915
<http://www.mineco.fgov.be>

Commission de la protection de la vie privée

Rue Haute, 139
B - 1000 BRUXELLES
e-mail: commission@privacy.fgov.be
Tel: +32 (0)2 213 85 40
Fax: +32 (0)2 213 85 65
<http://www.privacy.fgov.be/>

Police Fédérale

DGJ/DJF/FCCU
« Federal Computer Crime Unit »
Rue du Noyer, 211
B - 1000 BRUXELLES
E-mail : contact@fccu.be
Tél : +32 (0)2 743 74 74
Tél : +32 (0)2 743 73 84 (permanence 24/7)
Fax : +32 (0)2 743 74 19

Attention : afin de permettre aux autorités compétentes de traiter valablement les plaintes en matière de spamming, l'entête technique (ou « header ») du message électronique suspect doit impérativement être annexé au message. En effet, les informations contenues dans ces entêtes sont indispensables pour identifier et localiser l'expéditeur du spam. Vous

pouvez prendre utilement connaissance des procédures à suivre pour produire des entêtes techniques selon le type de messagerie utilisée à l'adresse suivante :

<http://www.spamcop.net/fom-serve/cache/118.html>

21. Quelles sont les quelques règles de base à respecter pour éviter ou limiter le « spam » ?

Pour éviter la capture et l'utilisation de votre adresse e-mail par des spammeurs, nous vous invitons - à l'instar de la Commission de la protection de la vie privée - à respecter quelques règles de prudence :

- soyez vigilant(e) lorsque vous communiquez votre adresse électronique et évitez de la communiquer sans raison à n'importe qui ;
- éviter d'afficher votre adresse électronique sur un site web, car celle-ci sera systématiquement copiée par un logiciel de « capture automatique d'adresses » utilisé par les spammeurs ;
- si vous voulez éviter que du « spam » n'arrive sur votre adresse électronique principale (que vous utilisez avec vos proches ou dans vos relations professionnelles), créez une seconde adresse auprès d'un fournisseur gratuit pour utiliser celle-ci dans le cadre d'applications plus risquées au regard du « spam » (inscription à des newsletters, participation à des forums, commande sur des sites web commerciaux, affichage sur votre page web, etc.) ;
- si l'origine du message ou l'identité de l'émetteur vous paraissent clairement douteux, évitez de répondre à ce « spam » – même si on vous donne la possibilité d'exercer votre droit d'opposition – ou de cliquer sur les liens hypertextes insérés dans le corps du message car les spammeurs malintentionnés utilisent ces techniques pour vérifier si votre adresse e-mail est encore active et... pour vous envoyer encore plus de « spam » !
- ne rendez pas visibles les adresses e-mails de vos correspondants lorsque vous créez un groupe ou une liste de diffusion, ou que vous transférez un e-mail. Il est donc nécessaire de masquer les adresses de l'ensemble des destinataires dans le cas de l'envoi simultané d'un même message à plusieurs personnes. Pour cela, utilisez lors de l'envoi d'un message la fonctionnalité "copie cachée" de votre logiciel de messagerie, le plus souvent symbolisée par « Cci » ou « BCC » ou « CCC » ;
- ne communiquez pas à des tiers des adresses e-mail d'autres personnes (proches, connaissances professionnelles, etc.) sans le consentement de ces dernières ;
- lorsque l'émetteur du message n'est pas clairement identifié et connu par vous, évitez d'ouvrir un fichier joint au message (surtout s'il porte l'extension .src, .exe, .scr) car il peut s'agir d'un virus ;

- ne participez pas à une chaîne d'e-mails ;
- installez un bon anti-virus et mettez le régulièrement à jour ;
- sensibilisez vos enfants aux règles précédentes et à l'utilisation qu'ils peuvent faire de leur adresse électronique (idéalement différente de la vôtre !).

22. Existe-t-il des moyens techniques pour se protéger contre le « spam » ?

Il existe effectivement divers outils de filtrage permettant de lutter contre le spamming. Les filtres sont configurés de manière à isoler les messages indésirables en fonction de divers critères de recherche, notamment l'origine du message (p. ex. l'adresse IP de l'expéditeur) ou son contenu.

Les filtres programmés en fonction de l'origine des messages permettent de bloquer les publicités en provenance des adresses IP identifiées. Les filtres programmés en fonction du contenu des e-mails permettent, quant à eux, d'éliminer les publicités contenant un mot ou une combinaison de mots précis (p. ex. sex ou make money fast). Dans ce cas, le risque existe de perdre également des messages sollicités.

Quel que soit le filtre choisi, celui-ci peut être installé soit au niveau du serveur de votre fournisseur d'accès, soit sur votre propre ordinateur.

Le filtrage chez votre fournisseur d'accès constitue la solution la plus commode étant donné qu'il se charge de trier et d'éliminer lui-même les publicités indésirables. Cependant, ce système implique que le processus de tri échappe à votre maîtrise. Or, certains facteurs de sélection (p. ex. la similitude et la quantité de messages envoyés) peuvent conduire au blocage de messages que vous aviez sollicités. De plus, un système de filtrage en fonction du contenu implique un contrôle automatique du contenu de tous les e-mails qui vous sont envoyés, ce qui peut poser des problèmes au regard de la protection de la vie privée.

A l'inverse, lorsque le filtre est placé au niveau de votre ordinateur, les publicités arrivent inévitablement dans votre boîte aux lettres électronique. Par conséquent, vous n'évitez ni le risque d'engorgement, ni l'augmentation de vos coûts de connexion. Si vous disposez d'un logiciel de filtrage, il est sans doute déjà configuré (ainsi, la plupart des logiciels de courrier électronique offrent des possibilités de filtrage). Cependant, vous avez en principe la possibilité de personnaliser le filtre, en ajoutant ou en supprimant des critères de sélection. Le risque de perdre des publicités sollicitées est dès lors moins important puisque vous avez opéré vous-même la sélection. En outre, vos e-mails n'ont pas dû être ouverts par un tiers.

23. Quels sont les textes réglementaires applicables ?

Au niveau belge :

- **Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information** (M.B., 17 mars 2003), spécialement ses articles 13 à 15 ;
- **Arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique** (M.B., 28 mai 2003) ;
- 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 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ;
- **Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel** ainsi que les avis interprétatifs rendus par la Commission de la protection de la vie privée (disponibles sur son site : <http://www.privacy.fgov.be/>) qui méritent 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 ;
 - ★ avis du 2 avril 2004 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) ;
 - ★ note sur « Le spam en Belgique : Etat des lieux en juillet 2003 » ;
- **Loi du 28 novembre 2000** relative à la criminalité informatique.

Au niveau européen :

- **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** (dite « directive vie privée et communications électroniques », JOCE, 31 juillet 2002, L 201/37), spécialement son article 13 ;
- **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 », JOCE, 17 juillet 2000, L 171) ;
- **Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données** (JOCE, 23 novembre 1995, L 281) ;
- Communication du 22 janvier 2004 de la Commission au Parlement européen, au

Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur les communications commerciales non sollicitées au « spam » ;

- **Avis 5/2004 du 27 février 2004 du « groupe article 29 » portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE**

24. D'autres sources d'informations sur le « spam » ?

- Le SPF Economie : http://mineco.fgov.be/information_society/consumers/home_inter_fr.htm
- La Commission de protection de la vie privée : <http://www.privacy.fgov.be/>
- L'Observatoire des Droits de l'Internet : http://www.internet_observatory.be
- La CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) – France : <http://www.cnil.fr/>
- Le site français de la Direction du Développement des médias : http://www.ddm.gouv.fr/dossiers_thematiques/documents/spam00.html
- Le site web (en anglais) d'un service public américain (Federal Trade Commission) sur le spamming : <http://www.ftc.gov/bcp/online/edcams/spam/index.html>
- Le site web (en anglais) d'un service public australien (Department of Communications, Information Technology and the Arts) sur le spamming : http://www2.dcita.gov.au/ie/trust/improving/spam_home
- L'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) qui a mis en place un groupe d'experts destiné à coordonner les efforts des pouvoirs publics, des entreprises et de la société civile dans leur lutte contre le « spam » : <http://www.oecd.org>
- Association Belge du Marketing Direct : **listes Robinson**

