

« Nemo censetur ignorare legem »

INITIATION AU DROIT INFORMATIQUE

TM



Professeur : DUMORTIER Philippe
Année académique 2009-2010

Première partie

Chapitre 1 : Introduction

1. Généralités

Le terme de **droit** désigne les règles qui gouvernent la vie des Hommes en société.

Le terme **juridique** vise tout ce qui se trouve lié à la notion de droit alors qu'en revanche le terme de **judiciaire** englobe tout ce qui a trait à la justice.

La règle de droit est générale car elle s'applique à tous sans distinction, elle est permanente puisqu'elle doit être abrogée pour disparaître et elle est obligatoire. La règle juridique ou de droit se distingue des autres règles par son caractère obligatoire ce qui sous-entend une sanction en cas de non-respect de la règle. Cette sanction est socialement organisée : elle est prévue au préalable et elle est infligée par des organes étatiques.

2. Introduction générale au droit informatique et définitions

Il est de plus en plus difficile de faire abstraction des technologies de l'information et de la communication (TIC) tant elles se répandent dans tous les secteurs d'activités, et transforme la société.

Nous sommes entré dans une société de l'information qui se caractérise :

- au niveau du contenu, par de nouvelles sociétés apparues suite aux bouleversements amenés par les réseaux ;
- au niveau infrastructures, par de véritables autoroutes de l'information.

Toutes les disciplines juridiques sont concernées par les développements de l'informatique : le droit des contrats, le droit judiciaire, le droit pénal, le droit intellectuel (droit d'auteur,...), le droit international (puisque plus de frontières), le droit administratif (e-services), le droit du travail,... Le droit actuel doit donc évoluer. Par exemple, pour prendre en compte les contrats en ligne, sans signature, sans papier,...

"L'Internet a indiscutablement marqué une évolution significative dans « l'art de communiquer »¹. Mais l'attrait pour ce nouveau monde, purement virtuel, a suscité des comportements excessifs sous couvert du fameux et magique « vide juridique »."

¹ CYBER DROIT – Le droit à l'épreuve de l'internet – 3eme Edition – Christiane Féral-Schuhl – Dalloz
©Dunod – Paris 2002 – ISBN 2 10 005942 4

La problématique des reproductions non autorisées, la diffusion via l'Internet de contenus illicites ou litigieux du point de vue du droit pénal (messages à caractère violent, pornographique ou incitant à la violence et à l'usage de stupéfiants qui seraient susceptibles d'être consultés par des mineurs, de même que l'atteinte à la pudeur ou bien des messages pornographiques mettant en scène des mineurs), le révisionnisme (qui fait l'objet de dispositions légales spécifiques). Le Code pénal a également progressivement intégré ces dernières années plusieurs délits « technologiques », tels que l'accès non autorisé dans les systèmes d'informations d'autrui, la captation de données, la dissémination de virus informatiques, de bombes logiques,... autant d'infractions qui exposent leurs auteurs à de lourdes sanctions.

Mais il faut également admettre que l'encadrement juridique ne peut se suffire d'un dispositif seulement national, ni même européen. Le caractère transfrontalier de l'Internet impose la voie de la coopération et celle de l'autorégulation.

On prendra pour exemple le domaine des données personnelles sur Internet pour lesquelles l'accélération, la simplification et la banalisation de leur collecte, de leur transfert et de leur traitement induit inévitablement une augmentation des risques d'atteinte à la vie privée. La diffusion sur le réseau de données personnelles « anodines » (nom, prénom par exemple) permet par l'intermédiaire de moteurs de recherche ou d'autres logiciels plus perfectionnés de collecte d'informations, de constituer des bases de données comportementales.

De même, la délicate question des libertés, dont la tant revendiquée liberté d'expression sur Internet, n'est pas sans poser des problèmes dans la mesure où elle constitue une notion tributaire de raisons politiques, idéologiques ou religieuses. La disparité des conceptions de la liberté dans les différents Etats met en avant la difficulté de mettre en place une législation commune sur les réseaux, d'autant qu'il existe des divergences au sein même de blocs régionaux comme l'Europe (la pornographie, par exemple, interdite en Irlande et totalement libre en Suède !). Comment, dans ce contexte, adopter des standards à l'échelle européenne, voire internationale ?

On constate ainsi que la difficulté propre à l'Internet ne réside pas autant dans un prétendu « vide juridique » que dans la mondialisation des échanges. En effet, le cloisonnement des législations nationales conduit inévitablement à des disparités dans l'appréhension de la notion d'atteintes à l'ordre public ou dans celle d'atteinte à la vie privée. Dans ce contexte, on comprend que le débat se soit focalisé sur la question de la responsabilité des fournisseurs d'accès. La multiplication des procès engagés à l'encontre de ces fournisseurs par rapport au contenu des services dont ils permettent l'accès ainsi que de la pression d'une opinion publique de plus en plus alarmée par les excès et dérives de l'Internet, ont conduit à de nombreuses tentatives de régulation avant d'aboutir au dispositif légal actuellement en vigueur, notamment sur les conditions de mise en jeu de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des opérateurs.

Par ailleurs, l'Internet ouvre de nouvelles voies de prospections aux entreprises comme la possibilité de faire du commerce électronique à une échelle planétaire. Aussi les initiatives se multiplient-elles pour que des règles communes soient appliquées aux contrats conclus en ligne. Dès lors la question de l'adaptation de la

protection du consommateur au commerce électronique se pose, de même que celle de la sécurité des réseaux (authentification de l'identité de l'émetteur et :ou du récepteur du message, confidentialité, signature électronique,...). Par ailleurs, la notion de commerce est liée à celle de la publicité en ligne, ici en l'occurrence soit via le web, soit via e-mail.

Pour échanger sur l'Internet, encore faut-il que les internautes puissent s'identifier les uns les autres via les noms de domaine, ce qui n'est pas sans soulever le problème de leur système d'attribution, notamment en liaison avec des marques déposées.

Enfin, il faut également s'accorder pour désigner le régime applicable à l'Internet ; l'une des difficultés les plus importantes soulevées par l'Internet réside dans la désignation de la loi applicable et du juge compétent. Sur ce point, la réponse dépend de la nature civile, commerciale ou pénale de l'affaire concernée, mais également de son caractère national ou international.

3. Subdivision du droit commun ou droit spécifique ?

3.1. De la fascination... à la fantaisie

A ses débuts, l'informatique ne semblait pas poser de problèmes aigus sur le plan juridique. Toutefois des questions spécifiques sont rapidement apparues sur les relations contractuelles, la valeur économique des logiciels, la protection de la vie privée,... La résolution des problèmes liés aux TIC amènent certains à prédire l'émergence d'un droit nouveau : « le droit de l'informatique » qui serait un droit nouveau permettant d'ignorer le droit commun.

3.2. Relecture du droit et non révolution

Cette approche a été radicalement rejetée dans la mesure où le droit commun semble effectivement apte à saisir les questions posées par l'informatique. Les TIC invitent donc plus à une relecture du droit qu'à une révolution de ce dernier mais il est nécessaire de porter un nouveau regard et d'approfondir les notions classiques.

Le droit de l'informatique doit donc regrouper :

- les notions classiques de droit commun (le pilier) ;
- d'autres notions amendées pour tenir compte des fonctions spécifiques des TIC ;
- quelques notions entièrement neuves pour répondre aux besoins nouveaux.

3.3. Vers une spécificité croissante

Avec le développement des réseaux ouverts, l'existant se modifie et il faut donc renouveler la réflexion sur le droit de l'informatique qui acquiert une spécificité croissante en raison notamment de la crainte grandissante de la violation de la protection de la **vie privée** ou des risques accrus d'atteintes aux **droits d'auteurs** ou

du développement de nouvelles formes de délinquance et de **criminalité** informatiques.

Les textes législatifs se font de plus en plus nombreux (protection de la vie privée face aux traitements automatisés des données à caractère personnel, protection juridique des programmes d'ordinateurs, textes relatifs à la criminalité informatique,...) et l'on assiste à une efflorescence d'autorités administratives, de juridictions spéciales, d'organismes d'accréditation et de certification.

Le droit de l'informatique devient également un droit de plus en plus **autonome**, c'est-à-dire possédant (en partie) son propre code, sa propre juridiction, sa propre manière de travailler et de raisonner ; et cela même s'il se réfère toujours à d'autres sources de droits.

De plus, la **dimension internationale** fait s'interroger sur l'aptitude du droit étatique (élaboré dans un cadre national) à régir les comportements sur l'internet. On est souvent amené à se tourner vers d'autres modes de régulations : les solutions d'ordre technique, l'auto réglementation, la *lex electronica*, les « acceptable use policies » ou la Netiquette (éthique du Net).

Dans ce contexte complexe à dimension internationale, des mécanismes de résolution extrajudiciaire des conflits sont encouragés et mis en place : outre les expériences de Cyber Tribunal et de Virtual Magistrate, de nombreux sites offrent des services de médiation et d'arbitrage en ligne. Des instances internationales (d'accréditation, de contrôle, d'avis, voire de type juridictionnel) ont été créées afin de promouvoir l'élaboration de règles communes ou de renforcer la coopération des autorités judiciaires et policières.

Des sociétés ou cabinets d'avocats offrent des prestations techniques et juridiques spécifiques liées au droit de l'informatique, de l'Internet et de la propriété intellectuelle et proposent aux entreprises souhaitant travailler dans un environnement juridique sécurisé une large gamme de prestations en droit informatique : audit juridique, correspondant informatique et libertés, conseil et assistance, rédaction de contrats informatiques, formalités juridiques pour les sites web (noms de domaines, mentions obligatoires,...), protection des créations informatiques (logiciels, multimédia, bases de données), protection des données personnelles (collecte de données, fichiers), assistance dans les litiges,...

4. Informatique et droit

L'informatique est un objet pour le droit et surtout pour le droit des contrats. Les conventions obéissent, en principe, au droit commun des obligations et des contrats. Il n'y a donc pas de spécificité juridique a priori mais bien un particularisme de fait. L'informatique a contraint le juriste à porter un regard nouveau sur différents aspects du droit contractuel en affinant certaines analyses ou en interrogeant plus profondément diverses notions. Toutes les branches du droit sont tour sollicitées pour régir l'un ou l'autre aspect du phénomène informatique.

5. Internet

Le réseau des réseaux présentent les caractéristiques suivantes qui sont autant de problèmes à résoudre pour le droit informatique :

- Réseau **ouvert** : Contrairement aux réseaux « classiques » qui sont fermés, sécurisés, spécialisés et dotés d'entité de contrôle ;
- **International** : Le consommateur devient un acteur du droit de commerce international, auparavant destiné aux seuls commerçants ;
- **Virtuel** : numérisé, ouvert « non stop », non localisable géographiquement ;
- **Interactif/multimédia** : dématérialisation des supports, capacité de transmission, combinaison de contenus (tous types de données) sur un même support,...

6. La propriété intellectuelle

6.1. Définition de la propriété intellectuelle

Selon la définition donnée par l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI), par **propriété intellectuelle**, on entend les créations de l'esprit : les inventions, les œuvres littéraires et artistiques, mais aussi les symboles, les noms, les images et les dessins et modèles dont il est fait usage dans le commerce.

La propriété intellectuelle se présente sous deux aspects :

- la propriété **industrielle** d'une part, qui comprend les inventions (brevets), les marques, les dessins et modèles industriels et les indications géographiques;
- le **droit d'auteur** d'autre part, qui comprend les œuvres littéraires et artistiques que sont les romans, les poèmes et les pièces de théâtre, les films, les œuvres musicales, les œuvres d'art telles que dessins, peintures, photographies et sculptures, ainsi que les créations architecturales.

Les droits de propriété intellectuelle (tels que les brevets, les droits d'auteurs, les dessins, les modèles et les marques) confèrent à leurs titulaires un droit exclusif et temporaire d'exploitation de leur propriété intellectuelle sur un territoire limité. Un tel monopole stimule les innovations indispensables pour la croissance économique mais cela va à l'encontre du droit de compétitivité qui est indispensable pour l'économie du marché libre.

C'est pourquoi les droits de propriété intellectuelle ne sont délivrés que sous des conditions bien précises et, de plus, pour une durée déterminée.

6.2. Définition des droits de la propriété intellectuelle

- **Le brevet**

Un brevet est un titre de propriété industrielle qui confère à son titulaire un droit exclusif et temporaire d'exploitation d'une invention sur un territoire limité. En général, on peut dire qu'une invention est une solution technique à un problème déterminé, cela peut être un produit ou un procédé. Une invention est brevetable si elle est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'application industrielle.

- **Le dessin ou modèle**

Est considéré comme dessin ou modèle, l'aspect d'un produit ou d'une partie de produit. L'aspect d'un produit lui est conféré, en particulier, par les caractéristiques des lignes, des contours, des couleurs, de la forme, de la texture ou des matériaux du produit lui-même ou de son ornementation. Un dessin ou modèle est un titre de propriété industrielle qui confère à son titulaire un droit exclusif et temporaire d'exploitation sur un territoire déterminé. Les dessins comprennent toutes les formes en deux dimensions tels que dessins et patrons sur tissus et papier. Sous le terme modèles sont repris les formes en trois dimensions et les objets utilitaires.

- **La marque**

Sont considérés comme marques, les dénominations, dessins, empreintes, cachets, lettres, chiffres, formes de produits ou de conditionnement et tous autres signes servant à distinguer les produits ou services d'une entreprise déterminée. Une marque confère à son titulaire un droit exclusif et temporaire d'exploitation sur un territoire. La fonction essentielle de la marque est de permettre de distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux qui ont une autre provenance et de garantir ainsi à l'utilisateur l'identité du produit ou service désigné par la marque

6.3. Définition du droit d'auteur et des droits voisins :

La protection du droit d'auteur et des droits voisins constitue une des branches de la propriété intellectuelle. Elle a pour objet de déterminer les droits qui sont reconnus aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques ainsi qu'aux artistes-interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes ou de premières fixations de films, aux organismes de radiodiffusion et aux producteurs de bases de données.

6.4. L'environnement numérique

Papier ou numérique : un même droit.

L'acte de création est le fait générateur du droit d'auteur.

La loi relative aux droits d'auteur (LDA) dispose que l'auteur d'une œuvre a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction de quelque manière et sous quelque forme que ce soit².

² Article 1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (LDA)

Chapitre 2 : Responsabilité des intermédiaires sur les réseaux

1. Introduction – le problème

Avec Internet de plus en plus d'informations circulent. Il peut en résulter des dommages si les informations sont illicites (informations violant les droits d'auteur, d'atteinte à la vie privée,...), non conformes, pas à jour ou encore erronées ; ces informations peuvent par conséquent être à l'origine de préjudices.

De plus en plus le droit du commerce international a évolué, puisque désormais toute personne peut vendre des biens sur Internet (ebay,...) via Internet qui nous fait entrer dans une véritable civilisation du contrat international.

1.1. Dommages

Cette liberté totale de mise à disposition d'information et de diffusion d'informations est une source potentiel de dommages :

- **dommages physiques** : par exemple, un internaute qui écrit un guide pratique sur la cueillette des champignons contenant des éléments faussés peut, en raison d'une erreur d'information, avoir des problèmes judiciaires par la suite ;
- **dommages moraux** : la mise en ligne de certaines informations peut être source de préjudices moraux (diffamation,...) ou d'atteinte à la vie privée. Outre les informations non conformes ou portant atteinte à autrui, l'internaute doit veiller à ne pas diffuser des informations illicites aux yeux du droit commun (contenu violent, pornographique,...).

1.2. Intervenants

La question qui se pose est de savoir ce qu'il en est des responsabilités pénales et/ou civiles des différents intervenants concernés par la diffusion d'informations sur Internet. On peut aisément imaginer que ces responsabilités varieront en fonction de la fonction remplie par un intervenant (qu'il soit personne physique ou morale).

Catégories d'intervenants sur le Internet :

- **producteurs** : personnes qui sont à l'origine de la mise en ligne de l'information ;
- **intermédiaires**³ (techniques) : opérateurs du réseau, fournisseurs d'accès, hébergeurs, prestataires de services de stockage sous forme de cache (site miroir), moteurs de recherche, annuaires,...
- **utilisateurs** : internautes surfant sur Internet ; ces derniers relèvent du droit commun.

1.3. Fonctions remplies par les intervenants

Il existe principalement 4 fonctions importantes exercées par un intervenant sur Internet :

- la transmission (opérateur réseau) ;
- la fourniture d'accès ;
- l'hébergement ;
- le stockage.

Les intermédiaires sont-ils responsables à l'égard des contenus ? Le caractère mondial du réseau Internet rend délicat l'identification des auteurs d'un contenu jugé comme préjudiciable. La tentation est par conséquent grande de se retourner contre les intermédiaires techniques qui, eux, sont connus.

2. Tentative de solution

Est-il opportun de contrôler, filtrer, censurer ?

Cette opération serait économiquement lourde et pratiquement difficile à mettre en œuvre.

Toutefois, si les victimes ne peuvent pas se retourner ni contre la source d'illégalité, ni contre l'intermédiaire, que faire pour être dédommagé ?

Les différents pays ne traitent pas cette problématique de la même manière, ce qui n'est pas sans poser problème pour les victimes, d'autant que les « affaires » aux répercussions parfois planétaires se multiplient.

³ Le fonctionnement de l'Internet implique l'existence de nouveaux acteurs. Ceux-là même qui assurent la connexion de chacun des ordinateurs personnels au réseau global (les fournisseurs d'accès) et qui permettent la mise en ligne de contenu en offrant un espace disque à leurs abonnés (les fournisseurs d'hébergement). Ces rôles distincts seront souvent exercés par une seule et même personne que nous appellerons "intermédiaire technique" ou encore "prestataire Internet".

2.1. Principes de responsabilités

2.1.1. Principe du système de responsabilité réduite⁴

Les prestataires Internet ne possédant aucun statut juridique précis, la doctrine comme la jurisprudence ont eu recours au raisonnement par analogie. Elles se sont inspirées des modèles de réglementation des médias traditionnels pour "*mieux saisir l'essence des règles actuelles et illustrer la présence des facteurs pertinents*". Nous analyserons quelques-unes de ces métaphores en fonctions des systèmes de responsabilité qu'elles induisent.

Le fait de considérer le réseau comme une gigantesque **bibliothèque ou librairie** confère aux prestataires Internet un rôle avantageux. En effet, il est difficilement imaginable d'engager la responsabilité d'une personne qui vend ou donne simplement accès aux ouvrages édités par d'autres personnes que lui. Bien qu'un libraire ou un bibliothécaire puisse effectuer un choix dans les publications qu'il désire mettre en rayon, on ne s'attend pas à ce qu'il lise chacun des documents commandés. La nature illicite de certaines publications ne parvient qu'accessoirement à sa connaissance.

Fort de cette constatation, la jurisprudence américaine a déjà déclaré contraire à la constitution une loi destinée à rendre le libraire strictement responsable du contenu des livres qu'il désire vendre.

Les tribunaux définissent néanmoins un standard de responsabilité minimale. Le libraire ou le bibliothécaire aurait en effet l'obligation de retirer les documents dont le contenu litigieux ou illicite aurait été **porté à sa connaissance**.

Exemple

- CompuServe

CompuServe Information Services (CIS), a été le premier service en ligne principal aux États-Unis, en dominant pendant les années 1980 et en restant un acteur important au milieu des années 1990 lorsqu'il a été mis sur la touche par les FAI (Fournisseurs d'Accès à Internet) basés sur les environnements graphiques comme AOL. Aujourd'hui la société agit en tant que FAI, appartenant à AOL. L'entreprise est principalement connue pour avoir mis au point le format d'image numérique GIF en 1987 ainsi que pour avoir offert le premier service de courrier électronique et d'assistance sur ordinateur personnel au grand public en 1979.

Dans l'affaire *Cubby v. CompuServe*, la réseau CompuServe, co-défendeur dans une action en diffamation, a été exonéré de toute responsabilité au motif qu'il ne pouvait avoir connaissance du caractère illicite de l'information diffamatoire contenue dans une lettre électronique. La Cour relevait notamment que :

⁴ http://www.lex-electronica.org/docs/articles_168.htm - Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques (Lionel THOUMYRE) – extrait de *Lex Electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>>

"CompuServe has no more control over such publication than does a public library, bookstore, or news-stand, and it would be no more feasible for CompuServe to examine every publication it carries for potentially defamatory statements than it would be for any other distributor to do so". CompuServe fut ainsi considéré comme un simple distributeur d'ouvrages préalablement publiés.

En 1986, un tribunal allemand, dans le cadre de la même affaire, a limité la responsabilité de l'intermédiaire aux hypothèses dans lesquelles il avait connaissance de la présence de matériel délictueux sur son système. Ce courant est parfaitement résumé par une recommandation de la Commission européenne du 16 octobre 1996, selon laquelle les poursuites devraient être limitées au cas où on peut "raisonnablement escompter que le fournisseur d'accès est conscient qu'un élément est *prima facie* (de prime abord) illégal et ne prend pas de mesures raisonnables pour restreindre l'accès aux sites une fois que son attention a été clairement attirée sur ce point.

2.1.2. Union européenne – Directive 2000/31/CE

Afin de déterminer une politique harmonisée en la matière, l'Union européenne a donc adopté la directive sur le commerce électronique (*Directive 2000/31/CE* du 8 juin 2000) dont la section 4 (intitulée « Responsabilité des prestataires intermédiaires ») poursuit l'objectif d'instaurer un système **d'exonération de responsabilité** (zones de non responsabilité) au profit de certains prestataires intermédiaires.

L'idée de base est donc de considérer qu'en principe les prestataires intermédiaires n'ont pas de responsabilité à l'égard du contenu. Un parallèle peut être fait avec La Poste qui n'est pas responsable du contenu des courriers qu'elle véhicule.

La Directive instaure donc un principe d'exonération de responsabilité au bénéfice des intermédiaires, non seulement civile mais aussi pénal (article 12 à 15). Elle concerne "*tous les types d'activités illicites auxquels se livrent des tiers en ligne*". La proposition distingue alors le régime applicable aux prestataires selon qu'ils agissent comme "simple conduit" (article 12) ou comme hébergeur (article 14).

Bien entendu, pour bénéficier de l'exonération, le FAI ne doit pas être à l'origine de la transmission. C'est à dire "*qu'il ne doit pas être la personne qui prend la décision d'effectuer cette transmission*". L'on retiendra ici que les fournisseurs d'accès n'engageront pas leur responsabilité pour le stockage intermédiaire et transitoire "*qui a lieu au cours de la transmission de l'information pour permettre cette transmission*".

Du côté des hébergeurs, leur responsabilité pourra être engagée s'ils ont une connaissance "effective" d'un contenu préjudiciable présent sur leurs services, notamment sur réception d'une notification. La Commission prévoit d'ailleurs la mise en place de procédures dites "*notice and take down procedures*" et encourage "*des systèmes d'autoréglementation, y compris l'établissement de codes de conduite et de lignes directes*". Mais il est précisé que les prestataires ne seront pas privés du bénéfice de l'exonération, lorsque l'existence d'une infraction a été portée à leur connaissance, s'ils prennent des mesures rapides pour retirer les informations

illicites ou rendre leur accès impossible. Sous un tel régime, Valentin Lacambre aurait sans doute échappé à sa condamnation dans l'affaire *Estelle Hallyday* puisqu'il avait déjà pris les mesures nécessaires pour interrompre la diffusion du contenu illicite, avant même que le premier juge des référés n'ait eu à statuer en urgence.

Enfin, de même que dans le DMCA (voir 2.2. ci-après), la Directive européenne ne met aucune obligation de surveillance du contenu à la charge des prestataires, qu'ils agissent comme fournisseur d'accès ou comme hébergeurs. Selon l'article 15, les prestataires ne peuvent en effet se voir imposer aucune "*obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.*"

On constate en définitive que la Directive s'est donc grandement inspirée des initiatives américaines. On y retrouve effectivement des principes d'**exonération** de responsabilité similaires, nourris des mêmes exceptions. Mais sa portée est bien plus large que l'une ou l'autre des lois américaines, puisqu'elle **inclut tous les types d'infractions pénales et civiles**⁵ (concurrence déloyale, contrefaçon d'œuvres protégées par des droits intellectuels, publicité trompeuse, atteinte à la vie privée, diffamations,...).

2.1.3. Belgique – Loi du 11 mars 2003

La Directive 2000/31/CE a été transposée en droit belge dans 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 ; la responsabilité des intermédiaires est abordée dans le Chapitre 6, aux articles 18 à 21 de cette Loi.

En ce qui concerne les autorités judiciaires, elles peuvent imposer une surveillance ciblée pour une période déterminée/temporaire. Cependant, le prestataire est exonéré si il n'est pas la source de l'information, s'il ne modifie pas l'information et s'il ne sélectionne pas les destinataires. S'il se cantonne à son rôle alors sa responsabilité ne peut être mise en cause.

Il y a lieu de distinguer 2 types de responsabilités :

- Responsabilités **intrinsèques** : lorsque les informations sont simplement collectées, traitées et diffusées dans le cadre de contrats légaux, il y a responsabilité une pénale ou civile imputable aux tiers (à l'origine du contenu) et non au destinataire. Il appartient alors au juge d'établir un juste équilibre entre droit à la vie privée et droit à la liberté d'expression ;
- Responsabilités **extrinsèques** : lorsque le contenu des informations est lié à la qualité. La victime potentielle est le destinataire de l'information qui peut être périmée, inexacte ou entraînant des dommages conséquents.

Il y a lieu en outre de distinguer également le « Deep Linking » (liens qui réfèrent en cascade à d'autres liens) et le « Frame linking » (liens qui s'approprient le contenu).

⁵ Le droit **pénal** est punitif, répressif et destiné à protéger l'ordre public ; le droit **civil** est indemnitaire (réparation des dommages)

Le principe de base est celui du respect, de l'intégration de l'œuvre et le droit de paternité. La responsabilité de l'intermédiaire ne peut être mise en cause que si les liens renvoient vers des fichiers dont le caractère est connu.

2.1.4. USA – Le D.M.C.A.

L'origine de ces dispositions reprises dans la Directive européenne est un compromis venant des USA (**Digital Millenium Copyright Act** – DMCA, datant du 28 octobre 1998). Celui-ci est issu d'une bataille entre l'industrie de contenus (films, musique, logiciel,...) et les fournisseurs de services sur Internet. L'enjeu de cette bataille était de savoir s'il fallait ou permettre aux titulaires de droits d'auteurs de mettre en cause les intermédiaires. Le DMCA établit des **exonérations** pour des contenus portant atteinte aux **droits d'auteurs** (copyright et contrefaçon).

En substance, le prestataire n'engagera pas sa responsabilité lorsqu'il aura, de bonne foi, supprimé ou bloqué l'accès aux données qui ont été emmagasinées en mémoire cache ou stockées sur son serveur, suite à la demande du titulaire du *copyright* ou lorsqu'il aura été mis au courant de l'existence d'une information visiblement protégée par les principes du *copyright*.

Les exonérations concernent des activités et non des acteurs. Ainsi, les intermédiaires sont exonérés pour l'activité d'hébergement ou de stockage.

La loi précise que l'exonération ne pourrait avoir lieu si le prestataire est à l'origine du contenu, s'il l'a modifié, ou encore si la copie des données protégées durant le stockage intermédiaire ("*intermediate storage*") excède une durée "raisonnablement nécessaire". Elle ajoute également un certain nombre d'obligations spécifiques telle que l'obligation de développer une procédure spéciale permettant de bloquer l'accès ou le référencement des sites reconnus comme contrevenant aux principes du *Copyright*.

Il est intéressant de relever que le DMCA libère expressément les prestataires d'une obligation de surveillance.

Un même acteur pouvant exercer plusieurs activités, il se peut qu'il soit dès lors exonéré pour certaines d'entre elles mais soumis au droit commun (par exemple civil ou pénal) pour d'autres.

2.1.5. Cas de jurisprudence : deux exemples

A. CopiePresse vs Google

Faits : En 2003, le moteur de recherche crée un nouveau service appelé "Google Actualité ". Le service a comme objet la diffusion pour le grand public des articles de presse que l'on retrouve à l'origine sur les sites web membres de CopiePresse. Pour se faire, Google copie les articles, crée automatiquement un résumé de ceux-ci et renvoie (grâce à un hyperlien) directement à l'article (sur son site d'origine) et ceci, sans passer par les pages d'accueil des plaignants qui attaquent CopiePresse.

Rapport d'expertise : lorsqu'un article est toujours en ligne sur le site de l'éditeur belge,

Google renvoie directement, via le mécanisme d'hyperliens profonds, vers la page où se trouve l'article mais dès que cet article n'est plus présent sur le site de l'éditeur belge, il est possible d'en obtenir le contenu via l'hyperlien " en cache " qui renvoie vers le contenu de l'article que Google a enregistré dans la mémoire " cache " qui se trouve dans la gigantesques base de données que Google maintient dans un parc de serveur et l'utilisation du " cache " de Google, d'une part, permet de contourner l'enregistrement demandé par l'éditeur et donc d'éviter le paiement de l'article de presse et, d'autre part, le contenu de l'entièreté de l'article est stocké en vue d'une rediffusion.

Décision : Le moteur de recherche est contraint de retirer tous les articles en cause de «Google Actualité » et toutes les pages cachées du Google classique. Le tribunal ordonne, par ailleurs, la publication du jugement sur les pages d'accueil des sites de google.be et de newsgoogle.be pour une période continue de 5 jours.

B. CopiePresse vs Google

Faits : La SABAM considère que la reproduction et la transmission des œuvres musicales de ses membres au grand public viole la loi belge sur les droits d'auteur et droits voisins. Les fichiers musicaux sont partagés entre les internautes via l'utilisation des logiciels dits « peer to peer ».

Pour la SABAM, le prestataire intermédiaire permet que ses clients puissent utiliser illégalement les logiciels p2p dans payer les droits d'auteur y afférents alors que l'intermédiaire technique est en mesure de faire cesser ces infractions (par exemple, via un système de filtration).

Décision : Malgré les arguments divers avancés par la Tiscali et la SABAM, le juge s'est déclaré incompétent pour savoir si la SA Tiscali avait effectivement la capacité technique de mettre fin aux actes litigieux. Des experts ont été désignés afin de répondre à la problématique. Le jugement est dès lors suspendu jusqu'à ce que le rapport d'expertise soit rédigé.

Chapitre 3 : La publicité en ligne

1. Le contexte

La publicité sur le net présente l'avantage de pouvoir être faite à faible coût, avec une interactivité, une personnalisation et une intégration poussée.

Elle se base le plus souvent sur un processus englobant des traitements invisibles permettant une collecte de données personnelles afin de constituer d'immenses bases de données avec des profilages précis. Un tel processus correspond à une logique de marketing dite « one-to-one » ou marketing individualisé⁶

Le marketing « one to one » sur Internet se base sur les techniques suivantes :

- Livraison volontaire de données personnelles
- Traitements invisibles :
 - o Cookies (rémanents ou de session)
 - o Hyperliens invisibles
 - o Traces laissées sur le net en cours de navigation
 - o Bavardage discret des browsers
 - o Moteur de recherche (captation des mots-clés),...

Les cookies permettent un profilage précis de l'internaute et est donc un outil privilégié de marketing direct (one-to-one). D'autres forme de traitements plus opaques permettent aussi ce marketing one-to-one (formulaires, IP, fréquences, sites visités).

On assiste également à une collecte des adresses de courriers électroniques :

- Communication volontaire
- Collecte "sauvage" réalisée avec ou contre le consentement
- Mise à disposition (location,...) de fichiers d'adresses de courrier électronique

On peut donc remarquer qu'il y a une inversion du paradigme client-serveur car c'est l'internaute qui devient un serveur fournissant des informations.

En outre, il devient de plus en plus difficile de faire la distinction entre un contenu informationnelle et un contenu publicitaire.

Ces techniques publicitaires insidieuses pose le problème du respect des législations concernant la vie privée ou de l'identification et de la transparence.

⁶ Marketing one to one : désigne les moyens de communication et de vente permettant de s'adresser d'une manière individualisée, spécifique et différenciée à chaque prospect (client potentiel) ou client, en tenant compte de ses particularités. (source : http://fr.wikipedia.org/wiki/Marketing_one-to-one)

2. Les formes de publicité sur le net

Le World Wide Web :

- Les bannières / bandeaux publicitaires : simples, animées, multimédias, interactives,... ;
- Les messages interstitiels : pub entre l'affichage de deux pages web ;
- La page web et son contenu : difficile de faire la différence entre publicité et les informations sur la page ;
- Les métatags : mots-clés insérés dans le code source pour les moteurs de recherches ;
- Les hyperliens.

Le courrier électronique : insertion de publicité dans un e-mail informatif

Les autres espaces de publicité : les forums de discussion, le chat,...

2.1. Les bandeaux publicitaires

Bannières « GIF » simples ou animées, rotatives, interactives, multimédias.

L'internaute est connecté au site désiré, sans publicité, et dans le même temps, de manière non désirée, à un service de publicité séparé, le plus souvent personnalisé.

2.2. Les messages interstitiels

Le message interstitiel est une annonce publicitaire qui est faite pendant quelques secondes entre l'affichage de deux pages web. Cette technique constitue une manière d'exploiter commercialement la (prétendue) lenteur du réseau.

2.3. La page web et son contenu

Une page web est susceptible de constituer un support publicitaire (par exemple, dans le cas de sponsoring, partenariat, simple vitrine ou catalogue,...).

En pratique, il est souvent malaisé d'identifier sur un site le caractère publicitaire d'un message (message publicitaire >< message informationnel).

2.4. Les métatags

Les Métatags⁷ sont des mots-clés insérés dans le code source de la page web pour le référencement par les moteurs de recherches.

⁷ On appelle ainsi «**méta tags**» (en français «*méta-balises*») des balises spéciales situées dans l'en-tête du document HTML (c'est-à-dire la balise *HEAD*, située avant la balise *BODY*), afin notamment de fournir des informations permettant aux moteurs de recherche d'indexer la page web.
(source : <http://www.commentcamarche.net/contents/html/htmlmeta.php3>)

« L'utilisation de la marque d'un concurrent comme métatags est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Cette utilisation porte atteinte au pouvoir distinctif de ce nom de marque, étant donné que l'internaute qui recherche des informations Internet concernant ce nom de marque dans la liste de données trouvées par le moteur de recherche, y retrouve de ce fait le nom et la description de l'activité d'un concurrent direct. Ceci pourrait créer dans le cercle d'utilisateurs visé la fausse impression qu'il existe un lien économique ou d'organisation entre les deux entreprises » (Anvers (cess.), 9 octobre 2000)

2.5. Le courrier électronique

La publicité ici concerne essentiellement l'insertion de messages publicitaires dans un courrier électronique informatif. La technique repose sur l'effet boule de neige et est connue sous le nom de marketing viral.

Le marketing viral⁸ « se définit comme une action menée par une entreprise afin de se faire connaître, d'améliorer ou de repositionner son image ou celle de ses produits auprès d'un public cible.

La spécificité de ce type de marketing est que les consommateurs deviennent les principaux vecteurs de la communication de la marque. Par intérêt, curiosité ou amusement, ils diffusent l'information à leur réseau de connaissances.

Cette technique présente trois avantages principaux. D'une part, son coût est bien plus faible que celui du marketing direct ; d'autre part, l'intensité et la rapidité de diffusion du message peuvent être très importantes, avec un « auto positionnement » sur le public ciblé. Enfin, le message bénéficie d'une connotation positive liée à sa prescription par le biais d'une connaissance.

Contrairement au bouche à oreille / buzz, les effets réels du marketing viral sont ceux escomptés : c'est le consommateur qui relaie le message de la marque.

Il est nécessaire de dissocier deux catégories de marketing viral :

- Le marketing viral exponentiel qui se fonde plutôt sur une propagation très rapide.
- Pour un effet massif, l'e-mailing ou le Spam consistent à créer une base de données selon les critères du produit, puis à envoyer un mail écrit ou visuel, pouvant être accompagné d'une pièce jointe ou d'un lien. La différence entre ces deux méthodes massives se situe au niveau de l'accord des destinataires : dans le cas de l'e-mailing, les destinataires ont donné leur accord pour recevoir ces publicités, ce qui n'est pas le cas pour le spam.

⁸ Source : http://fr.wikipedia.org/wiki/Marketing_viral

3. Les textes applicables en matière de publicité

Les textes applicables sont, entre autres :

- La directive sur la publicité trompeuse et comparative : **LPCC**⁹
- La directive sur le commerce électronique « **e-commerce** »¹⁰
- Les réglementations particulières : alcool, tabac, médicaments, avocats, pharmaciens...

3.1 Définitions

Déf 1 : Toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations (directive publicité trompeuse et comparative).

Déf 2 : toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée (LSSI, art. 2, 7°).

Exclusions (LSSI, art. 2 7°), ne constituent pas en tant que telles des publicités :

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

Ne constitue pas de la publicité :

- le seul fait de détenir un site
- le fait de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion
- le lien hypertexte vers un site web de communication commerciale lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site
- la mention du nom de domaine, d'une adresse e-mail, d'un logo ou d'une marque lorsqu'elle est faite sans liens financiers ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce nom de domaine, de l'adresse e-mail, du logo ou de la marque

⁹ **Directive 2006/114/CE** du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative

¹⁰ **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»)

3.2 Les métatags : forme de publicité ?

Un métatag ne peut être considéré comme une forme de publicité.

Un métatag n'est en effet pas une communication mais un terme compris dans le langage de programmation d'un site web, qui est reconnu par les moteurs de recherche mais est invisible pour l'utilisateur. En d'autres termes, il n'est qu'un moyen technique servant à augmenter la probabilité que le site web en question soit mentionné parmi les résultats d'un moteur de recherche, par le biais d'un certain terme.

Eléments d'analyse¹¹

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.

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.

□ Une contrefaçon de marque

Lorsque l'insertion d'un metatag correspondant à une marque déposée est effectué sans l'autorisation du titulaire, le Code de la propriété intellectuelle s'appliquera.

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.

□ 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.

¹¹ Source : <http://www.droit-technologie.org/actuality-639/metatags-quels-sont-les-risques-juridiques-chronique-de-jurispru.html>

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 parasitage d'épargner des frais de lancement ou des efforts de commercialisation au détriment du premier porteur du nom.

□ **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).

□ **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.

En France, 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 Kayzersberg 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 Kayzersberg Packaging.

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.

Par ailleurs, le juste motif peut-il encore être invoqué lorsqu'il porte sur une marque à ce point populaire qu'elle en est devenue pratiquement générique dans le monde des internautes ?

La question a été posée en premier lieu dans le cadre des litiges relatifs à la responsabilité des moteurs de recherche, et de nombreux commentateurs plaident pour sa transposition aux métatags lorsque la marque désigne, dans l'esprit du public, une catégorie ou un type de produits davantage que les produits de son titulaire. Il est vrai que certaines marques sont

passées dans le langage courant à tel point que certaines figurent au dictionnaire (bic, aspirine, etc.).

□ **Une exception de « juste motif » ?**

Cette revue de 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 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 metatags 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.

4. Les principes régissant la publicité sur le net (principes applicables)

En droit belge :

- Interdiction de la publicité trompeuse, dénigrante ou prêtant à confusion (LPCC, art. 23) ;
- Réglementation de la publicité comparative (LPCC, art. 23, 7°, et art. 23bis).

4.1 Principe d'identification

La communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle afin de permettre de faire clairement la distinction entre le contenu informationnel et le contenu publicitaire.

Dans le droit belge :

- LPCC, art. 23, 5°, al.1 : « 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 ».
- LSSI, art 13, 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. »

Difficultés d'application à certaines formes de publicité sur Internet :

Pas toujours (rarement !) mis en pratique, mais possible techniquement pour les bannières, les messages interstitiels, contenus promotionnels d'une page web et autres hyperliens.

Moins évident pour métatags, pour autant qu'ils puissent être qualifiés de publicité.

4.2. Principe de transparence et de loyauté

Le législateur exige une identification claire de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite (dir. e-com, art. 6, b)

La loi stipule que « *La personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite est clairement identifiable* » (LSSI, art. 13, 2°)

Ce principe de transparence et de loyauté n'est pas sans poser des difficultés d'application, spécialement pour les metatags.

Notons en outre qu'un lien hypertexte permettant à l'internaute d'accéder aux informations concernées suffit pour satisfaire à l'obligation de transparence ; il n'est donc pas nécessaire d'indiquer l'ensemble des informations sur la bannière par exemple.

Principes à respecter :

- les offres promotionnelles doivent être clairement identifiables comme telles (dir. e-com, art. 6, c)
- 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 (LSSI, art. 13, 3°)
- les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels (dir. e-comm. art 6, d).
- les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation sont aisément accessibles et présentées de manière précises et non équivoque (LSSI, art.13, 4°)

5. Les principes additionnels relatifs à la publicité par courrier électronique

Le "Spamming" est un envoi massif de publicité par mail dans un contexte de non respect en général (de la vie privée le plus souvent).

Inconvénients :

- Engorgement des boîtes aux lettres électroniques et coûts de connexion supplémentaires
- Risque de saturation des serveurs de mail
- Intrusion dans la vie privée
- Désagrément lié au fait que certaines publicités peuvent paraître agressives ou ne pas correspondre à l'éthique du destinataire

Les trucs de spammeurs (exemples) pour contourner les filtres anti-spam :

- Les fautes de frappes. Exemple : VI@GRA pour éviter les filtres
- Remplacer le texte par du HTML. Exemple : "é" s'écrit "é"
- L'espace invisible : écrire du code html entre chaque lettre du mot afin que le filtre ne décode pas le mot, alors que ce mot apparaîtra lisiblement au destinataire
- L'encre invisible ou le camouflage : texte blanc sur fond blanc qui peut donner l'impression au filtre qu'il ne s'agit pas de spam
- Ecriture en tranche avec une imbrication des mots

6. La publicité par courrier électronique

6.1. Le droit communautaire

Les différents Etats membre d'Union européenne peuvent adopter soit le opt-in¹², soit le opt-out¹³, ou le soft opt-in¹⁴.

Directive e-commerce :

- Principes d'identification et de transparence (dir. e-comm., art. 6 et 7)
- Choix entre l'opt-in et l'opt-out (dir. e-comm., art. 7)
- Registres d'opposition (dir. e-comm., art. 7)

Directive concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques : Régime de soft opt-in (art.13, 1).

6.2. Notion de courrier électronique

Définition : « *Tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* » (dir. comm. électroniques, art. 2 ; LSSI, art. 2, 2°).

Sont visés : les e-mails et les SMS.

On doit pouvoir distinguer 2 éléments :

- **identification** : le fait de pouvoir identifier que c'est une publicité ;
- **transparence** : savoir pour qui la publicité est réalisée.

¹²opt-in = interdiction de principe d'envoyer des publicités par e-mail sans le consentement du destinataire

¹³ opt-out = autorisation de principe d'envoyer des publicités par mail à moins que le destinataire ne s'enregistre dans un dossier d'opposition

¹⁴ Soft opt-in = opt-in tolérant des exceptions

Dans le principe de l'opt-in, le législateur (LSSI, art. 14) définit trois caractéristiques essentielles:

- le consentement préalable et libre,
- l'existence d'un droit d'opposition,
- l'interdiction de l'usurpation d'identité ou de la falsification

6.3. La question du consentement

Il est permis de collecter des adresses de courrier électronique à des fins de marketing direct.

Les pop-up sont soumis aux lois sur le courrier électronique et cela même si il n'y a pas de stockage dans le pc mais juste un transit.

Portée du consentement ?

Principes à garder à l'esprit :

- le consentement obtenu vaut une fois pour toutes, dans les limites des finalités du traitement auxquelles il se rapporte ;
- le consentement à recevoir des publicités par e-mail vaut uniquement à l'égard du prestataire ;
- la transmission des données à des tiers est autorisée seulement si la personne concernée y a expressément consenti.

Comment obtenir le consentement ?

- Coupons, courriers papier, formulaires d'inscription, bons de commande...
- S'adresser à un réseau de sites avec formulaires d'opt-in que les visiteurs vont remplir pour recevoir une newsletter, participer à un concours, à un programme, à un jeu, commander des biens, envoyer une carte de vœux, etc.
- Par e-mail, mais à certaines conditions : avoir obtenu licitement l'adresse e-mail, demander explicitement le consentement, ne pas contenir de message publicitaire, donner un droit d'opposition, le consentement ne peut être présumé de l'absence de réponse. En cas de refus ou d'absence de réponse, aucune demande ne peut être envoyée dans les 2 ans.

Comment prouver l'obtention du consentement ?

- par toutes voies de droit
- le prestataire disposera d'ordinaire d'une preuve imparfaite, mais suffisante : un commencement de preuve par écrit ou présomption

sous diverses formes (un e-mail, un formulaire complété en ligne, un coupon papier, ...)

- d'un point de vue pratique, avant de porter plainte : un e-mail doit être adressé au prestataire, demandant l'inscription auprès d'une liste d'opposition...

Exceptions au principe du consentement préalable :

Le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique n'est pas requis dans deux hypothèses, reprises dans l'A.R. du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, M.B., 28-V-03) :

- en cas de relation contractuelle préexistante ;
- dans le cas des personnes morales.

6.4. La dispense de sollicitation du consentement auprès des clients du prestataire

Le législateur prévoit 4 conditions cumulatives pour une telle dispense :

- le prestataire doit avoir obtenu directement les coordonnées électroniques des destinataires dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect de la législation « vie privée » ;
- il doit exploiter lesdites coordonnées à des fins de prospection directe exclusivement pour des produits ou services analogues (c'est à dire de même catégorie) que lui-même fournit ;
- il est tenu de 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 ;
- le client concerné ne doit pas lui avoir notifié directement son souhait de ne pas recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique.

Exemple : suite à la passation d'un contrat d'achat d'une voiture, le prestataire peut proposer une assurance liée à ce véhicule, car il s'agit d'un bien et d'un service analogue sauf, bien entendu, en cas d'opposition de l'acheteur.

6.5. Exception relative aux personnes morales

Une exception existe qui concerne les adresses e-mails de contact avec une personne morale dans le cadre de certains services ou branches d'activité.

A titre d'exemple, cette exception concerne valablement des adresses e-mails de type : info@, contact@,... mais, par contre, elle ne peut concerner des adresses personnelles attribuées aux employés de la personne morale et liées à son nom de domaine (ex : prénom.nom@company.be).

6.6. Droit d'opposition

Modalité d'exercice :

Le droit d'opposition doit pouvoir être exercé :

- de manière simple, sans frais, ni indication de motifs ;
- selon 2 possibilités : soit directement auprès d'un prestataire déterminé, soit auprès d'une liste d'opposition

Effets de l'inscription à une liste d'opposition :

Elle ne porte pas préjudice au droit du prestataire d'envoyer des publicités par courrier électronique à ses clients ou à des personnes auprès desquelles le prestataire a obtenu le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique.

Les prestataires ayant obtenu indirectement (cession de fichier) le consentement du destinataire ne pourront lui adresser des courriers électroniques publicitaires.

7. Les nouvelles formes de publicité one-to-one

- SPIM : concerne les spam envoyés dans les messageries instantanées (IRC, MSN,...) sans stockage au niveau réseau. Cette méthode n'est pas considérée comme un courrier électronique
- SPLOG : spam des commentaires postés sur les blogs
- Spamming Blog : blog publicitaire dont le contenu sémantique importe peu mais assure une promotion indirecte (assimilable a priori à une publicité)
- SPIT : spam vocal via la téléphonie sur Internet (Voip)

Chapitre 4 : Droit du commerce électronique

1. Introduction

1.1. Réglementation sur le commerce électronique

2 directives européennes :

- Directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, dite "directive sur les contrats à distance"¹⁵ ;
- Directive 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"¹⁶.

Articulation de la directive d'e-commerce avec d'autres directives européennes :

- Caractère complémentaire et non dérogoire (art.1 §3 - cons. n°1) dénommée technique de la "greffe" ;
- Comparaison de la directive sur les contrats à distance : champs d'application "ratione personae"¹⁷ et champ d'application "ratione materiae"¹⁸.

Technique de la greffe : Par exemple, la vente au consommateur sur le web :

- Régime de droit commun des contrats ;
- Régime de la vente ;
- LPCC – contrats à distance ;
- Législation du commerce électronique.

Comparaison avec la Directive sur les contrats à distance : « ratione personae »	
Dir. contrats à distance	Dir. e-commerce
Relations entre un vendeur et un consommateur (cfr. LPCC, art.77) B to C	Relations entre un prestataire de services et un destinataire du service B to B et B to C
Comparaison avec la Directive sur les contrats à distance : « ratione materiae »	

¹⁵ Transposée en droit belge : LPCC, chapitre 6, section 9

¹⁶ Transposée en droit belge : LSSI, Loi du 11 mars 2003

¹⁷ La compétence d'un tribunal est de deux sortes :

- Ratione personae : quand la personne même que l'on assigne n'est pas justiciable du tribunal devant lequel elle est assignée ;
- Ratione materiae : quand la matière qui fait le sujet du procès échappe à la compétence de la cour .

Dir. contrats à distance	Dir. e-commerce
- Suppose la conclusion d'un contrat - Utilisation d'une technique de communication à distance (courrier postal, téléphone, télévision, fax, e-mail, web,...) → Activités on-line et off-line	-S'applique indépendamment d'un contrat ; - Utilisation des réseaux numériques (e-mail, web → Activités on-line

1.2. Types de contrats conclu par voie électronique

1.2.1 Contrats conclus par courrier électronique

Ils permettent aux parties de négocier et d'avoir du temps de réflexion si nécessaire.

Moyens de communication individuelle : chat, vidéo-conférence, téléphonie vocale sur le net, conversation directe entre utilisateurs, rapide : moins de tps pour la réflexion.

1.2.2 Contrats conclus sur un site web

Il y a une standardisation du processus contractuel : catalogue interactif, formulaire électronique, paiement électronique => pas de relation individuelle. C'est rapide : moins de temps pour la réflexion.

1.2.3 Contrats conclus sans intervention humaine

En réseaux fermés-sectoriels : Echange de Données Informatisées (EDI)
Consiste en des échanges automatisés de messages, normalisés et agréés, entre applications informatiques, à l'aide d'un moyen téléinformatique."

Cette façon de contracter est plus spécifique aux entreprises et concerne des relations d'affaires continues.

En réseaux ouverts : les agents électroniques

Systèmes programmés capables de négocier et de conclure en toute autonomie des opérations contractuelles y compris en environnement ouvert avec des partenaires occasionnels"

1.2.4 Exécution du contrat conclu par voie électronique

- *Produits ou services immatériels* : contrat conclu et exécuté en ligne
- *Produits ou services matérialisés* par une livraison ou une prestation concrète : contrat conclu en ligne et exécuté hors ligne

2. L'offre en ligne

2.1. Obligation pré-contractuelle d'information

Informations préalables (B to C) : identité et adresse géographique du vendeur, frais de livraison, modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, existence d'un droit de rétractation, durée de validité de l'offre/du contrat, etc...
(cfr LPCC art.78)

2.1.1. Description des produits et services

Inconvénient des contrats à distance : pas de contrat direct et concret avec le produit ainsi que des risques de malentendus, de déceptions,... → Remèdes (pour le consommateur) : description précise du produit ou service et droit de rétractation.

Outils de recherche du produit ou service : moteurs de recherche, galeries virtuelles, catalogue en ligne,... Pour la description, on peut utiliser l'interactivité et le multimédia. On peut offrir des possibilités de faire des essais en ligne. Mais certains produits ne peuvent être testés ou décrits pour en donner une idée suffisamment précise.

2.1.2. Indication des prix

- **LPCC (B to C)** : obligation d'indiquer les prix et d'indiquer les frais de livraison
- **Directive e-commerce - LSSI art.7 §2 (B to C et B to B)** : lorsque les SSI mentionnent des prix, ces derniers sont indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

2.1.3. Conditions générales

Droit commun des contrats : "*les conditions générales ne sont opposables que si l'autre partie a pu en prendre connaissance avant la conclusion du contrat et que son acceptation est certaine*".

Clauses abusives (B to C - LPCC art. 32-23) : "*est abusive la clause qui constate de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat*".

Directive e-commerce : si les conditions générales sont communiquées, elles doivent l'être d'une manière qui permette de les conserver ou de les reproduire.

LSSI, art 8, §2 : obligation de communication des conditions générales d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.

Il y a donc lieu d'appliquer ces règles dans les relations B2C et B2B, aux contrats conclus sur le web et par courrier électronique (LSSI, art 11).

Codes de conduite : obligation d'indiquer les moyens de consulter les codes de conduite auxquels le prestataire adhère (directive e-commerce et LSSI, art 7, §1^{er}, 8^o). Cette obligation est impérative pour les relations B to C, supplétive pour les relations B to B et non obligatoire pour les contrats conclu exclusivement par échange de courriers électroniques.

2.1.4. Devoir de conseil et de mise en garde

- Information : objective et donc standardisée
- Conseil : subjectif et dépendant de la situation personnelle du cocontractant. Pour remplir cette obligation sur un site web : messages d'avertissement, FAQ, formulaire à remplir en ligne avec informations personnelles (vie privée ?), help desk,...

2.2. Transparence sur les réseaux

2.2.1. Identification des parties

Contrat à distance : les parties ne sont pas en présence.

Réseaux ouverts : les parties ne se connaissent pas nécessairement :

Signature électronique :

Avantages	Inconvénients
- Certitude quant à l'identité du signataire - Identification à priori	- Davantage utilisé dans les contrats par e-mail (mais pourrait aussi être utilisé sur le web) - Pas encore généralisé : davantage dans les contrats B2B que B2C

Identification des prestataires :

Confiance du consommateur/destinataire → transparence et information.

Qui se cache derrière le site web ? → directive e-commerce, art.5 : "*obligation de fournir des informations générales concernant le prestataire et son activité professionnelle*". A savoir :

- Nom du prestataire ;
- Adresse géographique d'établissement ;
- Adresse e-mail;
- N° de registre du commerce, n°TVA ;
- Activités soumises à un régime d'autorisation : coordonnées de l'autorité de surveillance ;
- Professions réglementées : référence aux règles professionnelles applicables, ordre professionnel, titre professionnel et pays où il a été octroyé (LSSI, art 7 ; §1er).

Informations générales à fournir :

- Par qui ? tout prestataire (même si site non transactionnel) et B2C, B2B (impératif)
- Pourquoi ? principe de transparence (lien avec le monde réel)
- Comment ? Par un accès facile, direct, permanent pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes (LSSI, art.7, §1^{er}).

Identification du destinataire (sans signature électronique) :

- Possibilité d'introduire des informations fausses ou fantaisistes dans le formulaire électronique ;
- Problème de la capacité à contracter (mineurs) : risque d'annulation du contrat, messages d'avertissement : accord parental requis, dans le futur : certains achats sur le net pourraient faire partie des actes de la vie courante.

2.2.2. Transparence du processus contractuel sur le web

Directive e-commerce, art 10 - LSSI, art 8, §1er : obligation d'indiquer avant la passation de la commande :

- les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
- les étapes techniques pour conclure le contrat ;
- les moyens techniques pour corriger les erreurs ;
- si le contrat est archivé, les modalités de cet archivage et les conditions d'accès.

Impératif pour les relations B2C et supplétif pour les relations B2B.

Ne concerne que les contrats sur le web, pas pour les contrats exclusivement par échange de courriers électroniques.

Etapes à suivre pour conclure le contrat (sur le web)

Etape par étape, le destinataire doit savoir comment et quand la commande est passée :

- Sélection des articles ;
- Inscription (comme client) ;
- Adresse de livraison ;
- Modes de paiement ;
- Invitation à vérifier les détails de la commande à la fin du processus (récapitulatif) ;
- Validation pour passer définitivement commande ;
- Paiement ;
- Confirmation de la commande.

Identification et correction des erreurs de saisie :

Obligation de mettre à disposition du destinataire les moyens techniques appropriés permettant d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données.

Impératif pour les relations B2C et supplétif pour les relations B2B.

Ne concerne que les contrats sur le web, pas pour les contrats exclusivement par échange de courriers électroniques.

Obligation d'informer le destinataire de l'existence de ces moyens (LLSI, art.8, §1^{er}, 3^o).

Accusé de réception de la commande :

LSSI, art 10 :

- le prestataire est tenu d'accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique (courrier électronique ou page web) ;
- l'accusé de réception contient, notamment, un récapitulatif de la commande ;
- commande et accusé de réception considérés comme reçus lorsque leur destinataire peut y avoir accès.

Confirmation des informations :

Art. 79 LPC (B to C) :

- Contenu : reprend les informations préalables (adresse, prix,...) et l'existence ou non d'un droit de renonciation,....
- Comment ? par écrit ou sur un "support durable" = par la Poste, par email (pas sur une page web !)
- Quand ? Au plus tard à la livraison (pour les produits), avant l'exécution (pour les services) ;
- Possibilité de grouper cette confirmation avec l'accusé de réception de la commande par courrier électronique.

3. La formation du contrat en ligne

3.1. Validité des contrats électroniques

- La plupart des exigences de forme sont façonnées par référence au support papier ;
- Développement des réseaux et du commerce électronique ;
- Quid des contrats "dématérialisés", conclus sans papier, via les réseaux ?
- Nécessité d'adapter notre droit des contrats

Art.9 directive e-commerce : " *Les états membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique*"
→ obligation d'adapter les législations contenant es exigences de forme susceptibles d'entraver la conclusion de contrats par voie électronique

Méthode : théorie des "équivalents fonctionnels" = lorsque la loi exige un écrit, une signature, des mentions manuscrites,... On peut utiliser un écrit électronique, une signature électronique, des mentions écrites au clavier,... pour autant que le même niveau de sécurité et de fiabilité soit atteint !

Exclusion de certaines catégories de contrats (LSSI, art. 17) :

- transfert ou création de droits sur biens immobiliers (exception : location) ;
- exigeant l'intervention des tribunaux, autorités publiques, notaires...
- sûretés et garanties fournies par des personnes agissant à des fins privées ;
- droit de la famille et droit des successions.

Application - la prévention blanc seing :

Le but est de protéger le consommateur contre le blanc seing (contrat non rempli) par le formalisme de la mention.

Dans l'environnement électronique, il existe d'autres moyens, plus efficaces que l'affichage d'une mention, pour éviter que certains éléments du contrat demeurent indéfinis. Dans une optique fonctionnelle, tout procédé permettant d'atteindre les finalités assignées à la forme sont valables.

3.2. Offre et acceptation

Offre (droit belge et droit français) :

- Proposition ferme de contracter (volonté d'être lié)
- Proposition précise et complète (éléments essentiels et substantiels du contrat) >< invitation à offrir ou offre de pourparlers
- Adressée à son destinataire (si déterminé) ou du moins extériorisée (si offre au public)
- Il suffit de l'acceptation de son destinataire pour que le contrat soit formé
- Tarifs et catalogues, expositions d'articles dans un magasin ou dans les étalages d'un supermarché = offre au public faite par le vendeur
- Publicité >< offre car une publicité est une offre si suffisamment précise pour être acceptée telle quelle et si volonté définitive de conclure un contrat. Sur le web, 1 simple clic sur une publicité renvoie à une offre !

Offre (droit anglais et droit allemand) :

- Tarifs, catalogues, expositions d'article dans un magasin ou dans les étalages d'un supermarché = "invitation à offrir"
- L'offre est faite par l'acheteur -> le vendeur est libre d'accepter ou de rejeter l'offre

Application : un site web commercial :

Le destinataire consulte le catalogue en ligne, remplit et envoie une formulaire de commande. Qui fait l'offre ? Selon le droit anglais et allemand, il s'agit d'un catalogue en ligne donc d'une invitation à offrir.

Le formulaire électronique de commande = offre faite par le destinataire

A contrario, pour le droit belge et français, le catalogue en ligne = offre faite par le prestataire. Le formulaire électronique de commande = acceptation par le destinataire.

3.3. Moment de la conclusion du contrat par voie électronique / sur le web

Contrats entre absents (droit comparé) :

- Théorie de l'expédition (France) : le contrat est conclu quand l'acceptation est envoyée à l'offrant ;
- Théorie de l'acceptation (Belgique, GB, Allemagne) : le contrat est conclu quand l'acceptation parvient à l'offrant = quand il a la possibilité d'en prendre connaissance.

Droit français : quand le destinataire envoie le formulaire de commande.

Droit belge : quand le prestataire reçoit la commande.

Droits anglais et allemand : quand le destinataire reçoit l'acceptation de sa commande par le prestataire.

Tentative d'harmonisation au niveau européen : proposition de directive sur le commerce électronique : le contrat était conclu au moment où le destinataire recevait du prestataire un accusé de réception de son acceptation. Mais impossibilité de trouver un consensus entre Etats Membres → pas d'harmonisation sur la question du moment de conclusion du contrat.

3.4. Lieu de la conclusion du contrat par voie électronique / sur le web

Théorie de la réception : le contrat est conclu au lieu de réception de l'acceptation. Si l'offrant est le prestataire => lieu d'établissement (LSSI, art 2, 4°).

Intérêt de la question ?

- En droit international privé : aucun ! (le lieu de formation du contrat n'est pas un critère de rattachement)
- En droit belge (C.Jud, art.624 et 635) : le lieu dans lequel les obligations en litige sont nées peut encore déterminer la compétence territoriale.

3.5. Examen de quelques mécanismes particuliers au regard de la formation des contrats

Systeme du double clic :

Premier clic = acceptation de l'offre et le 2e clic = confirmation de l'acceptation. Le 1er clic est donc nécessaire mais non suffisant. Le contrat n'est conclu qu'au second clic.

Accusé de réception de la commande :

Terminologie neutre : "commande".

Selon les droits belges et français : l'accusé de réception est postérieur à l'acceptation et n'a pas d'effet sur la formation du contrat.

Selon les droits anglais et allemand : l'accusé de réception n'est pas en soi une acceptation de l'offre du destinataire mais pourrait être interprétée comme telle par ce dernier ! Risques de confusion. Il y a donc la possibilité d'accuser réception en se réservant le droit de refuser ou d'accepter l'offre.

4. Le paiement en ligne

4.1. Paiement anticipé

Art. 80, §3, LPC (B to C) : "*aucun acompte ou paiement ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation.*"

Si pas le droit de renonciation, le vendeur peut exiger un paiement anticipé.
Si droit de renonciation, le vendeur doit :

- donner au consommateur la possibilité de payer ultérieurement (par exemple : choix entre paiement anticipé ou ultérieur)
- rembourser les sommes déjà versées par le consommateur, sans frais, dans les 30 jours de la notification de la renonciation.

Art. 80, §3, LPC : "*aucun acompte ou paiement ne peut être exigé (...) sauf si le vendeur prouve qu'il respecte les règles fixées par A.R. en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur*".

4.2. Moyens de paiement

Plusieurs moyens de paiement : paiement à la livraison, chèque, virement bancaire, virement électronique, carte de crédit, monnaie électronique,...

Paiement par carte de crédit :

La connaissance du numéro de carte et de sa date d'expiration suffisent.

Risques ? interception des données bancaires en cours de transmission et fraude du prestataire.

Solutions techniques ? SSL (Secure Sockets Layer) = cryptage des données transférées ou SET (Secure Electronic Transaction) = les données sont cryptées et envoyées directement à l'organisme financier => le prestataire n'a pas accès aux données bancaires.

Recommandation européenne 1997 :

Partage des risques càd le titulaire de la carte a l'obligation de notifier à l'émetteur, dès qu'il en a connaissance de la perte ou le vol de la carte de crédit ou des moyens qui en permettent l'utilisation, l'imputation sur son relevé de toute opération effectuée sans son accord ou toute erreur ou irrégularité constatée sur les relevés.

En cas d'utilisation frauduleuse d'une carte de crédit sans présentation physique ou sans identification électronique (par exemple : signature électronique, pas code confidentiel !), la responsabilité du titulaire n'est pas engagée.

Objectif : responsabiliser les émetteurs en les obligeant à mettre en place des systèmes de sécurité sur les paiements en ligne.

L. du 17-VII-02 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, art. 8, §4 : "*la responsabilité du titulaire n'est pas engagée si l'instrument de transfert électronique de fonds a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique*".

5. Les moyens de revenir sur son engagement

5.1. Droit de rétractation, de renonciation du consommateur

- Au moins 7 jours ouvrables à partir de la livraison du produit ou à partir de la conclusion du contrat de service ;
- Sans pénalité, ni indication du motif ;
- Exceptions pour certains produits ou services :
- Obligation de remboursement des sommes déjà payées :
- Obligation d'information (a priori et a posteriori) sinon sanctions : délai de renonciation prolongé à 3 mois ou assimilation à une vente forcée ! (LPCC, art. 80)

5.2. Annulation du contrat : vices du consentement (erreur)

Types d'erreurs :

Non spécifiques aux contrats électroniques : erreurs intellectuelles telles que malentendu, représentation erronée de la réalité.

Remède ? description précise du produit ou service.

Spécifiques aux contrats électroniques :

- Contrat conclu suite à une mauvaise manipulation. Remède ? indication des étapes du processus contractuel ;
- Contrat conclu deux fois par erreur. Remède ? accusé de réception de la commande ;
- Erreurs dans la saisie des données. Remèdes ? possibilité d'arrêter le processus tant qu'on n'a pas validé la commande, possibilité de modifier les détails de la commande pendant le processus (boutons de correction) ou invitations à vérifier et à valider les détails de la commande à la fin du processus

Conditions :

Pour entraîner la nullité du contrat, l'erreur doit être substantielle (qui a déterminé le consentement), commune (l'autre partie devait connaître l'importance essentielle de la qualité faisant défaut). Preuve de l'erreur ? par toutes voies de droit. La suite pourrait avoir été modifiée (corrigé) entre-temps,...

Deuxième partie

La deuxième partie du cours consiste en l'examen de cas pratiques autour de certains thèmes relatifs à des problématiques d'ordre juridique liées à des spécificités informatiques.

Les cas pratiques seront examinés, en fonction du temps disponible, à l'aide notamment de fiches techniques rédigées par l'AWT.¹⁹

Parmi les problématiques qui pourront être abordées, citons :

- Aspects juridiques de l'e-business
- Les noms de domaine
- Cybersquatting
- La sécurité informatique
- Liens hypertextes et meta-tags
- Spamming
- Signature électronique
- La criminalité informatique
- ...

Toutes ces fiches sont accessibles via le site de l'AWT ; outre ces fiches, la rubrique « Focus d'actualité » aborde les principales problématiques relatives à la sécurité et aux aspects juridiques du monde de l'informatique.

Il est évident que l'évolution rapide et constante des TIC nécessite une actualisation permanente des connaissances dans ce domaine.

CONCLUSION

Le cours d'initiation au droit informatique, comme son nom l'indique, ne saurait aborder en 20 périodes l'ensemble des problématiques juridiques liées aux TIC.

Ce cours a pour objectif de donner les bases juridiques nécessaires à la prise de conscience des difficultés juridiques que tout informaticien (ou utilisateur de l'informatique) est susceptible de rencontrer devant son ordinateur.

« *Nemo censeatur ignorare legem* »²⁰

¹⁹ AWT : Agence Wallonne des Télécommunications , dont le portail des Technologies de l'Information et de la Communication est accessible à l'adresse : <http://www.awt.be/index.aspx>

²⁰ « Nul n'est censé ignorer la loi ». C'est bien ce que signifie ce principe général de droit. Par conséquent, si vous n'avez pas respecté une certaine loi, vous ne pourrez pas prétexter que vous ne la connaissiez pas.