

Le régime juridique du spam



Par Alexandre Diehl

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

Nos boîtes aux lettres mail sont chaque jour plus ou moins infestées de spam plus ou moins « propre », émanant de sociétés plus ou moins honnêtes. A tel point que cela fait partie de notre quotidien. Pourtant, la loi s'applique également à ce type de nuisance et nous nous devons de réagir pour ne pas nous laisser envahir. La juridiction prévoit de nombreux cas et la CNIL veille. Voici, décrits dans cet article, le régime juridique qui régit le spam par mail et les différentes façons de vous en prémunir. Et ce que risquent les spammeurs...

Le spam via les messages mail est bien connu de tous, craint, puis méprisé, puis intégré à notre vie de tous les jours, au point qu'il est désormais normal d'avoir un filtre anti-spam et souvent une seconde adresse email pour mieux gérer ces éventuels « pourriels ».

Il est assez peu connu que la loi a très vite mis en place des limites, des règles à suivre et surtout des sanctions pénales à la pratique du spam (ou spamming). Il est encore plus étonnant de voir dans la vie quotidienne que ces règles sont en fait très peu appréhendées par le grand public et les professionnels. Petit tour d'horizon.

La notion de spam

Il est toujours intéressant de noter les différences entre la justesse de la définition juridique et les notions utilisées dans la langue de tous les jours.

Dans notre langage commun, un spam est avant tout un email non souhaité et très souvent indésirable, fréquemment à but de promotion d'un produit ou d'un service. Au fur et à mesure de l'avancée des technologies, les forums, les pop-ups, les messages vocaux (surtout aux US), puis les SMS et maintenant les *ping calls* sont devenus quotidiens. Le terme est même désormais utilisé pour le référencement abusif sur les moteurs de recherche, sous le terme de spamdexing qui est, en réalité, régi par des règles juridiques complètement différentes, comme nous l'avions d'ailleurs traité dans la Lettre Recherche et Référencement du mois de Mars 2009.

Pourtant, la loi avait prévu des règles strictes encadrant cette pratique dès les années 1970, même s'il a fallu attendre la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (2002/58) pour avoir une définition du spam, à savoir un « message de prospection directe non sollicité ». Toutefois, il est important de souligner que la directive a pour but de protéger la loi et si la notion de spam est limitée à un message de prospection directe, c'est bien celle-ci qui est combattue. Ainsi, le considérant (sorte de préambule d'une directive) précise :

« Il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS). Si ces formes de communications commerciales non sollicitées peuvent être relativement faciles et peu onéreuses à envoyer, elles peuvent, en revanche imposer une charge et/ou un coût à leur destinataire. En outre, dans certains cas, leur volume peut poser un problème pour les réseaux de communications électroniques et les équipements terminaux. S'agissant de ces formes de communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, il est justifié d'exiger de l'expéditeur qu'il ait obtenu le consentement préalable du destinataire avant de les lui envoyer. Le marché unique exige une approche harmonisée à cet égard afin que les entreprises comme les utilisateurs disposent de règles simples s'appliquant à l'échelle de l'Union ».

Les règles régissant l'envoi de messages de prospection directe non sollicités

Le régime juridique s'articule principalement autour du concept d'opt-in et d'opt-out. Comme à l'accoutumée, ce sont les Etats-Unis qui ont innové en la matière et ont ensuite enjoint l'Europe d'adopter un régime similaire.

Aux USA, le principe général du message de prospection directe est basé sur l'opt-out, à savoir la possibilité d'envoyer des messages sans avoir reçu d'accord préalable, mais toujours avec la possibilité pour le récipiendaire de se désinscrire (avec le fameux lien en bas de mail). Il existe évidemment des exceptions à ce principe.

En Europe, le principe général repose sur l'opt-in, à savoir la nécessité d'obtenir préalablement l'accord de l'intéressé pour pouvoir lui envoyer des messages de prospection directe. L'article 13 de la directive de 2002 précise : « L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable ». Ce principe est en réalité dans la continuité de la Directive de 1995 sur la protection des données personnelles et de la loi française « Informatique et Libertés » de 1978 reposant sur un principe d'accord préalable pour le traitement de données personnelles.

Principe de consentement préalable

Le principe de la collecte du consentement est effectivement posé par l'article 7 de la loi « Informatique et Libertés », qui précise qu'on ne peut recueillir les données personnelles de quelqu'un que :

- Si cette personne a donné son accord, ou
- Pour respecter une loi ou une obligation légale, ou
- Pour la sauvegarde de la vie de la personne concernée, ou

- Pour l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable du traitement, ou
- Pour l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci, ou encore
- Pour la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée

En d'autres termes, sauf exception, il faut le consentement de la personne concernée.

En revanche, il est important de comprendre que ce consentement s'applique à une déclaration faite par l'entité qui collecte les données. Par exemple, si je collecte une adresse mail en disant que je vais revendre cette adresse à des partenaires, mécaniquement le consentement est attaché à cette transmission de telle sorte que le nouveau récipiendaire a, lui aussi, le consentement. Et ce, ainsi de suite. C'est d'ailleurs sur ce principe que se constituent les fameuses bases de données « opt-in » qui permettent de faire de la prospection. Le moment et la manière de la collecte de la donnée et du consentement sont donc centraux.

En pratique, il est fréquent que la collecte ait lieu dans le cadre d'un jeu en ligne, de l'achat d'un service ou produit en ligne ou d'une inscription à un service. Il faut alors bien lire les Conditions Générales ou Mentions Légales pour voir ce qui pourra être fait des données que l'on fournit, lecture que très peu d'internautes font.... Se plaignant ensuite de recevoir des messages alors qu'ils ont effectivement bien donné leur accord.

Les professionnels, avec la bienveillance de la CNIL, ont créé des listes d'opposition connues sous le terme « liste Robinson ». Ces listes existent depuis plusieurs années et sont gérées aujourd'hui par l'UFMD (<http://www.ufmd.org/>) sous l'égide de la CNIL.

Exceptions au principe de consentement préalable

Toutefois, ce principe général comprend plusieurs subtilités et exceptions :

- En fonction de la relation passée entre l'émetteur du message de prospection et le récipiendaire :

L'article L.34-5 du Code des Postes et Communications Electroniques (CPCE) dispose que « la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui (...) à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées au moment où elles sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé au cas où il n'aurait pas refusé d'emblée une telle exploitation ».

En d'autres termes, la règle de l'opt-in n'est pas obligatoire à l'égard de ses propres clients que l'on a eu dans le passé pour des services et/ou produits analogues.

Dans ce cas, l'adresse email ne peut pas être « revendue » à des tiers puisque seule la même entité a le droit de prospecter pour ses propres produits et services analogues.

- En fonction de la nature du récipiendaire :

A plusieurs reprises, la directive précise que les principes protecteurs de la vie privée concernent les personnes physiques et non les professionnels. Bien que ce principe n'ait pas été repris tel quel dans la loi, il n'en reste pas moins que la CNIL a, elle, précisé que le principe d'opt-in ne s'applique pas aux adresses génériques (info@nomsociete.fr, contact@nomsociete.fr, commande@nomsociete.fr). En effet il s'agit là de coordonnées de personnes morales, et ne sont donc pas soumises aux principes du consentement et du droit d'opposition. Toutefois, il est nécessaire de préciser l'identité de l'annonceur et de proposer un moyen simple de s'opposer à la réception de tels messages. Cette opposition prend généralement la forme d'un lien hypertexte en fin de message, de type « si vous ne souhaitez plus recevoir nos offres, cliquez ici ».

Les droits des personnes prospectées

Puisque toute la réglementation est axée autour du consentement des personnes prospectées, celles-ci ont de nombreux droits principalement connus sous le terme « droit d'accès et de rectification ». En effet, aux termes de la loi « Informatique et Libertés », toute personne physique a le droit de demander à la personne qui prospecte :

« 1° la confirmation que des données à caractère personnel la concernant font ou ne font pas l'objet d'un traitement ;

2° les informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données à caractère personnel traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées ;

3° le cas échéant, des informations relatives aux transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne ;

4° la communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci. » (article 39)

Une copie des données à caractère personnel est alors délivrée à l'intéressé à sa demande.

Ainsi, il est possible d'obtenir copie des données personnelles possédées par la personne concernée et de savoir d'où viennent les données qu'elle détient. En d'autres termes, si la société qui prospecte utilise en fait les services d'un prestataire, la personne concernée le saura, et pourra connaître le chemin de ses données personnelles.

La personne concernée peut ensuite s'opposer au traitement, demander à mettre à jour ou rectifier ses données personnelles et/ou définitivement effacer celles-ci. Si la personne veut que ses données personnelles soient totalement effacées, par la société, mais aussi par les différents prestataires et plus généralement toute la chaîne des utilisateurs de ses données personnelles, elle pourra se fonder sur l'article 40 de la loi Informatique et libertés qui dispose que « *si une donnée a été transmise à un tiers, le responsable du traitement doit accomplir les diligences utiles afin de lui notifier les opérations qu'il a effectuées* ».

Le fait de ne pas répondre à une demande est punie d'une amende de 5^{ème} classe, donc limitée à 1 500€. Toutefois, la vraie sanction est que la personne peut contacter la CNIL qui, elle, va ensuite enquêter. En revanche, toute tentative de limiter l'action de la CNIL ou de ne pas lui répondre est désormais puni d'un an de prison et 15 000 € d'amende.

Les sanctions et les pouvoirs de la CNIL

La violation des principes généraux de la loi « Informatique et Libertés », comme l'envoi de spams malgré l'opposition de la personne ou encore en l'absence de consentement de celle-ci, est punie d'un an de prison et 15.000€, voire plus pour certaines infractions.

Le fait de ne pas mettre le lien de désabonnement (ou plus précisément ne pas « indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications ») ou un lien cassé peut être sanctionné d'une amende de 15.000€ maximum. D'un point de vue pratique, s'il n'y a pas de lien, que la personne veut absolument demander la suppression de ses données et que l'identité de l'émetteur n'est pas précisée, il faut alors contacter la CNIL qui pourra faire respecter les droits de la personne concernée.

Dans la pratique, la CNIL dispose en effet de très larges pouvoirs et compétences en matière de contrôle et de sanction. Ainsi, les agents de la CNIL peuvent accéder aux locaux des entreprises entre 6h et 21h pour procéder à toute vérification, peuvent demander n'importe quel document, donnée ou élément, peuvent demander à accéder à n'importe quel système. Les agents peuvent intervenir avec des experts externes, comme par exemple, un médecin en cas d'accès à des données médicales.

De plus, en dehors des contrôles sur place et sur convocation, la CNIL peut procéder à toute constatation utile ; en ligne, elle peut consulter les données librement accessibles ou rendues accessibles, y compris par imprudence, par négligence ou par le fait d'un

tiers, le cas échéant en accédant et en se maintenant dans des systèmes le temps nécessaire aux constatations.

La CNIL peut prononcer seule des amendes allant jusqu'à 150 000 € dans la limite du possible évidemment. Au-delà, c'est à un juge de prononcer des sanctions plus lourdes.

Enfin, la CNIL a une arme redoutable consistant à faire des conférences de presse, communiquer sur Twitter ou sur son site en cas d'infractions commises par des sociétés. La CNIL n'hésite pas à préciser l'ampleur et la nature des infractions, créant un bad buzz bien plus douloureux qu'une amende de quelques milliers d'euros.

Compte tenu de la politique et de la volonté des pouvoirs successifs de garantir le respect de la vie privée, la CNIL dispose de moyens accrus chaque année et surtout d'une latitude réelle donnée par le Gouvernement. Ainsi, les vérifications, contrôles, médiatisations et même sanctions de la CNIL sont aujourd'hui des réalités qu'il ne faut pas sous-estimer.



Alexandre Diehl, *Avocat à la Cour, cabinet Lawint (<http://www.lawint.com/>)*