

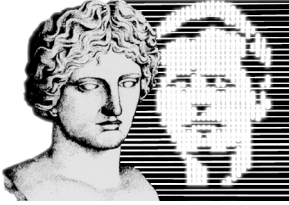
# LE PUBLIPOSTAGE ÉLECTRONIQUE ET LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

**Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés**

*Rapport présenté par Madame Cécile Alvergnat,  
adopté le 14 octobre 1999*

*Groupe de travail :*

- Mme Cécile Alvergnat, commissaire rapporteur*
- M. Marcel Pinet, commissaire*
- M. Didier Gasse, commissaire*
- M. Joël Boyer, secrétaire général, chargé des affaires juridiques*
- Mme Marie Georges, chef de la mission "télécommunications, services en ligne, relations avec les correspondants étrangers"*
- M. Etienne Drouard, attaché à la mission "télécommunications, services en ligne, relations avec les correspondants étrangers"*
- M. Laurent Caron, attaché à la direction juridique*



Commission Nationale  
de l'Informatique et des Libertés

## **DÉLIBÉRATION N° 99-048 DU 14 OCTOBRE 1999 PORTANT ADOPTION DU RAPPORT RELATIF AU PUBLIPOSTAGE ÉLECTRONIQUE ET LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES**

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés,

Vu la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, pris ensemble le décret n° 78-774 du 17 juillet modifié ;

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ;

Après avoir entendu Madame Cécile Alvergnat en son rapport et Madame Charlotte-Marie Pitrat, commissaire du gouvernement, en ses observations ;

Considérant que l'envoi de messages électroniques de prospection, quelle qu'en soit la nature, commerciale ou non, repose sur la collecte préalable d'adresses électroniques; que l'adresse électronique constitue une donnée personnelle au sens des législations de protection des données et de la directive européenne du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ;

Considérant que les conditions dans lesquelles les adresses électroniques peuvent être collectées sur internet doivent, dès lors, respecter les règles édictées par ces législations et les droits des personnes concernées ;

Considérant qu'une réflexion est actuellement menée, en Europe et dans le monde, sur le cadre juridique et technique adéquat pour assurer l'effectivité de ces principes ;

DÉCIDE :

- d'adopter le rapport relatif au publipostage et la protection des données personnelles annexé à la présente délibération ;
- d'adresser ce rapport aux pouvoirs publics ainsi qu'aux organismes et associations représentatifs des acteurs concernés par le publipostage électronique ;
- de communiquer ce rapport aux autorités de contrôle des Etats membres de l'Union européenne réunies au sein du groupe institué par l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 précitée ;
- de publier ce rapport sur le site internet de la CNIL.

Michel GENTOT

# SOMMAIRE

## *Le publipostage électronique et la protection des données personnelles*

<b>I - PRÉSENTATION DU PROBLÈME</b> .....	p. 1
A - Qu'est ce que le publipostage électronique ? .....	p. 1
B - L'objet du présent du document .....	p. 2
C - Le problème posé au regard de la protection des données personnelles .....	p. 2
D - Méthode travail .....	p. 3
1 - Etude des garanties reconnues en Europe à l'égard des autres modes de démarchage .....	p. 3
2 - Consultation des acteurs .....	p. 3
3 - Etude des droits et pratiques hors de l'Union européenne .....	p. 3
<b>II - LES TECHNIQUES DE DÉMARCHAGE ET LES GARANTIES RECONNUES AUX PERSONNES</b> .....	p. 4
A - La prospection par voie postale : information préalable et droit d'opposition .....	p. 4
1 - Collecte directe .....	p. 4
2 - Collecte indirecte .....	p. 4
B - La prospection par téléphone : droit d'opposition ou exigence du consentement .....	p. 5
C - La prospection par télécopie : du droit d'opposition à l'exigence du consentement .....	p. 5
D - La prospection par automate d'appels: exigence du consentement .....	p. 5
E - Le publipostage électronique : à caractéristiques nouvelles, nouvelles garanties .....	p. 6
1 - Une prospection à très faible coût pour le prospecteur .....	p. 6
2 - Une prospection et une diffusion coûteuse pour les internautes .....	p. 6
3 - Une prospection "intrusive" et directement ciblée .....	p. 6
<b>III - LES PRESCRIPTIONS EUROPÉENNES CONCERNÉES</b> .....	p. 7
A - La directive générale 95/46 du 24 octobre 1995 .....	p. 7
1 - Le principe de finalité .....	p. 7
2 - La légitimité du traitement .....	p. 7
3 - La loyauté de la collecte .....	p. 7
4 - L'information des personnes .....	p. 7
5 - Le droit d'opposition .....	p. 7
B - La directive "télécommunications" 97/66 du 15 décembre 1997 .....	p. 8
C - La directive "vente à distance" 97/7 du 20 mai 1997 .....	p. 8
D - La combinaison des textes européens existants .....	p. 8

<b>IV - LES POSITIONS DES ACTEURS CONCERNÉS ET DES ORGANISMES ET ASSOCIATIONS REPRÉSENTATIFS</b> .....	p. 10
A - Les internautes ou associations représentatives .....	p. 10
1 - La situation des internautes .....	p. 10
2 - La position de l'ISOC .....	p. 10
3 - La position de l'Euro-CAUCE .....	p. 11
4 - La position de l'UNAF .....	p. 11
B - Les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs de services techniques .....	p. 12
1 - La position de l'AFA .....	p. 12
2 - Les gestionnaires de messageries électroniques et de listes de diffusion (le C.R.U) .....	p. 13
C - Les associations de professionnels .....	p. 14
1 - La position de GESTE .....	p. 14
2 - La position de l'AFTEL .....	p. 14
3 - La position de l'IAB .....	p. 15
4 - La position de la FEVAD .....	p. 15
5 - La position du MEDEF .....	p. 15
D - Les organismes de normalisation et de régulation .....	p. 16
1 - La position de l'AFNOR .....	p. 16
2 - La position de l'International Chamber of Commerce .....	p. 16
<b>V - DROIT ET PRATIQUES HORS DE L'UNION EUROPÉENNE</b> .....	p. 17
A - Aux Etats-Unis .....	p. 17
B - Au Japon .....	p. 18
<b>CONCLUSIONS</b> .....	p. 19
A - La véritable portée du problème : la collecte des e-mails dans les espaces publics de l'internet .....	p. 19
- Publipostage électronique à l'égard de clients ou de visiteurs d'un site web : information préalable et droit d'opposition (case à cocher) .....	p. 19
- Publipostage électronique à l'égard de prospects, à partir de listes de mails fournies par un tiers: information préalable et droit d'opposition à la cession à un tiers (case à cocher) .	p. 19
- Publipostage électronique à l'égard de prospects à partir de mails collectés dans les espaces publics de l'internet : déloyauté de la collecte, sauf consentement de l'internaute (opt-in) .	p. 20
B - Le retour aux principes : la directive du 24 octobre 1995 .....	p. 21
- Principe de finalité : respecter la finalité des espaces de discussion et des listes de diffusion	p. 21
- Légitimité du traitement : pas de prospection électronique sans consentement .....	p. 21
- Information préalable : pas de collecte à l'insu des personnes .....	p. 21
- Droit d'opposition : pouvoir s'opposer à la collecte de son e-mail à des fins de prospection .	p. 21
C - Assurer l'effectivité des principes de protection des données .....	p. 22
<i>Notes</i> .....	p.23
<i>Annexes</i> .....	<i>document joint</i>

# I - PRÉSENTATION DU PROBLÈME

## A - Qu'est-ce que le publipostage électronique ?

Le “publipostage électronique” est l’envoi de messages électroniques à un ou plusieurs destinataires dont le nombre peut varier de quelques dizaines à plusieurs centaines de milliers, voire plusieurs millions. Il repose sur la collecte préalable d’adresses électroniques (e-mails) auxquelles seront adressés des messages électroniques.

*Au regard des législations de protection des données personnelles, une adresse électronique est évidemment une information nominative : directement nominative lorsque le nom de l’internaute figure dans le libellé de l’adresse ; en tout état de cause, toujours indirectement nominative dans la mesure où toute adresse électronique est associée à un nom et à une adresse physique. De surcroît, à la différence d’autres catégories de données personnelles (numéro de téléphone, plaque minéralogique, etc.), une adresse électronique fournit dans bien des cas de nombreux renseignements sur la personne : son nom, son lieu de travail, son fournisseur de messagerie ou son fournisseur d’accès, son pays d’établissement, etc.*

Le publipostage électronique peut être un support de communications de natures différentes : commerciale, bien évidemment, mais aussi politique, ou relevant du prosélytisme religieux, cultuel ou sectaire, ou encore concernant des produits ou services à caractère pornographique, etc.

Cette activité fait actuellement l’objet d’un important débat, en Europe, aux Etats-Unis et dans l’ensemble de l’internet, presque exclusivement consacré à la prospection commerciale électronique.

La forme la plus controversée de publipostage électronique est appelée “spamming”. Cette expression trouve son origine dans un sketch des Monty Python, dans lequel deux personnes parlant de saucisson (“spam”), répètent le mot “spam” tous les deux ou trois mots (“spam”), jusqu’à (“spam”) l’exaspération (“spam”) des spectateurs (“spam”)!

*Le “spamming” est l’envoi massif -et parfois répété- de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec lesquelles l’expéditeur n’a jamais eu de contact et dont il a capté l’adresse électronique dans les espaces publics de l’internet : forums de discussion, listes de diffusion, annuaires, sites web, etc.*

Les formes les plus contestées de “spamming” consistent pour l’expéditeur à falsifier ou à masquer son identité ou encore à usurper l’adresse électronique d’un tiers, afin de ne pas être identifié.

Le “spamming” a tendance à monopoliser le débat actuellement en cours sur les garanties qui devraient être reconnues aux personnes susceptibles de faire l’objet d’opérations de publipostage électronique. Il ne constitue, cependant, qu’une des formes de publipostage électronique.

## **B - L'objet du présent document**

Une proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur<sup>1</sup>, actuellement en cours de discussion, souhaite offrir un encadrement juridique des communications commerciales électroniques non sollicitées harmonisé au niveau européen. Cette directive devrait être adoptée définitivement à la fin du premier trimestre de l'an 2000. C'est ce projet de texte et ce calendrier qui commandent une réflexion approfondie de la part des autorités de protection des données.

*La pratique du publipostage électronique soulève cependant des questions qui excèdent le seul champ du commerce électronique et mettent en cause, de manière générale, les règles de protection des données personnelles, notamment les dispositions de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 et, en France, de la loi du 6 janvier 1978.*

La présente étude a pour objet d'identifier les problèmes que soulève le publipostage électronique, quelle qu'en soit la nature, au regard des règles de protection des données personnelles, d'évaluer les caractéristiques du publipostage électronique par rapport aux formes plus traditionnelles de prospection et de formuler, sur la base notamment des textes européens applicables à la matière et des observations des professionnels concernés, des propositions qui devraient contribuer à l'émergence d'un encadrement juridique et technique sûr et efficace de la pratique du publipostage électronique.

L'apport de cette étude aux débats en cours sur cette question au niveau national et européen doit conduire à la transmettre aux organisations professionnelles concernées, aux associations représentatives des consommateurs ou des internautes, aux pouvoirs publics ainsi qu'au groupe, institué par l'article 29 de la directive européenne du 24 octobre 1995, réunissant les autorités de protection des données des Etats membres de l'Union européenne.

## **C - Le problème posé au regard de la protection des données personnelles**

*Au regard des règles de protection des données personnelles, le problème posé par le publipostage électronique est double :*

- il s'agit, tout d'abord, de déterminer les conditions dans lesquelles des données personnelles (ici, l'e-mail) peuvent être collectées et utilisées à des fins de prospection;*
- il s'agit, ensuite, d'apprécier les garanties qui doivent être mises en oeuvre pour permettre aux personnes, le cas échéant, de s'opposer à faire l'objet de prospections.*

Il est à souligner que l'avis du Parlement européen sur la proposition de directive européenne sur le commerce électronique affiche pour la première fois aussi explicitement que "la nature planétaire des communications électroniques" ne doit pas dissuader ou décourager les efforts à entreprendre pour "établir un cadre réglementaire européen approprié" et "parvenir à une position de négociation commune et forte dans les instances internationales" (considérant 5 ter).

La Commission européenne a, le 23 décembre 1998, transmis au Parlement européen une première proposition de directive qui prévoyait, dans son article 7 relatif aux “communications commerciales non sollicitées”, que le caractère commercial d’un message électronique de cette nature devrait être immédiatement identifiable par son destinataire.

Le Parlement européen a souhaité que la nature des garanties reconnues aux personnes à l’égard des prospections commerciales électroniques non sollicitées soit explicitement tranchée par le texte européen. Le Parlement a souhaité qu’un choix soit fait parmi deux solutions possibles :

- la garantie du consentement (solution du “opt-in”) : la collecte d’une adresse électronique -et l’utilisation commerciale qui peut en découler- est subordonnée au consentement préalable de la personne concernée ;
- le droit d’opposition (solution du “opt-out”) : toute adresse électronique accessible sur internet peut être utilisée à des fins de prospection dès lors que les personnes concernées sont mises en mesure de s’opposer à recevoir de tels messages.

La proposition d’amendement adoptée par le Parlement le 6 mai 1999 complète le texte de la Commission européenne qui prévoyait déjà qu’un courrier électronique non sollicité à caractère commercial devait être identifié en tant que tel, en précisant, d’une part, qu’un fichier d’opposition (registre “opt-out”) doit être mis en oeuvre de sorte que les internautes refusant de recevoir des messages de prospection puissent s’y inscrire et que les prospecteurs puissent ainsi expurger leurs fichiers de prospection des adresses des internautes ayant exercé leur droit d’opposition et, d’autre part, que les lois nationales doivent faire obligation aux prestataires d’informer leurs clients des règles de protection des données conformément aux deux directives relatives à la protection des données personnelles (directive générale 95/46 et “télécoms” 97/66).

En l’état, c’est donc la solution du “opt-out” qui a la faveur du Parlement européen.

## **D - Méthode de travail**

### **1 - Etude des garanties reconnues en Europe à l’égard des autres modes de démarchage.**

#### **2 - Consultation des acteurs :**

Les organismes ou associations représentatifs des acteurs concernés par le phénomène du publipostage électronique, à compétence nationale ou internationale, ont été consultés dans le cadre de cette étude : internautes, fournisseurs d’accès à internet, gestionnaires de services de messagerie électronique et de listes de diffusion, organismes de normalisation, professionnels du commerce et de l’édition de contenus électroniques, de la publicité électronique, de la vente à distance, etc. Un courrier a été adressé le 11 août 1999 aux organismes les plus représentatifs de ces divers secteurs et groupements d’intérêts afin de recueillir par écrit, après les avoir rencontrés, leurs observations.

#### **3 - Etude des droits et pratiques hors de l’Union européenne.**

## II - LES TECHNIQUES DE DÉMARCHAGE ET LES GARANTIES RECONNUES AUX PERSONNES

*La protection actuellement reconnue aux personnes à l'égard des diverses formes de prospection fait l'objet d'une gradation, allant du droit d'opposition au consentement, selon le degré d'intrusion dans la vie privée, le risque d'atteinte à la tranquillité ou la possibilité ou non de refouler effectivement et préalablement la communication commerciale non sollicitée.*

### A - La prospection par voie postale : information préalable et droit d'opposition

Deux situations sont à distinguer.

#### 1 - Collecte directe :

Dans le cas où l'action de prospection est menée en direction de clients ou de personnes avec lesquels le prospecteur a déjà été en contact direct, le prospecteur doit, lors de la collecte, informer les personnes de l'éventuelle utilisation des données collectées à des fins de prospection (obligation d'information et principe de finalité). Les personnes concernées peuvent d'emblée, ou ultérieurement à tout moment, demander que leurs coordonnées ne soient plus utilisées par l'opérateur concerné à des fins de prospection. Il s'agit là d'une application classique du droit d'opposition prévu par l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 et l'article 14 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995.

#### 2 - Collecte indirecte :

Dans le cas où l'action de prospection est menée à l'égard de personnes avec lesquelles le prospecteur n'a pas eu préalablement de contact direct, mais dont il a pu se procurer les coordonnées par l'achat, la location ou la mise à disposition d'un fichier provenant d'une société tierce, le code de déontologie des opérateurs de marketing direct recommande, en accord avec la CNIL, que le prospecteur s'assure qu'il utilise un fichier régulièrement déclaré à la CNIL, étant entendu que les personnes concernées auront dû, lors de la fourniture des informations les concernant, être informées de la possibilité que ces informations soient cédées à des tiers à des fins de prospection commerciale et être mises en mesure de s'opposer à une telle cession. Les coordonnées des personnes n'ayant pas exercé leur droit d'opposition antérieurement à la cession pourront être cédées à des tiers à des fins de prospection.

La personne pourra ultérieurement, à tout moment, demander la radiation des informations la concernant figurant dans les fichiers de prospection utilisés par le prospecteur. Pour faciliter les demandes de radiation, la Fédération des Entreprises de Vente à Distance (FEVAD, anciennement Syndicat des Entreprises de Vente Par Correspondance et à Distance) a mis en place un système baptisé "Stop publicité" (fichier d'opposition dans lequel peut s'inscrire toute personne refusant de recevoir de la publicité), désormais accessible en ligne et grâce auquel cette association professionnelle transmet les demandes de radiation à l'ensemble de ses adhérents.

Ces prescriptions sont les mêmes, en pratique, pour les informations diffusées dans l'annuaire téléphonique des abonnés de France Télécom, qui constitue le plus important fichier français de prospection possible.

Le prospecteur peut utiliser les coordonnées des personnes figurant dans l'annuaire, une fois expurgée de celles des personnes qui se sont inscrites -gratuitement- en liste "orange". La méconnaissance de l'opposition exprimée par les personnes inscrites en liste "orange" est réprimée par l'article R. 10-1 du code des P&T, qui renvoie aux dispositions de l'article 226-18 du code pénal (peines pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 2.000.000 francs d'amendes).

Dans le cas de la prospection postale, les garanties reconnues aux personnes sont donc, d'une part, une information préalable sur l'usage des données, d'autre part, le droit d'opposition.

### **B - La prospection par téléphone : droit d'opposition ou exigence du consentement**

En France, la prospection par téléphone est soumise aux mêmes exigences légales que la prospection par voie postale (information et droit d'opposition).

Il est cependant à relever que dans certains Etats européens (Allemagne, Autriche, Luxembourg), la prospection par téléphone est, en raison de son caractère particulièrement intrusif, subordonnée au recueil préalable du consentement des personnes concernées.

### **C - La prospection par télécopie : du droit d'opposition à l'exigence du consentement**

En France, la prospection par télécopie obéit au régime juridique du droit d'opposition : toute personne peut s'opposer gratuitement à faire l'objet de prospections par télécopie en s'inscrivant dans la liste "safran"<sup>2</sup>.

Sur ce point, la norme européenne est désormais plus exigeante que la loi française : l'article 12 de la directive 97/66, actuellement en cours de transposition en France, subordonne en effet la prospection par télécopie au le consentement préalable des personnes.

### **D - La prospection par automate d'appels : exigence du consentement**

En France, depuis 1985 et de manière constante, la CNIL subordonne au consentement exprès des personnes l'utilisation d'automates d'appels dans des opérations de prospection.

L'article 12 de la directive 97/66 relative à la protection des données personnelles dans le secteur des télécommunications, actuellement en cours de transposition en France, a consacré cette doctrine française (recueil du consentement exprès des personnes à défaut duquel les automates d'appels ne peuvent pas être utilisés dans des opérations commerciales).

## **E - Le publipostage électronique : à caractéristiques nouvelles, nouvelles garanties**

### **1 - Une prospection à très faible coût pour le prospecteur :**

A la différence de la prospection traditionnelle, dans laquelle l'expéditeur supporte entièrement les frais de prospection (qu'elle soit postale, téléphonique ou par télécopie), la prospection électronique est quasiment à coût nul pour le prospecteur : il est possible de se procurer sur Internet pour des sommes modiques<sup>3</sup> des CD-ROM contenant jusqu'à 60 millions d'adresses électroniques.

Quant aux frais de production et de diffusion des communications commerciales, ils sont dans le cas du publipostage électronique sans commune mesure -quelques centaines de francs- avec ceux générés par des envois postaux -fabrication d'une maquette, coût du papier, mise sous pli, affranchissement-, qui peuvent atteindre plusieurs dizaines de millions de francs. La prospection téléphonique, quant à elle, nécessite la mobilisation de personnels en grand nombre.

Ces données expliquent le développement de la prospection par télécopie durant des tranches horaires à tarif réduit (la nuit) ou le soutien que les professionnels ont apporté, dans un premier temps au moins, aux automates lanceurs d'appels et de messages commerciaux préenregistrés. Cependant, les abus ont été tels dans ces deux derniers domaines, que la CNIL, puis les professionnels eux-mêmes et, enfin, la réglementation européenne<sup>4</sup> ont subordonné l'usage d'automates d'appels et la prospection par télécopie à de fortes contraintes : un système de consentement exprès ("opt in") dans les deux cas.

*Plus le coût de la prospection est faible, plus les risques d'abus sont réels. C'est pourquoi plus le coût de la prospection est faible, plus les droits garantis aux personnes sont forts. Or, la prospection électronique est la moins coûteuse de toutes les formes de prospection existantes. Cette tendance lourde doit également faire partie de la réflexion.*

### **2 - Une prospection et une diffusion coûteuse pour les internautes :**

L'internaute, qu'il lise ou non le message qui lui est adressé, supporte les frais de réception des messages induits par la récupération de courriers commerciaux non sollicités. Ainsi, AOL déclarait, en mars 1999, recevoir 1,8 millions de "spams" par jour. En admettant qu'un utilisateur moyen mette dix secondes pour rapatrier les messages qui lui sont destinés, le coût global pesant sur les abonnés d'AOL recevant des "spams" peut être évalué à 90.000 francs par jour, à rapprocher des quelques centaines de francs que l'expéditeur du message aura utilisé pour entrer en contact avec les internautes.

### **3 - Une prospection "intrusive" et directement ciblée :**

L'e-mail est une boîte aux lettres ouverte sur le monde et dépourvue des barrières que constituent, dans le monde physique, un hall d'entrée, un digicode, une gardienne.

L'e-mail est, par ailleurs, davantage personnalisée que ne l'est une boîte aux lettres physique ou la ligne téléphonique d'un domicile qui est généralement commune à plusieurs usagers.

## III - LES PRESCRIPTIONS EUROPÉENNES CONCERNÉES

### A - La directive générale 95/46 du 24 octobre 1995

*La directive 95/46 relative à la protection des données personnelles ne traite pas de manière spécifique de la prospection électronique. Il n'est pas contesté, cependant qu'elle s'applique aux traitements de données personnelles mis en oeuvre sur internet, comme l'a constaté le groupe institué par l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 réunissant les représentants des autorités de contrôle de la protection des données personnelles de tous les Etats membres de l'Union européenne. Plusieurs principes de cette directive doivent être rappelés.*

#### 1 - Le principe de finalité (cons. 28, 29, 44, 48, 53 ; art. 2, 6, 10, 11, 12, 18, 19 et 25)

L'article 6.1 (b) précise que "les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités".

#### 2 - La légitimité du traitement (cons. 28, 30 et 45 ; art. 7 et 32) :

L'article 7 précise les conditions auxquelles doit satisfaire un traitement de données personnelles pour être légitime. Deux de ces conditions peuvent s'appliquer à la prospection électronique : la personne concernée a indubitablement donné son consentement (art. 7a) ; le traitement "est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée" (art. 7f).

#### 3 - La loyauté de la collecte (cons. 28 et 38 ; art. 6, 10 et 11) :

L'article 6.1. (a) dispose que "les données à caractère personnel doivent être traitées loyalement et licitement".

#### 4 - L'information des personnes (cons.25, 29, 30, 39 et 45; art.2, 6, 7, 8, 10, 11, 12 et 14) :

L'article 10 prévoit qu'en cas de collecte directe auprès des personnes, celles-ci doivent être informées de la finalité de la collecte, des destinataires des informations collectées, du caractère facultatif ou obligatoire de la collecte et de l'existence du droit d'accès et de rectification.

L'article 11 prévoit que lorsque les données personnelles n'ont pas été collectées directement auprès de la personne concernée, le responsable du traitement doit l'en informer dès l'enregistrement des données ou, si une cession à des tiers est envisagée, lors de la première communication de ces données à un tiers.

#### 5 - Le droit d'opposition (cons. 25, 30 et 45 ; art. 14) :

L'article 14 prévoit que toute personne a le droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de ses données à des fins de prospection et de s'opposer à toute communication ou utilisation de ses données par des tiers.

## **B - La directive “télécommunications” 97/66 du 15 décembre 1997**

La directive 97/66 n'évoque pas spécifiquement la prospection électronique.

On relèvera cependant que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 12 prévoit que l'utilisation d'automates d'appels ou de télécopieurs dans des opérations de prospection directe ne peut être faite qu'à l'égard des abonnés ayant donné leur consentement préalable<sup>5</sup>. La directive 97/66 entend par automate d'appels “tout système d'émission d'un message préenregistré à caractère commercial sans intervention humaine”. Cette caractéristique est également celle du publipostage électronique.

L'alinéa 2 de l'article 12 prévoit que les prospections téléphoniques directes non sollicitées par l'abonné, autres que celles recourant à des automates d'appels, ne peuvent être autorisées que si l'abonné y a consenti ou si l'abonné ne s'y est pas opposé, le choix entre ces deux solutions étant régi par la législation nationale.

## **C - La directive “vente à distance” 97/7 du 20 mai 1997**

La directive 97/7 doit être transposée en France avant le 21 mai 2000. Son article 10, relatif aux “limites à l'utilisation de certaines techniques de communication”, dispose que l'utilisation d'automates d'appels ou de télécopieurs est soumise au consentement préalable de la personne.

S'agissant des autres techniques de communication visées dans l'annexe à la directive -parmi lesquelles figure le courrier électronique-, le texte européen précise qu'elles “ne peuvent être utilisées qu'en l'absence d'une opposition manifeste de la personne”.

## **D - La combinaison des textes européens existants**

La prospection par automate d'appels et la prospection par télécopieur est subordonnée au consentement préalable des personnes par les textes européens (directive “télécommunications” et directive “vente à distance”).

La garantie offerte aux personnes à l'égard de la prospection par téléphone est laissée à l'appréciation des Etats membres, qui peuvent opter soit pour l'exigence du consentement, soit pour un simple droit d'opposition (directive “télécoms”).

Le publipostage électronique n'est spécifiquement visé ni par la directive générale, ni par la directive “télécoms”. La directive “vente à distance” qui est seule à l'évoquer, opte pour un simple droit d'opposition.

*Cependant, d'une part, la directive “vente à distance” n'établit qu'un niveau minimum de garanties, son article 14, dit de “clause minimale”, précisant que “les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.”*

*D'autre part, les termes du problème ont radicalement évolué depuis l'adoption de la directive "vente à distance" (mai 1997). Le "spamming" n'existait alors que très peu en Europe. Il est désormais devenu un sujet général de préoccupation pour les internautes, les fournisseurs d'accès, les autorités européennes de protection des données personnelles et les Etats membres.*

Enfin, si les solutions dégagées par la directive "vente à distance" s'imposaient d'elles-mêmes pour la prospection commerciale électronique non sollicitée, le Parlement européen n'aurait pas précisé devoir trancher le problème en complétant le texte de la Commission européenne.

*Les conditions de régularité (de loyauté) de la collecte relèvent exclusivement des dispositions de la directive générale 95/46 (protection des données personnelles). La directive "vente à distance", de même que la proposition de directive "commerce électronique", ne sauraient déroger aux principes fondamentaux de protection des données personnelles.*

## **IV - LES POSITIONS DES ACTEURS CONCERNÉS ET DES ORGANISMES ET ASSOCIATIONS REPRÉSENTATIFS**

La CNIL a adressé le 11 août 1999 à divers organismes et associations représentatifs des acteurs concernés un courrier sollicitant de leur part une réponse écrite sur leur position à l'égard du phénomène de l'envoi massif et non sollicité de courriers électroniques.

### **A - Les internautes ou associations représentatives**

#### **1 - La situation des internautes :**

La prospection électronique non sollicitée présente pour les internautes divers inconvénients.

D'abord une atteinte à leur tranquillité. Le courrier commercial est déposé dans la messagerie, comme dans une boîte aux lettres, mais sans possibilité pour l'internaute de se doter a priori et techniquement de la possibilité de refuser le dépôt d'un tel message.

En outre, le volume de prospections reçues sans sollicitation préalable peut être, précisément en raison du faible coût d'une prospection de cette nature, beaucoup plus important que les messages de prospection postale, téléphonique ou par télécopieur. Ainsi, les abonnés de America On Line (AOL compte 14 millions d'abonnés dans le monde, 450.000 en France), qui participent à un ou deux forums de discussion internes à AOL une à deux fois par semaine, déclarent recevoir en moyenne par jour 8 messages publicitaires de toute nature (y compris de nature pornographique).

Ensuite, un coût : le temps de connexion passé à la récupération de messages électroniques non sollicités, tel qu'il a été décrit plus haut (2°, page 6).

Enfin, le système du "opt-out" proposé par le Parlement européen est contraire à la "Nétiquette", c'est-à-dire au code informel de bonne conduite sur internet qui préconise l'accord préalable des internautes à toute réception de courrier à caractère commercial.

#### **2 - La position de l'ISOC :**

L'Internet Society est un organisme international, composé de particuliers, très actif sur les terrains du développement de l'internet et de la normalisation des protocoles et des usages. Le chapitre français de l'Internet Society organise notamment les rencontres annuelles d'Autrans.

Le président de l'ISOC, Monsieur Vinton Cerf déclarait en avril 1999 : "le spamming est le fléau du courrier électronique et des groupes de discussion sur l'internet. Il peut sérieusement gêner le bon fonctionnement des services publics [qui utilisent la messagerie électronique], sans parler de l'effet qu'il peut avoir sur le système de courrier électronique de n'importe quel individu. Les "spammeurs" utilisent en effet les ressources des utilisateurs et des fournisseurs de moyens sans compensation et sans autorisation".

### **3 - La position de l'Euro-CAUCE :**

CAUCE (Coalition Against Unsolicited Commercial E-mail) est une organisation non gouvernementale regroupant des associations représentatives d'internautes, qui participe activement, notamment aux Etats-Unis, au dépôt de projets de loi visant à limiter ou prohiber le publipostage électronique commercial non sollicité. Sa branche européenne, l'Euro-CAUCE, en réaction à la proposition de directive sur le commerce électronique, a lancé une pétition<sup>6</sup> contre le "spamming" ouverte aux seuls internautes européens, destinée à être adressée aux députés des Parlements européen et allemand (le texte de la pétition est joint en annexe).

Le texte de la pétition constate que les tentatives d'auto-régulation du publipostage électronique qui auraient pour objet d'éviter l'intervention du législateur dans ce domaine ont échoué, que les solutions techniques ne semblent pas disponibles à l'heure actuelle, les filtres automatiques de messages n'étant pas totalement fiables.

La pétition exige qu'une opération de publipostage électronique ne puisse être effectuée qu'à destination des personnes qui ont préalablement et expressément consenti à recevoir des messages publicitaires, qu'en outre, les contrats des fournisseurs de services internet doivent contenir une clause permettant aux personnes de choisir si elles désirent ou non recevoir des messages publicitaires. Les prospections ne devraient pas engendrer de coût pour leur destinataire et l'expéditeur devrait pouvoir, sur simple demande, indiquer la provenance de l'adresse électronique. La falsification par l'expéditeur de son identité devrait être sanctionnée.

La pétition considère que la réglementation du publipostage électronique doit être précisée dans le cadre de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles.

### **4 - La position de l'UNAF :**

L'Union Nationale des Associations Familiales a consulté l'ensemble de ses fédérations départementales pour fournir à la CNIL une réponse faisant état des diverses sensibilités qui pouvaient se dégager sur la question du publipostage électronique commercial non sollicité.

De manière très majoritaire, les fédérations de l'UNAF considèrent que le publipostage électronique doit faire l'objet d'un encadrement juridique précis s'imposant à l'expéditeur des messages et subordonnant l'envoi d'un message à l'accord du destinataire. Une forte majorité des membres estime, dans ce domaine, que "tout ce qui n'est pas explicitement autorisé devrait être interdit". Ainsi, l'UNAF soutient que l'envoi d'un publipostage ne devrait être possible que pour les émetteurs qui y ont été préalablement autorisés par le destinataire dans le cadre d'un accord défini et spécifique.

L'émetteur devrait être identifiable à tout moment et devrait indiquer le moyen par lequel il a collecté les adresses électroniques qu'il utilise. En outre, le droit de radiation devrait être offert et son efficacité garantie.

Enfin, le volume informatique des messages publicitaires devrait être plafonné, le destinataire payant le temps de consultation de sa messagerie électronique et les "consommables", ce temps étant, de surcroît, perdu.

## **B - Les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs de services techniques**

### **1 - La position de l'AFA :**

Pour l'AFA (Association française des Fournisseurs d'Accès), le "spam" représente pour les fournisseurs d'accès un surcoût financier, humain, technique et commercial, proportionné au nombre de leurs abonnés.

- Financier et humain, par la mobilisation de personnels, dont certains sont spécialement affectés à la lutte contre le spam<sup>7</sup> (les mesures de surveillance et de détection techniques peuvent mobiliser des personnels 24h/24) et d'autres, chargés de répondre aux plaintes que leur adressent leurs abonnés.

- Technique, par la consommation, au moment de la réception simultanée d'un message adressé à un grand nombre de leurs abonnés, d'un volume significatif de bande passante, qu'il faut à ces acteurs calibrer de manière plus importante que ne le nécessiterait un usage normal par leurs abonnés des services de l'internet.

- Commercial, parce que les internautes imaginent, le plus souvent, que leur mail a été irrégulièrement communiqué à des tiers par leur fournisseur d'accès.

L'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA) expose parmi les principes communs à ses membres, le souci de limiter la pratique du "spamming". A cette fin, les fournisseurs d'accès mettent en place des outils informatiques visant à détecter les "spams" et à réduire leur transmission. Par ailleurs, ils ont pour la plupart inséré dans leurs contrats d'abonnement des clauses prohibant, selon des formes variables, le recours par leurs abonnés au publipostage électronique non sollicité.

L'AFA, dont le délégué général préside désormais l'EuroIsipa, la fédération européenne des associations de fournisseurs d'accès et de services internet, a adressé à la CNIL le 8 octobre 1999 le communiqué suivant :

"En concertation avec l'EuroIsipa, l'AFA a poursuivi sa réflexion sur les communications commerciales non sollicitées et espère contribuer efficacement aux débats en proposant une solution pragmatique et légaliste au problème du "spam".

Face aux discussions très vives, l'AFA propose de sortir du débat opt-in / opt-out et de revenir à une application stricte de la directive 95/46/CE sur la protection des données personnelles, dont elle considère que les principes sont acceptés par tous. L'AFA précise qu'une adresse e-mail est une donnée personnelle par référence notamment aux dispositions du Conseil de l'Europe dans ses Lignes Directrices pour la protection de la vie privée sur Internet.

L'AFA préconise en outre que soit insérée dans l'article 7 de la future directive sur le commerce électronique une référence expresse à la directive protection des données personnelles 95/46 et notamment en son article 7 a [consentement].

L'AFA considère que le respect des exigences de la directive sur la protection des données personnelles permettrait de lutter efficacement contre le "spam", à sa source, c'est-à-dire au moment de la collecte d'adresses et précise qu'à tout le moins l'application des dispositions de la directive 95/46 sera même facilitée par la souplesse du courrier électronique. Les mécanismes d'envois automatisés de messages permettent en effet de demander à l'internaute son consentement de façon simple et rapide sans qu'il soit nécessaire d'avoir à se référer à une liste [d'opposition], dont l'efficacité reste discutée.

Le simple respect des principes de la directives 95/46 paraît par conséquent à l'AFA être à même de favoriser des méthodes de communication commerciale plus efficaces car mieux ciblées et plus respectueuse des ressources des utilisateurs et des fournisseurs d'accès, tout en assurant la liberté du commerce".

## **2 - Les gestionnaires de messageries électroniques et de listes de diffusion (le C.R.U) :**

Le Comité Réseaux des Universités gère plusieurs milliers de listes de diffusion dans lesquelles la plupart des étudiants et universitaires français se sont inscrits. Par ailleurs, les membres du CRU gèrent des services de messagerie électronique d'une portion importante de la population étudiante et universitaire française.

Les membres du CRU déclarent subir un préjudice important lié au phénomène du "spamming" (prospection commerciale non sollicitée), tant en raison des difficultés de gestion et de tri par les utilisateurs des messages électroniques qu'ils reçoivent, des réactions de rejet de la messagerie électronique de la part des utilisateurs excédés par le volume de courriers non sollicités, qu'en raison du coût des dispositifs techniques destinés à prévenir ou à filtrer, autant que faire se peut, les courriers non sollicités.

A ce titre, le CRU souligne que l'instauration de "listes noires" d'adresses électroniques d'internautes réputés "spammeurs", montre ses limites, dans la mesure où elle conduit parfois à exclure à tort tel ou tel organisme ou université de la possibilité d'expédier des messages électroniques, du fait de l'inclusion, parfois par méprise, de la totalité des adresses électroniques qu'il gère dans une "liste noire". En outre, le CRU constate que les "spammeurs" les plus intrusifs se dissimulent derrière l'adresse électronique d'un tiers qui sera inmanquablement inclus dans de telles "listes noires" et en subira un préjudice.

Le CRU estime qu'il est très important que les personnes ou les organismes qui ne souhaitent pas recevoir de prospections non sollicitées puissent être protégés. A ce titre, le CRU participe au groupe de coordination des fournisseurs de services européens (RIPE) qui étudie actuellement la pertinence des dispositifs de marquage spécifique des messages électroniques commerciaux, lesquels pourraient permettre à quiconque de rejeter à priori tout message commercial. Enfin, le CRU souhaite que le législateur incite le déploiement de telles techniques dont l'utilisation devrait être imposée aux annonceurs.

## **C - Les associations de professionnels**

### **1 - La position de GESTE :**

Dans sa réponse du 22 septembre 1999, le conseil d'administration de GESTE (groupement des éditeurs de services en ligne) formule une demande et une proposition.

- Sur le plan juridique, GESTE appelle au respect des règles existantes, notamment de protection des données personnelles, qu'il semble considérer comme suffisantes et pertinentes. S'agissant des dispositions pénales de la loi "Godefrain" du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, visées aux articles 323- 1 et suivants du code pénal, GESTE estime qu'une adaptation du texte existant devrait viser spécifiquement les sites web ou les systèmes informatiques gestionnaires de listes de diffusion, afin d'assurer l'applicabilité de la loi Godefrain à la collecte automatisée de données traitées dans le cadre d'un site web ou d'une liste de diffusion.

- Sur le plan technique, GESTE propose l'élaboration d'un code de bonne conduite par lequel les signataires s'engageraient à indiquer clairement l'adresse électronique émettrice, les coordonnées de l'expéditeur, ainsi que l'objet du courrier, le contenu du message étant précédé d'une mention telle que "si vous ne souhaitez plus recevoir de mails de notre part, merci de nous retourner ce message". Par ailleurs, ce code pourrait, selon GESTE, proposer la mise en oeuvre d'une classification des types de messages reçus (commercial, publicitaire, religieux, etc.) qu'il serait possible d'associer à des outils de filtrage placés auprès du fournisseur d'accès de l'internaute ou dans la machine de ce dernier.

### **2 - La position de l'AFTEL :**

L'AFTEL (Association Française de la Télématique et du Multimédia) est composée des diverses catégories d'acteurs de l'internet : fournisseurs d'accès à internet, opérateurs de télécoms, fournisseurs de services, éditeurs, fournisseurs de moyens et professionnels du commerce électronique. L'AFTEL oeuvre depuis 20 ans pour le développement des échanges en ligne en essayant de concilier des intérêts qui sont parfois contradictoires. Dans sa réponse du 5 octobre 1999, l'AFTEL fait part des éléments suivants.

S'agissant du publipostage électronique, des divergences existent au sein de l'AFTEL entre les représentants de métiers spécifiques. L'ensemble des membres s'est déclaré favorable à la protection du droit à la vie privée, mais il lui apparaît que les questions posées par le publipostage électronique ne relèvent pas seulement de la protection des données personnelles. Ainsi, l'AFTEL considère qu'un bon développement de la société de l'information nécessite davantage son intervention sur le terrain des usages loyaux du commerce qu'attendent les internautes que sur celui d'une insuffisante protection des données personnelles.

En conclusion, au delà des points de divergence entre ses membres, l'AFTEL se dit ouverte à l'émergence de règles relatives au "poids informatique" des messages électroniques, ou à l'identification du caractère publicitaire des messages, même si elle n'estime pas qu'il convient d'en faire nécessairement usage dès à présent.

L'AFTEL, qui souligne que l'évolution constante de l'internet conduirait probablement à l'échec une réglementation trop précoce sur tous les sujets, précise qu'elle envisage de travailler de manière plus approfondie sur la question du publipostage électronique dans les mois à venir.

### **3 - La position de l'IAB :**

L'Internet Advertising Bureau regroupe des professionnels de la publicité en ligne. Ils estiment que les internautes doivent pouvoir se retirer à tout moment, par un moyen simple, systématique et immédiat, du fichier "source" comportant leur e-mail ainsi que de toutes les copies de ce fichier vendues à des tiers.

Le droit d'opposition doit être offert, selon l'IAB, que la collecte de l'e-mail soit issue d'un contact direct avec l'internaute, ou qu'elle ait été indirecte, c'est à dire initialement effectuée par l'intermédiaire d'un prestataire ayant mis en mesure l'internaute de s'opposer à la cession possible de son adresse à des tiers. Lorsque la collecte des e-mails a été effectuée "dans des conditions illégales" (à l'insu des personnes concernées), l'IAB estime que le consentement des personnes concernées a été "volé", une véritable action de "spamming" étant caractérisée dans cette dernière hypothèse.

### **4 - La position de la FEVAD :**

La Fédération des Entreprises de Vente à Distance (FEVAD) regroupe les principaux opérateurs de marketing et entreprises de vente à distance français. La FEVAD indique que ses membres ont deux catégories d'objectifs. D'une part, l'animation d'une activité, par le marketing direct auprès de prospects, d'autre part, la vente à distance proprement dite. Pour la FEVAD, Internet constitue un média parmi d'autres permettant d'exercer ces activités qu'il convient de ne pas discriminer par rapport aux autres supports de communication.

La FEVAD préconise que l'objet commercial du message électronique soit identifié afin de permettre au destinataire, le cas échéant, de ne pas l'ouvrir. En outre, le message de prospection devrait comporter un lien hypertexte permettant au destinataire, d'un simple "clic", de s'opposer immédiatement à recevoir ultérieurement d'autres messages provenant de l'expéditeur du message. Enfin, les internautes qui souhaiteraient ne plus recevoir de messages commerciaux, quel qu'en soit l'expéditeur, seraient également informés, par le message qu'ils ont reçu, qu'ils peuvent s'inscrire gratuitement dans une liste d'opposition "e-Robinson" gérée par la FEVAD. Cette liste serait gratuitement accessible aux membres de la FEVAD. Les prestataires non membres de la FEVAD accéderaient à cette liste moyennant le paiement d'une somme reflétant le coût de gestion de cette liste "e-Robinson".

### **5 - La position du MEDEF :**

Le MEDEF est le Mouvement des Entreprises De France (anciennement CNPF : Conseil National du Patronat Français), qui regroupe des entreprises de 85 secteurs et des responsables patronaux des grandes entreprises françaises. Dans une note du 6 juillet 1999 intitulée "Position du MEDEF sur la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur", le MEDEF estime important que la notion de "communications commerciales non sollicitées" fasse l'objet d'une définition spécifique dans le texte européen afin qu'il soit précisé que cette pratique ne vise pas les situations dans lesquelles la communication commerciale ferait suite à des échanges préalables entre les parties.

En outre, le MEDEF considère que s'il est indispensable de garantir le principe de liberté du commerce, notamment en matière de communications commerciales, il convient cependant de prévoir expressément la possibilité pour les consommateurs de ne plus faire l'objet de ce type de communications non sollicitées, sur simple demande faite auprès du prestataire, conformément aux dispositions des articles 10.2 de la directive "vente à distance" 97/7 et 14 de la directive générale 95/46.

## **D - Les organismes de normalisation et de régulation**

### **1 - La position de l'AFNOR :**

L'AFNOR ne croit pas à l'efficacité d'une solution qui reposerait sur l'usage d'un "marquage" spécifique signifiant que la collecte d'adresses électroniques n'est pas autorisée.

L'AFNOR estime plus efficient d'inciter les commerçants et les professionnels de l'internet à adopter un comportement et un environnement technique qui découragent la collecte indûe des adresses électroniques. La normalisation pourrait y jouer un rôle important, bien que beaucoup de points de faisabilité restent à étudier.

### **2 - La position de l'International Chamber of Commerce :**

Le code de bonne conduite élaboré par la Chambre de commerce internationale (CCI ou ICC, pour International Chamber of Commerce) préconise, comme la proposition de directive, un système de "opt-out".

Cependant, la CCI recommande de respecter les règles que les espaces publics de discussion (forums, listes de diffusion) peuvent avoir édictées. A défaut d'affichage dans ces espaces d'une interdiction de collecter les données qui y figurent à des fins de prospection commerciale, le code de la CCI admet l'envoi de messages publicitaires à partir des mails collectées dans des espaces de discussion, à la condition que ces messages soient "appropriés", c'est à dire qu'ils soient collectés dans des forums ayant une nature commerciale fondamentale ou que le sujet discuté dans le forum est en relation avec le message publicitaire.

*On rappellera sur ce point que la CNIL préconise l'affichage d'une mention rédigée en ces termes: "Cet espace de discussion est destiné à vous permettre d'apporter votre contribution aux thèmes de discussion que nous vous proposons. Les données qui y figurent ne peuvent être collectées ou utilisées à d'autres fins". La délégation de la CNIL à la conférence internationale des commissaires à la protection des données réunie à Saint-Jacques-de-Compostelle en septembre 1998, qui a rappelé un élément de doctrine constant des autorités de protection des données, selon lequel "une donnée personnelle, même rendue publique, bénéficie d'une protection", a d'ailleurs incité tous ses homologues dans le monde à promouvoir une règle de même nature pour préserver les espaces de discussion.*

## V - DROIT ET PRATIQUES HORS DE L'UNION EUROPÉENNE

### A - Aux Etats-Unis

*Il résulte d'une étude menée par AT&T en novembre 1998 auprès d'un panel d'internautes américains, que 52% des internautes déclaraient que les prospections non sollicitées constituaient une gêne sérieuse à l'utilisation d'internet (le pourcentage était de 48% dans une étude six mois auparavant par un universitaire américain, Alan Westin) et que 80% souhaiteraient que la collecte de leur mail sans leur consentement soit interdite (+ 10% en 6 mois).*

Aux Etats-Unis, les dispositifs mis en place par les fournisseurs d'accès pour interdire la prospection commerciale électronique non sollicitée se sont avérés très vite inefficaces. Ces acteurs ont, dès lors, fait pression dans certains Etats, pour l'adoption de lois spécifiques "anti-spam", assorties de sanction pénales.

**1** - Trois lois ont été adoptées, qui traitent spécifiquement de l'envoi de courriers électroniques commerciaux non sollicités.

La loi du 25 mars 1998 de l'Etat de **Washington** prohibe et sanctionne pénalement la communication à destination ou en provenance de tout résident de cet Etat, de courriers électroniques à caractère commercial non sollicités par leur destinataire, la transmission de tels courriers par l'intermédiaire du matériel d'un tiers sans son consentement, ainsi que la déformation ou le masquage des informations permettant d'identifier l'expéditeur ou l'objet du message.

La loi du 26 septembre 1998 de l'Etat de **Californie** prohibe le "spamming" adressé à des internautes qui sont abonnés à un fournisseur d'accès ou de services ayant pour politique d'interdire ce type de prospection. Des dédommagements importants sont prévus (50 dollars pour chaque message dans la limite de 25.000 dollars par jours). De même, des sanctions pénales pour non respect de la politique contractuelle du fournisseur sont prévues (16 mois à 3 ans de prison).

Le **Nevada** a adopté en février 1999 une loi de même inspiration que la loi californienne.

**2** - Trois autres Etats discutent de projets de loi. L'Etat de **Virginie** examine un projet destiné à interdire et sanctionner la contrefaçon de l'en-tête des message et la vente de logiciels ayant cette fonction. L'Etat du **Maryland** discute actuellement un projet de loi semblable à la loi adoptée en Californie. L'Etat du **Texas** paraît s'orienter également vers des dispositions législatives en cette matière.

**3** - Par ailleurs, deux propositions de lois fédérales sont actuellement déposées devant le Congrès, dont l'une, déposée par un sénateur républicain, a été rédigée par la coalition CAUCE (Coalition Against Unsolicited Commercial E-mail). Ces propositions de loi visent à étendre au courrier électronique les législations adoptées au début des années 1980 en matière d'automates d'appels.

On rappellera que la polémique ouverte aux Etats-Unis dès l'apparition des automates d'appels en 1977 avait provoqué une vague de législations très disparates d'un Etat à l'autre, allant de l'interdiction pure et simple à la limitation à certaines fins ou à certaines plages horaires.

D'autre part, deux sénateurs (un démocrate et un républicain), soutiennent un projet relatif à l'identification des émetteurs des prospections et à l'établissement de moyens simples permettant de se faire retirer des listes d'adresses utilisées -ce dispositif est semblable à celui préconisé par le Parlement européen. Ce second projet, soutenu par l'association américaine du marketing direct (DMA), n'a cependant pas été adopté et devrait être représenté au cours de l'année 2000.

\*

Les législations déjà adoptées ou les propositions de légiférer ne sont certes pas toutes identiques.

*Il est cependant très significatif de noter que les Etats-Unis, si peu portés à légiférer lorsqu'il s'agit d'internet, le font ou s'appêtent à le faire pour limiter les effets du "spam", soit par une interdiction pure et simple pénalement sanctionnée, soit en faisant obligation à l'expéditeur d'un courrier non sollicité de prendre des mesures d'accompagnement.*

Certains réclament notamment que le Telephone Consumer Protection Act de 1991, qui interdit la prospection non sollicitée par voie de télécopie, soit étendu aux courriers électroniques non sollicités. D'autres préconisent diverses mesures d'accompagnement, telles que :

- l'obligation d'inclure des éléments d'identification dans les messages envoyés tels que l'adresse électronique de l'expéditeur et/ou le caractère commercial du message afin de permettre aux fournisseurs d'accès d'organiser des procédures de filtrage des mails ;
- la mise en oeuvre d'une "universal exclusion/opt-out list" qui serait directement gérée par la Federal Trade Commission;
- la mise en oeuvre de standards techniques établis par les autorités de normalisation de l'internet et l'obligation pour les intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès ou de messagerie) de refouler tout message qui ne répondrait pas aux exigences ainsi fixées.

## **B - Au Japon**

Le ministère du commerce et de l'industrie japonais a adopté une norme de qualité définissant les exigences minimales que tout organisme s'engagerait à respecter dans le cadre d'un programme de conformité à cette norme d'application volontaire.

Si cette norme n'évoque pas explicitement le problème du publipostage électronique, il est très significatif qu'elle reprend en quasi-totalité le dispositif d'ensemble de la directive du 24 octobre 1995, qu'il s'agisse de la définition de la notion de donnée personnelle, de destinataire, de consentement, de donnée sensible, ou des critères relatifs à la régularité de la collecte directe et de la collecte indirecte (principes de loyauté, de proportionnalité, de finalité, indication du caractère facultatif ou obligatoire, existence du droit d'accès, etc.).

# CONCLUSIONS

## **A - La véritable portée du problème : la collecte des e-mails dans les espaces publics de l'internet**

Une opération de publipostage électronique peut provenir de trois sources radicalement différentes.

*Le débat "opt-in"/"opt-out" ne concerne que l'une de ces hypothèses (celle de la collecte des e-mails dans les espaces publics de l'internet), les deux autres étant parfaitement balisées par l'application normale des dispositions de la directive européenne du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles et de la loi du 6 janvier 1978.*

### **Publipostage électronique à l'égard de clients ou de visiteurs d'un site web :**

Dans cette hypothèse de collecte directe, le fichier utilisé est constitué à partir des mails des clients, des prospects ou des visiteurs avec lesquels le prospecteur a été en contact direct.

Il résulte des règles de protection des données personnelles (loi "informatique et libertés", directives 95/46 et 97/66) qu'un site qui a collecté des mails directement auprès d'internautes peut leur adresser des courriers électroniques de prospection, sous la seule réserve du droit dont dispose l'internaute, prospect ou client, de s'opposer à en recevoir. L'internaute, informé de son droit d'opposition et qui ne l'a pas exercé, est présumé avoir consenti à recevoir des communications commerciales de la part de l'organisme auquel il avait fourni son e-mail, jusqu'à ce qu'il exprime son refus de continuer à en recevoir. Il s'agit de la règle générale de protection des données appliquée dans le monde "réel".

*Dans cette hypothèse, la garantie est celle d'une information préalable de la personne concernée, lors de la collecte initiale de ses données, la mettant en mesure de s'opposer dès la collecte et en ligne (par l'apposition d'une case à cocher) à la réception de tout message commercial.*

### **Publipostage électronique à l'égard de prospects, à partir de listes d'e-mails fournies par un tiers :**

Dans cette hypothèse de collecte indirecte, l'adresse électronique a été fournie par l'internaute à un site qui a, ensuite, cédé son fichier de mails à un tiers aux fins de prospection.

La cession de ce fichier de mails est régulière au regard des règles de protection des données personnelles dès lors que le site qui a initialement collecté les adresses et s'apprête à les céder à un tiers, a informé les personnes concernées que leurs données pouvaient être communiquées à un tiers à des fins de prospection et les a mis en mesure de s'y opposer en ligne, en cochant une case prévue à cet effet. Telle est la pratique actuellement recommandée par la CNIL et qui est suivie par près de trois mille organismes français qui mettent en oeuvre des sites web.

Les personnes qui s'abstiennent de cocher une telle case sont considérées avoir consenti à la transmission de leur adresse à un tiers à des fins de prospection. Cette solution est conforme aux prescriptions de la directive générale 95/46.

*Dans cette deuxième hypothèse, la garantie est également celle d'une information préalable de la personne concernée -lors de la collecte initiale de ses données-, l'ayant mise en mesure de s'opposer en ligne (par l'apposition d'une case à cocher) à la transmission de ses données à des tiers à des fins de prospection.*

### **Publipostage électronique à l'égard de prospects, à partir d'e-mails collectées dans les espaces publics de l'internet :**

Dans cette hypothèse, l'adresse électronique est capturée dans les espaces publics de l'internet (espaces de discussion, listes de diffusion, annuaires diffusés sur des sites web, etc.) sans que les personnes concernées ou le responsable du site diffusant les données n'en aient connaissance.

Cette troisième hypothèse est la seule qui soit en débat, dans la mesure où les partisans du "opt-in" considèrent qu'une collecte dans ces conditions est déloyale au sens de nos législations de protection des données personnelles, cette déloyauté de la collecte lors de la première opération de traitement (cf article 2 b de la directive 95/46) rendant toutes les opérations ultérieures de traitement illicites.

La solution du "opt-out" consiste à considérer qu'une utilisation ultérieure de données collectées dans ces conditions peut être régulière dès lors qu'elle serait assortie de mesures d'accompagnement (identification du caractère commercial du message et mise en oeuvre d'une liste d'opposition).

*Débatte de la prospection commerciale non sollicitée, c'est donc prendre parti sur un seul point : les e-mails figurant dans les espaces publics de l'internet peuvent-ils ou non être collectés à des fins de prospection à l'insu des internautes ?*

## **B - Le retour aux principes : la directive du 24 octobre 1995**

### **Principe de finalité : respecter la finalité des espaces de discussion et des listes de diffusion**

Une personne qui a eu recours à la messagerie électronique pour s'exprimer dans un espace de discussion déterminé et pour un sujet précis, ou qui s'est inscrite dans une liste de diffusion pour partager des informations avec un groupe d'interlocuteurs intéressés par un sujet commun, n'a, par hypothèse, pas consenti, même implicitement, à recevoir des prospections de quelque nature que ce soit. De ce point de vue, le principe de finalité (article 6) permet de préserver aux espaces de discussion leur finalité initiale de lieux de liberté d'expression et de communication et aux listes de diffusion leur finalité d'échanges autour d'un centre d'intérêt commun.

### **Légitimité du traitement : pas de prospection électronique sans consentement**

Sauf à considérer que la collecte automatisée à des fins de prospection commerciale de tous les mails figurant dans des espaces publics de l'internet répondrait à un intérêt légitime prévalant sur l'intérêt légitime des internautes (double condition posée par l'article 7f de la directive 95/46), la directive générale subordonne un tel traitement au "consentement indubitable" des personnes concernées.

### **Information préalable : pas de collecte à l'insu des personnes**

L'obligation d'information qui pèse sur le collecteur de données doit être, au sens des articles 10 et 11 de la directive 95/46, accomplie au moment de la collecte des données ou, -si une cession à un tiers est envisagée- au plus tard, lors de leur première transmission à des tiers. Ce dispositif paraît interdire à un organisme qui a collecté des e-mails dans les espaces publics de l'internet, de les utiliser pour son propre compte s'il n'en a pas préalablement informé les personnes et de les céder à des tiers s'il n'a pas préalablement informé les internautes concernés de leur droit de s'y opposer. Dès lors, si elle se bornait à faire peser une obligation d'information sur le prospecteur -qui n'est pas toujours l'organisme ayant procédé à la collecte- à l'occasion de l'envoi du premier message non sollicité, la proposition de directive "commerce électronique" actuellement en discussion méconnaîtrait les règles posées par la directive générale 95/46.

### **Droit d'opposition : pouvoir s'opposer à la collecte de son e-mail à des fins de prospection**

L'article 14 de la directive 95/46 reconnaît à toute personne le droit de s'opposer à l'utilisation commerciale de ses données ou à la transmission de ses données à des tiers. Le système du "opt-out" qui légitime que des tiers puissent collecter et utiliser des mails à des fins de prospection sans que les personnes concernées, ni même le responsable du site sur lequel ces mails auraient été collectées, n'aient été préalablement informés d'une telle collecte, ni mis en mesure de s'opposer à une telle utilisation, méconnaît les garanties offertes par la directive générale "protection des données" du 24 octobre 1995.

## C - Assurer l'effectivité des principes de protection des données

- **Par une politique d'affichage systématique sur les sites** d'une mention d'information indiquant aux visiteurs que les données personnelles diffusées pour une finalité déterminée (annuaires, forums de discussions, organigramme, etc.) ne peuvent être utilisées à l'insu des internautes concernés et du responsable du site à des fins de prospection, quelle qu'en soit la nature (commerciale, religieuse, politique, etc.)
- **Par la promotion auprès des instances de normalisation de l'Internet (IETF et W3C) de protocoles** permettant aux responsables de sites d'interdire la collecte automatisée par le biais de moteurs de recherche de données personnelles figurant sur leur site. Ces dispositifs existent. Tel est le cas du protocole "no\_robot", qui consiste à compléter par la mention "no\_robot.txt" l'adresse internet (ex : http://www...) d'une page web dont on souhaite que le contenu ne soit pas indexé. Certains moteurs de recherche sont configurés pour respecter une telle instruction. Il conviendrait qu'ils le soient tous de manière normalisée dans l'internet.

**En outre, la CNIL, en étroite liaison avec ses partenaires européens et internationaux souhaite s'assurer que le projet de protocole P3P (Platform for Privacy Preference Project) destiné à permettre aux internautes de choisir les sites qu'ils souhaitent consulter en fonction de leurs pratiques en matière de protection des données, inclue le critère de l'interdiction de la collecte des e-mails figurant dans les forums de discussion et la garantie d'un exercice en ligne du droit d'opposition à la cession de ses données à des tiers.**

- **Par l'encouragement et le soutien des chartes et codes de bonne conduite** adoptés par les organismes et associations représentatifs de responsables de sites web incluant le principe de l'interdiction de la collecte de données personnelles dans les espaces publics de l'internet à l'insu des personnes concernées.

## NOTES DE FIN DE DOCUMENT

1.

Proposition initiale de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur : COM (1998) 586 final du 18 novembre 1998, JO C 30 du 5 février 1999, page 4.

Avis du Parlement du 23 avril 1999 en première lecture.

Proposition amendée de la Commission : COM (1999) 427 final du 17 août 1999.

2.

Conformément au décret 96-1175 relatif aux clauses type des cahiers des charges des opérateurs (pris en application de la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications) et à l'article R. 10-2 du code des P&T (pris en application de la loi "Doubin" de 1989).

S'agissant de la liste Safran, instituée par l'article R. 10-2 du code des P&T, la méconnaissance du droit exercé par les personnes inscrites dans cette liste constitue une contravention de troisième classe, constituée pour chaque envoi irrégulier.

3. Par exemple, des offres apparaissent à 620 francs pour 2 millions d'adresses électroniques.

4.

Directives 97/66 du 15 décembre 1997 sur la protection des données personnelles dans le secteur des télécommunications et 97/7 du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance).

5.

Cette prescription de la directive 97/66 est conforme à la doctrine de la CNIL, qui, dans les avis qu'elle a rendus en matière d'automates d'appels en 1985, 1990 et 1991, a exigé le consentement exprès des personnes.

6.

Au 8 octobre 1999, 31.523 internautes européens avaient signé cette pétition, qui a bénéficié d'un assez large écho dans la presse allemande. La répartition des signataires par pays était alors la suivante : Allemagne 25.126, Autriche 1.861, Angleterre 1.122, Hollande 1.097, France 470 Finlande 455, Belgique 326, Danemark 284, Suède 217, Irlande 150, Italie 123, Espagne 86, Portugal 86, Luxembourg 79, Grèce 42.

Source : <http://www.politik-digital.de/spam/fr/petition/eintrag.php3>.

7.

AOL déclare mobiliser une équipe de 15 personnes aux Etats-Unis dédiée à la lutte technique anti spam. AOL a gagné trois procès aux Etats-Unis sur la base des lois sur la fraude informatique. D'autres procès sont en cours. Chez Wanadoo (France Télécom Multimédia), le spam est également un "vrai souci". Dans deux cas, après menace de résilier le contrat d'un abonné "spammeur" en cas de récidive, des abonnements ont été résiliés. Par ailleurs, une plainte a été déposée contre un "spam" à caractère pédophile. Selon la plupart des fournisseurs d'accès, les abonnés ne portent pas plainte en justice; ils se plaignent auprès de leur fournisseur d'accès.