



E-mailing Quelles obligations pour le « démarcheur », cessionnaire d'un fichier de données ?

Par une délibération du 12 janvier 2012, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) a prononcé une sanction pécuniaire de 20.000 euros à l'encontre d'une société de diagnostic, qui avait, à partir de fichiers achetés auprès de sociétés de « piges immobilières », démarché par SMS des prospects, sans leur consentement.

La formation contentieuse de la Cnil avait eu l'occasion, à deux reprises par le passé, de sanctionner des sociétés de « piges immobilières », spécialisées dans le commerce de fichiers de données issues d'annonces immobilières de particuliers sur internet et ce, pour avoir aspiré, à l'insu des personnes concernées, leurs données, dans l'optique ensuite de les revendre à des professionnels du secteur (1). Pour la première fois, la Commission a, le 12 janvier 2012, prononcé une sanction pécuniaire non pas à l'encontre des sociétés cédantes, mais de la société cessionnaire et utilisatrice d'un de ces fichiers (2).

Spécialisée dans le diagnostic immobilier (plomb, amiante, performance énergétique), cette société démarchait, par l'envoi de SMS sur les téléphones portables, des propriétaires de biens à la vente sur internet, sans que ces derniers n'aient donné leur consentement à en recevoir et sans qu'il ne leur soit donné la faculté de se faire radier des listes de prospects.

A la suite de plusieurs plaintes, la Cnil, après une mission de contrôle diligentée dans les locaux de la société, a prononcé à l'encontre de cette société

cessionnaire une sanction pécuniaire d'un montant de 20.000 euros, assortie de la publication de sa décision.

Trois manquements ont été retenus par la Commission : l'envoi de SMS de prospection commerciale sans l'accord préalable des destinataires, le non-respect de l'obligation d'information préalable et l'absence de prise en compte des demandes d'opposition.

Sur ces trois points, la Cnil apporte un éclairage sur les obligations auxquelles sont tenues les sociétés qui utilisent à des fins de prospection commerciale un fichier de données, acquis auprès d'une autre société ayant procédé elle-même à la collecte de ces données.

ACHETER « OPT-IN », POUR PROSPECTER

Dans sa délibération, la Cnil rappelle le principe article 34-5 du code des postes et des communications électroniques, selon lequel : « *Est interdite la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son*

consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

En conséquence, et en application de ce texte, il appartenait, selon la Cnil, au « démarcheur » de s'assurer que le fichier acheté auprès des sociétés de « piges immobilières » contenait des coordonnées téléphoniques de personnes ayant donné leur consentement à recevoir des SMS de prospection. Le fait pour cette société de ne pas avoir, en sa qualité de cessionnaire du fichier, directement collecté les données n'a pas été, à juste titre, considéré comme de nature à l'exonérer de sa responsabilité.

A cet égard, la Cnil souligne que le « démarcheur » ne pouvait pas légitimement soutenir que la responsabilité incombait aux seules entreprises qui s'étaient procurées les données sans recueillir au préalable le consentement des personnes intéressées. Au soutien de sa thèse, la Commission relève que l'article L. 34-5 du code des postes et des communications électroniques incrimine « *non pas la collecte ou la revente des données, mais le fait de faire de la prospection en utilisant des coordonnées d'une personne qui n'a pas exprimé son consentement* ». Or, une telle utilisation des données à des

fins de prospection commerciale était bien le fait de la seule société cessionnaire du fichier.

Par ailleurs, c'est à tort que le « démarcheur » se considérait comme fondé à croire que ces entreprises de « piges immobilières » lui vendaient des fichiers comportant des données « opt-in » du seul fait que ces sociétés étaient « opérationnelles » depuis de nombreuses années. En effet, la Commission avait eu l'occasion par le passé de prononcer des sanctions à l'encontre de ce type de sociétés à deux reprises (3), ce que la société incriminée ne pouvait ignorer étant donné notamment que ces décisions avaient été largement relayées dans le milieu professionnel concerné.

Ce dernier argument était d'autant plus inopérant que la Cnil constatait que l'un des contrats que le « démarcheur » avait conclu avec une société de « piges immobilières » prévoyait expressément que les données mises à disposition ne devaient être utilisées qu'à des fins de « prospection commerciale par téléphone », laquelle n'est en effet pas subordonnée à l'obtention de l'accord préalable des personnes ainsi démarchées (4), contrairement à la prospection par méls ou par SMS.

Ainsi, et afin de sécuriser juridiquement ce type de prospection réalisée à partir d'un fichier de coordonnées acheté auprès d'une société spécialisée, il appartient au cessionnaire de veiller à ce que le cédant se soit bien engagé contractuellement à ne céder que des données « opt-in » et à le garantir contre toute réclamation susceptible d'émaner d'un tiers. Par ailleurs, il doit pouvoir également obtenir du cédant un fichier régulièrement mis à jour en fonction des oppositions qui seraient formulées par des personnes qui, après avoir donné leur consentement, auraient manifesté la volonté d'être désinscrites du fichier de prospection.

INFORMER, QUEL QU'EN SOIT LE « VECTEUR »...

La Cnil rappelle, par ailleurs, que le « démarcheur » était tenu de respec-

ter les termes de l'article 32-I de la loi du 6 janvier 1978, selon lequel : « La personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant est informée, sauf si elle l'a été au préalable, par le responsable du traitement (...) : 1° De l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant ; 2° De la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées ; 3° Du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ; 4° Des conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse ; 5° Des destinataires ou catégories de destinataires des données ; 6° Des droits qu'elle tient des dispositions de la section 2 du présent chapitre ; 7° Le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne ».

Or, la Cnil constate que seul le droit d'opposition était mentionné dans le texte des SMS, au moyen du mot « stop », suivi d'un numéro de téléphone, « ce qui ne saurait être considéré comme une mention satisfaisante au regard des exigences de la loi ».

Cette analyse appelle deux observations.

Tout d'abord, il est possible de douter de l'applicabilité en l'espèce de l'article 32-I qui ne semble viser que les cas dans lesquels la collecte est réalisée par le responsable du traitement directement auprès des personnes concernées. Or, ce n'était pas le cas, puisque le « démarcheur » avait acquis le fichier de données auprès de sociétés qui avaient réalisé elles-mêmes la collecte. C'est pourquoi, dans l'hypothèse où « les données (...) n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée », comme en l'espèce, le responsable du traitement, et donc le « démarcheur », s'il est tenu également d'informer les personnes concernées, doit le faire, en application de l'article 32 III, lors de « l'enregistrement des données » et non pas lors de l'envoi des SMS de prospection commerciale.

Ensuite, il convient de noter que la Cnil fait une stricte application de la loi quant au contenu des mentions d'infor-

mation devant figurer dans les SMS de prospection, en considérant que ce type de « vecteur », qui repose sur un choix réalisé par le « démarcheur », ne saurait bénéficier d'aucune dispense et ce, d'autant plus que la Cnil relève qu'« à l'instar des pratiques établies, [il] pouvait parfaitement envoyer des messages plus longs, voire deux messages à chaque prospect, dont l'un contenant les mentions requises ». Qu'on se le dise, la Cnil n'entend pas exonérer quiconque de son obligation d'information du simple fait qu'il aurait eu recours à un média et/ou un vecteur ne permettant pas naturellement d'y intégrer toutes les mentions légales.

GARANTIR UN DROIT D'OPPOSITION EFFECTIF ET GRATUIT

La Cnil reproche à la société cessionnaire de ne pas avoir mis en place un dispositif d'exercice du droit d'opposition adéquat, eu égard aux dispositions de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978, selon lesquelles : « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement (...) ; elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection notamment commerciale (...) ».

Selon la Commission, les modes d'exercice du droit d'opposition ne répondaient pas aux exigences légales d'effectivité et de gratuité :

- tout d'abord, parce que le dispositif mis en place était payant, puisqu'il reposait sur l'envoi d'un SMS adressé au numéro mentionné dans le message ou sur un contact téléphonique ;
- ensuite, parce que, si le dispositif prévoyait également la possibilité de formuler une opposition au moyen d'un formulaire sur le site internet, celle-ci s'avérait purement « théorique », dans la mesure où cette faculté n'était pas mentionnée dans le corps des messages ;
- enfin, parce que, malgré les demandes formulées par certains prospects, leurs coordonnées restaient

présentes dans la base de données du « démarcheur ».

En d'autres termes, si la Cnil semble laisser au « démarcheur » le choix du mode d'exercice du droit d'opposition qu'elle propose à ses prospects, elle veille, en revanche, à ce que celui-ci soit effectif et gratuit. Les personnes concernées, parfaitement informées de l'existence du dispositif d'opposition, doivent pouvoir ainsi l'utiliser aisément et sans coût, afin que l'envoi des messages de prospection commerciale cesse dès le moment où elles en auraient manifesté la volonté.

A noter enfin que la Cnil ne se fonde que sur les dispositions de la loi « Informatique et libertés » pour constater le manquement du « démarcheur » à cette obligation et non sur les dispositions spécifiques de l'article 34-5 du code des postes et des

communications électroniques, qui prévoient pourtant qu' : « *il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen de (...)courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci* ». Ceci s'explique vraisemblablement par le fait que le non-respect des dispositions de l'article 34-5 ne donne pas lieu à des sanctions, à l'exception des manquements au principe du consentement préalable sanctionnés par une peine d'amende de 4e classe. Cette situation pourrait prochainement évoluer. Un projet de loi « *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* » (5) prévoit en effet d'investir l'autorité administrative chargée

de la concurrence et de la consommation (DGCCRF) d'un pouvoir de sanctions administratives dissuasives à l'encontre des auteurs de manquement à l'ensemble du dispositif de l'article 34-5 (6).

Alexandre FIEVÉE, avocat
Nicolas DUBOSPERTUS, avocat
Alain Bensoussan-Avocats

(1) Délibération n° 2009-148 du 26 02 2009 ; Délibération n° 2011-193 du 28 06 2011.

(2) Délibération n° 2011-384 du 12 01 2012.

(3) Délibération n° 2009-148 du 26 02 2009 ; Délibération n° 2011-193 du 28 06 2011.

(4) Le régime applicable en matière de prospection par téléphone et par courrier postal est celui de l' « opt-out ».

(5) Texte déposé le 1er juin 2011 à l'Assemblée nationale, en deuxième lecture depuis le 23 décembre 2011.

(6) Alexandre Fievée, *Vers plus de protection*, La Tribune de l'Assurance, décembre 2011, n° 164.