

# La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs

Par Guillaume Teissonnière  
Avocat au Barreau de Paris

e-mail : [guillaume@teissonniere.net](mailto:guillaume@teissonniere.net)

« *Mal nommer les choses c'est ajouter au malheur du monde* ». En qualifiant injustement de spamming tout envoi commercial non sollicité, nos législateurs donnent un écho particulier à la célèbre pensée d'Albert Camus, le malheur du monde s'abattant ici sur des internautes qui ne verront pas le *spamming* diminuer après l'adoption de la réglementation européenne et sur des cybercommerçants qui risquent d'être les seuls « *spammers* » condamnés par la justice au motif qu'on les a sous la main.

## Introduction

Le *spamming* est une forme illicite d'envoi de messages électroniques non sollicités apparue sur les groupes de discussion Usenet<sup>1</sup> dans le milieu des années 90 et qui s'est très rapidement étendue aux services de courrier électronique, pour le plus grand inconfort de millions d'internautes<sup>2</sup>.

Dans un premier temps, certains auteurs<sup>3</sup> ont pensé que cette pratique ne serait qu'une histoire sans lendemain, un mauvais souvenir à classer rapidement au rayon des oubliettes de l'Internet... Dans un rapport de la Commission européenne paru en janvier 2001, il était notamment affirmé que « *le spamming, tel qu'on a pu le connaître dans le milieu des années 90 aux Etats-Unis est actuellement en voie de récession* »<sup>4</sup>. Cette pratique y était présentée comme une maladie infantile de l'e-mail marketing, censée disparaître au profit de formes loyales de prospection en ligne.

Or, près de trois années après ce diagnostic pour le moins optimiste, force est de constater que le moribond *spamming* est dans une forme étincelante, polluant chaque jour un peu plus les boîtes aux lettres des internautes aux moyens de techniques n'ayant rien à envier à celles des virus informatiques<sup>5</sup>. Et l'on ne compte plus les termes inventés pour décrire cette activité déloyale et illicite – *pollupostage, pourriel, harcèlement textuel* - et ses formules dérivées - *spam-up, messenger spam, spoofing, phishing, mail bombing*...-.

---

<sup>1</sup> Le service Usenet est constitué d'un ensemble de machines reliées en réseaux qui véhiculent des articles postés dans des groupes de discussion (newsgroups).

<sup>2</sup> Le terme *spamming* a également été utilisé pour définir d'autres pratiques en ligne déloyales, qui ne sont cependant pas abordées dans le présent article. Pour une analyse des différentes pratiques qualifiées de *spamming* et de leur appréhension par le droit : David E. Sorkin, « *Technical and legal approaches to unsolicited electronic mail* », University of San Francisco Law Review, VI. 35, Rev 235 (2001) <http://www.spamlaws.com/articles/usf.html> ; Éric LABBÉ « *Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation* », Lex Electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/labbe.htm> ; Le lecteur pourra se reporter utilement à la fiche pratique du Forum des droits de l'Internet, « *Se prémunir contre les courriels abusifs* », [http://www.foruminternet.org/documents/en\\_pratique/lire.phtml?id=258](http://www.foruminternet.org/documents/en_pratique/lire.phtml?id=258).

<sup>3</sup> Alan Schwartz et Simon Garfinkel, « *Stopping spam – Stamping out unwanted e-mail and news posting* », O'Reilly – Octobre 1998.

<sup>4</sup> Commission des Communautés européennes, S. Gauthronet, E. Drouard, « *Communications commerciales non sollicitées et protection des données* », janvier 2001.

<sup>5</sup> Dans une communication du 22 janvier 2004, la Commission européenne indique qu'actuellement, « *plus de 50% du courrier électronique échangé au niveau mondial est constitué de spam* » alors qu'en 2001 « *la proportion de spam n'était que de 7%* ». Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les communications commerciales non sollicitées ou « *spam* », COM (2004) 28 final.

Quant aux formes loyales de marketing en ligne à qui l'on promettait l'avenir, elles sont négativement perçues par une partie substantielle d'internautes et, de surcroît, fragilisées par une réglementation inadéquate qui n'a pas encore su répondre au double défi de les encadrer et de les protéger.

Aucune définition juridique précise du *spamming* n'ayant été arrêtée (I), les travaux communautaires visant à doter les législations des Etats membres de moyens de lutte contre cette pratique n'ont abouti qu'à des solutions en trompe-l'œil (II). L'inefficacité des solutions communautaires, en cours de transposition en droit français, confirme la nécessité d'aboutir à une véritable définition juridique du *spamming*, préalable indispensable à l'élaboration d'une politique de lutte efficace contre ce fléau (III).

## I. L'absence de définition juridique du *spamming*

Il n'existe aucune définition légale du *spamming* même si, pour les internautes, il est indéniable que cette notion renvoie à une pratique déloyale et perturbatrice qui, au contraire du courrier postal, ne fait pas peser le coût de la communication sur l'expéditeur<sup>6</sup>.

En 1999, la CNIL a proposé une définition qui, bien qu'incomplète, rappelait que cette pratique était appréhendée en France par les règles de protection des données personnelles et qu'elle ne se caractérisait pas uniquement par l'envoi non sollicité d'un courrier électronique (A). C'est malheureusement l'acception large et réductrice qui s'est communément imposée au sein de l'Union européenne (B).

### A. La proposition de définition de la CNIL

Dans son rapport sur le publipostage électronique, la CNIL a défini le *spamming* comme « 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. ». La CNIL a également précisé que « 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 »<sup>7</sup>.

Cette définition juridique<sup>8</sup> a eu le grand mérite de démontrer que la qualification de *spamming* se déduisait d'une conjonction de critères et ne pouvait pas se réduire à la seule réception d'un courrier électronique non sollicité. Néanmoins, les critères de cette définition sont insuffisants pour identifier toutes les formes de *spamming* et sont susceptibles de s'appliquer à des formes loyales de publipostage électronique.

En particulier, l'absence de contact préalable entre l'expéditeur et le destinataire du message n'est pas obligatoirement révélatrice d'une pratique de *spamming*. Ainsi, certains expéditeurs peuvent n'avoir eu aucun contact avec un internaute et récupérer son adresse électronique à partir d'une base de données marketing constituée en parfaite conformité avec la Loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. A l'inverse, certains exploitants de sites peuvent avoir eu un contact préalable avec un internaute et utiliser ensuite l'adresse électronique de ce dernier de manière déloyale ou illicite.

<sup>6</sup> Ce coût est principalement supporté par les intermédiaires techniques et/ou par les destinataires.

<sup>7</sup> « le publipostage électronique et la protection des données personnelles », CNIL, rapport présenté par Madame Cécile Alvergnat, adopté le 14 octobre 1999. La CNIL a affiné sa première définition. Dorénavant, elle définit le *spam* comme tout message adressé « sur la base d'une collecte irrégulière de méls, soit au moyen de moteurs de recherche dans les espaces publics de l'Internet (sites web, forums de discussion, listes de diffusion, chat...), soit que les adresses aient été cédées sans que les personnes en aient été informées et sans qu'elles aient été mises en mesure de s'y opposer ou d'y consentir. Une telle collecte est alors déloyale et illicite au sens de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 », <http://www.cnil.fr/index.php?id=1269>.

<sup>8</sup> L'Office québécois de la langue française a, en 1997, défini le *spamming* comme « l'action d'inonder de nombreux groupes de nouvelles Usenet ou groupes de discussion utilisant Internet, avec le même message inutile, souvent provocateur et sans rapport avec le sujet de discussion, causant une véritable pollution des réseaux », <http://www.olf.gouv.qc.ca>.

Par ailleurs, la captation d'adresse électronique dans des espaces publics de l'Internet n'est pas un critère fiable car il existe d'autres moyens de se procurer illicitement les coordonnées d'internautes<sup>9</sup>. Ainsi, bien que les *spammers* utilisent souvent des logiciels de *harvesting*<sup>10</sup> pour collecter des adresses électroniques sur des sites ou forums ouverts, ces derniers peuvent également utiliser des adresses qui leur auront été cédées ou mises à disposition par un tiers de manière illicite.

Quant au caractère massif de l'envoi, il n'apparaît pas indispensable pour qualifier juridiquement un acte de publipostage déloyal. En effet, si les *spams* sont, en pratique, envoyés massivement au moyen de logiciels de *push*<sup>11</sup>, la gêne causée au destinataire est individuelle ; Il n'est donc pas nécessaire que l'envoi soit massif pour causer un préjudice au destinataire<sup>12</sup>. En outre, bien des sites marchands procèdent à des envois massifs de courriers électroniques sans que cela ne constitue une pratique répréhensible. En conséquence, même si cette caractéristique est intimement liée au *spamming*, sa valeur juridique doit être relativisée.

C'est d'ailleurs une approche relative qui a été adoptée par la CNIL en ce qui concerne le caractère répété des envois. Cette démarche doit être approuvée car bien que les « polluposteurs » procèdent généralement à des envois répétés, chaque expédition participe à la gêne occasionnée au destinataire.

## **B. Une acception commune gravement réductrice**

A partir de cette première tentative de définition, un débat aurait pu s'amorcer pour préciser ce qu'il convenait d'englober sous le vocable *spamming*. Malheureusement, ce débat n'a pas eu lieu et une acception trop large s'est imposée en France et en Europe pour viser le simple envoi de courriers électroniques non sollicités.

Une telle approche est gravement réductrice car elle ne permet pas de faire le départ entre les formes loyales et déloyales d'envois non sollicités, le tout étant qualifié de *spamming*. Ainsi, avec cette définition, l'exploitant d'un site marchand grand public qui a collecté en toute légalité les adresses électroniques de ses clients et qui leur adresse une offre promotionnelle se trouve logé à la même enseigne que l'exploitant de site qui réalise une collecte sauvage d'adresses électroniques et inonde le réseau de messages à caractère violent, le plus souvent sous une fausse identité...

La focalisation de tous les enjeux sur l'absence de sollicitation du courrier électronique<sup>13</sup> peut se concevoir en droit américain qui ne connaît pas de véritables règles de protection des données personnelles<sup>14</sup>. En revanche, appliquée aux Etats membres de l'Union européenne, une telle acception fautive considérablement le débat car elle ignore les règles existantes de protection des données personnelles qui interdisent, d'ores et déjà et à elles seules, la pratique du *spamming*<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> La CNIL a ensuite élargi ce critère, cf. note 7.

<sup>10</sup> Logiciels destinés à collecter des données, en particulier des adresses électroniques.

<sup>11</sup> Logiciels permettant d'adresser des envois massifs de messages électroniques. Les logiciels dédiés à l'envoi de *spams* sont généralement dénommés *spamwares*.

<sup>12</sup> Le préjudice spécifiquement subi par le fournisseur d'accès à Internet est en revanche directement lié au caractère massif ou non de l'envoi.

<sup>13</sup> Le fameux débat « *opt-in* ou *opt-out* ».

<sup>14</sup> Les Etats-Unis ont adopté le 16 décembre 2003 une loi fédérale dénommée « Can-spam Act » (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act) qui interdit l'envoi de courriers électroniques non sollicités aux personnes s'étant inscrites sur une liste publique d'opposition (liste « Do not spam »). Par ailleurs, le défaut d'identification de l'expéditeur, l'utilisation d'une fausse identité ou d'un objet erroné ainsi que l'utilisation de logiciels pour inonder les boîtes au lettres sont punis de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre plusieurs millions de dollars. Cette loi fédérale se substitue à de nombreuses lois votées ces dernières années par une trentaine d'Etats fédérés. Le texte des lois américaines est disponible à l'adresse suivante : <http://www.spamlaws.com/index.html>.

<sup>15</sup> Dans certaines circonstances, le *spamming* apparaît également répréhensible au regard des principes (i) de prohibition de la publicité trompeuse (article L. 121-1 du Code de la consommation), (ii) d'entrave à un système de traitement automatisé de données (article 323-2 du Code pénal, cf. T. Corr., Le Mans, 7 novembre 2003) et (iii) d'interdiction de fabriquer, transporter ou diffuser de messages à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsqu'un tel message est susceptible d'être perçu par

A cet égard, il est assez symptomatique de relever que le Tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé, a jugé que le *spamming* consistait « en l'envoi de messages non sollicités par les destinataires » et qu'une telle pratique était « contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite » sans relever à aucun moment la violation manifeste et évidente par l'expéditeur des envois de la loi du 6 janvier 1978<sup>16</sup>.

Cette acception générale du terme *spamming* qui a finalement prévalu a lourdement pesé sur les travaux d'adaptation de la directive n° 97/66 qui ont abouti à l'adoption de la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 dite « vie privée et communications électroniques »<sup>17</sup>.

## II. Les solutions en trompe-l'œil de la directive « vie privée et communications électroniques »

Le régime de lutte contre le *spamming* mis en place par la directive « vie privée et communications électroniques » présente deux défauts majeurs : il ne propose aucun moyen de lutte effectif contre cette pratique (A) et n'apporte aucune sécurité juridique aux différentes parties concernées (B).

### A. L'absence de mesures effectives de lutte contre le *spamming*

Si le but des rédacteurs de la directive était de fixer des règles claires de lutte contre le *spamming*, on peut considérer que ces derniers ont échoué.

#### □ L'absence de mesures approfondies d'identification

L'article 13.4 de la directive « vie privée et communications électroniques » interdit aux expéditeurs de messages de dissimuler leur identité ou de se prévaloir d'une fausse identité<sup>18</sup>. Néanmoins, lorsque cette interdiction formelle n'est pas respectée, aucun mécanisme visant à faciliter l'identification des bénéficiaires de *spams* n'est envisagé par la directive. Pourtant, l'anonymat des *spammers* est une notion précaire puisque ces personnes visent à promouvoir la vente de produits. Or, s'il peut être difficile d'identifier la source d'émission d'un envoi massif, il ne doit pas être impossible d'identifier l'annonceur bénéficiant de la publicité déloyale et d'agir contre celui-ci.

Les rédacteurs de la directive auraient dû étudier les moyens de remonter les filières de *spammers* et d'inciter les Etats membres à promouvoir des mesures d'identification efficaces à leur encontre. Ils auraient également dû inciter les Etats membres à instaurer entre eux une procédure de coopération aux fins de démanteler plus efficacement les réseaux de *spammers* agissant à l'intérieur des frontières européennes.

#### □ L'absence de mécanismes de réparation et de sanction

Aucun mécanisme de réparation financière n'est proposé par ce texte alors que des voies innovantes auraient pu être explorées.

Ainsi, il conviendrait d'étudier la possibilité d'appliquer le principe de droit de l'environnement du « pollueur-payeur »<sup>19</sup> au *spamming*. En effet, les *spammers* polluent les réseaux de communications

---

des mineurs (article 227-24 du Code pénal, cf. CA Angers, 10 juin 2003, Comm. com. Electr. 2000, comm. 12, obs. A. Lepage).

<sup>16</sup> TGI Paris, 15 janvier 2002, Mr PV c/ Liberty Surf et Free ; Dalloz, 2002, n° 19, note L. Marino, « La bonne conduite sur Internet : ne pas spammer », p. 1544, Juriscom.net, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=317>.

<sup>17</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « Vie privée et communications électroniques »), JOCE L 201 du 31 juillet 2002.

<sup>18</sup> Ce procédé est interdit par l'article 13.4 de la directive « vie privée et communications électroniques ».

<sup>19</sup> Article L. 110-1 du Code de l'environnement : « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci sont supportés par le pollueur ». Ce principe figure également parmi les principes fondateurs du droit communautaire de l'environnement énumérés à l'article 174.2 du traité instituant la Communauté européenne.

électroniques (l'Académie française a retenu le terme de pollupostage) et il serait normal qu'ils supportent les frais résultant des mesures de prévention et de lutte contre leurs actes.

Une telle mesure pourrait notamment s'inspirer de la loi de finances rectificative pour 2003 qui vient de consacrer l'application du principe du « pollueur-payeur » aux actes de publipostage « papier » non sollicités<sup>20</sup>. Ce principe ne viendrait en aucun cas légitimer la pratique du *spamming*, mais permettrait d'instaurer un régime de réparation objectif pour les dommages causés aux exploitants et utilisateurs des réseaux de communication.

Enfin, la directive n'incite pas les Etats membres à adopter des sanctions pénales renforcées à l'encontre des *spammers*, seules à même de les dissuader d'agir<sup>21</sup>.

#### □ *L'interdiction d'envoi de courriers électroniques non sollicités*

Le seul moyen de lutte envisagé par la directive consiste en une interdiction d'adresser aux internautes des communications commerciales non sollicitées<sup>22</sup>.

Pour les *spammers*, cette interdiction de principe apparaît purement formelle et ne fait que s'ajouter à la longue liste des règles de droit qu'ils violent en toute impunité chaque jour. D'ailleurs, les Etats membres de l'Union européenne, tels que l'Allemagne, qui ont déjà adopté une telle règle n'ont pas vu baisser le nombre de *spams* à destination de leur territoire.

En revanche, pour les entreprises exerçant légitimement une activité commerciale en ligne, cette interdiction de principe remet en cause des pratiques commerciales loyales établies<sup>23</sup>. En outre, même si cette interdiction de principe est assortie d'une dérogation dans le cadre de relations « client-fournisseur », ce mécanisme de dérogation à l'interdiction érige les commerçants en ligne en une sorte de sous-catégorie tolérée de *spammers*, alors que la directive aurait dû tout faire pour clairement distinguer le *spamming* du publipostage électronique loyal.

## **B. Les incertitudes entourant le régime des communications non sollicitées**

L'article 13.1 de la directive prévoit que « *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* ».

Une dérogation à cette interdiction de communications non sollicitées est fixée à l'article 13.2 dans les hypothèses de relations de suivi entre un fournisseur et sa clientèle, étant précisé que ce régime

---

<sup>20</sup> L'article 16bis de la loi de finances rectificatives pour 2003 insère un nouvel article L. 541-10-1 dans le Code de l'environnement ainsi rédigé : « *A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, toute personne physique ou morale qui, gratuitement, met pour son propre compte à disposition des particuliers sans que ceux-ci en aient fait préalablement la demande, leur fait mettre à disposition, leur distribue pour son propre compte ou leur fait distribuer des imprimés nominatifs, dans les boîtes aux lettres, dans les parties communes des habitations collectives, dans les locaux commerciaux, dans les lieux publics ou sur la voie publique est tenue de contribuer à la collecte, la valorisation et l'élimination des déchets ainsi produits* ».

<sup>21</sup> Bien que la Communauté européenne ne dispose pas, au titre des règles d'harmonisation du marché intérieur, du droit d'unifier les règles de droit pénal des Etats Membres, celle-ci peut toutefois inciter les Etats membres à prendre les sanctions appropriées en cas de violation des droits unifiés.

<sup>22</sup> Article 13.3 de la directive « *vie privée et communications électroniques* ».

<sup>23</sup> Sur ce point, il est intéressant de relever que la CNIL prend bien soin de distinguer *spam* et message publicitaire en énonçant que « *ne constitue pas du spamming, l'envoi de messages par un organisme qui a procédé à une collecte loyale des adresses électroniques, c'est-à-dire lorsque les internautes ont été informés, lors de la collecte de leur adresse électronique, de l'utilisation de leur adresse à des fins notamment commerciales ou de sa cession à des tiers à de telles fins et qu'ils ont été mis en mesure d'accepter ou de s'y opposer par un moyen simple telle une case à cocher ou l'envoi d'un courrier électronique ou postal* », <http://www.cnil.fr/index.php?id=1269>. Ce faisant, la CNIL reconnaît que le *spamming* ne peut pas se réduire au seul critère de l'envoi de messages non sollicités.

d'interdiction accompagné de sa dérogation est destiné à protéger les personnes physiques<sup>24</sup>, les Etats membres n'étant pas obligés de l'étendre aux personnes morales.

Malheureusement, la formulation imprécise et la sévérité inadaptée de l'article 13 de la directive du 12 juillet 2002 risquent de transformer ce texte en véritable nid à contentieux.

□ *La définition préoccupante et « attrape-tout » du courrier électronique*

Afin d'interpréter l'interdiction posée à l'article 13.1, il convient de se reporter à l'article 2 de la directive qui définit le courrier électronique comme « *tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». De par sa neutralité technologique, cette définition du courrier électronique permet d'appréhender tous les services de messagerie électronique actuels et futurs (*e-mail*, SMS, MMS etc.). On peut toutefois se demander si cette définition extrêmement large, qui ne qualifie pas le courrier électronique de correspondance privée, n'appréhende pas également certains messages publicitaires (*pop-ups*, *skyscrapers*, etc.) envoyés aux internautes lorsque ceux-ci utilisent des logiciels de navigation sur le web ou des logiciels de lecture de fichiers audio ou vidéo.

En effet, en reprenant les critères précités de la définition communautaire du courrier électronique, ces bannières peuvent être qualifiées de messages sous forme d'images envoyés par un réseau public de communications. En outre, la condition de stockage « *dans le réseau ou dans l'appareil terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* » apparaît remplie, les bannières publicitaires étant bien stockées sur le réseau avant que leur destinataire final ne les récupère. Enfin, aucune condition d'identification du destinataire ou de caractère privé de la correspondance n'est imposée par la directive si bien que le courrier électronique peut être adressé à un destinataire indéterminé et n'avoir rien de privé, ce qui est le cas des bannières publicitaires imposées sur les réseaux électroniques.

Ainsi, au-delà de la seule pratique de l'envoi d'e-mails, SMS ou MMS, la diffusion de bannières publicitaires sur le web pourrait aussi être comprise dans la notion de courrier électronique posée à l'article 2 de la directive du 12 juillet 2002. Une telle problématique apparaît loin d'être théorique dans la mesure où, à l'instar des *spams* qui perturbent la consultation des messages électroniques, les *pop-ups* perturbent la navigation sur le web<sup>25</sup>. D'ailleurs, de nouvelles techniques publicitaires constituant un mélange de *spam* et de *pop-up*<sup>26</sup> et qualifiées de *spam up* ont fait leur apparition sur les réseaux depuis plusieurs mois. Il ne serait donc pas étonnant que des actions soient intentées un jour sur le fondement des dispositions de la directive pour tenter d'interdire la diffusion, sans autorisation préalable, de *pop-ups* à partir de sites web<sup>27</sup>.

De telles marges d'interprétation sur une définition aussi fondamentale que celle du courrier électronique apparaissent préoccupantes même si les inquiétudes les plus fortes proviennent de la non-reconnaissance du caractère privé du courrier électronique dans la définition communautaire<sup>28</sup>, une telle définition étant en passe d'être reprise en droit français<sup>29</sup> et consacrant l'instauration d'un

<sup>24</sup> Article 13.5 de la directive « vie privée et communications électroniques ».

<sup>25</sup> Il existe d'ailleurs des logiciels bloquant l'apparition des *pop-ups* et des acteurs majeurs du commerce électronique ont fini par renoncer à l'usage des *pop-ups*, jugeant cette pratique publicitaire contre-productive.

<sup>26</sup> Florence Santrot, « *Le « spam up », nouvelle plaie du web* ». Le Journal du Net, 21 juillet 2003.

<sup>27</sup> A moins que cette pratique, jugée contre-productive par de nombreux sites, finisse par disparaître (ce dont nous doutons) ou que les logiciels de blocage des *pop-ups* se révèlent plus efficaces que ceux bloquant les *spams*.

<sup>28</sup> S'il est légitime d'empêcher les *spammers* d'invoquer les règles de protection de la correspondance privée pour faire échec aux poursuites, le moyen utilisé pour y parvenir (définition extensive du courrier électronique) apparaît disproportionné et aboutit à l'instauration de deux régimes autonomes distincts selon qu'un message est adressé par voie électronique ou par la Poste. Alors que le courrier « papier » ne peut être intercepté et ouvert, sauf circonstances exceptionnelles, le courrier électronique est présumé « interceptable » au regard de la définition communautaire. Il est d'ailleurs possible de douter de la légalité d'une telle définition au regard des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui posent les principes de respect de la vie privée et de non-discrimination : <http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenFRE.pdf>.

<sup>29</sup> Dans le cadre de l'adoption du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, cf. note 37.

système dans lequel on ne sait (on ne veut) plus distinguer ce qui relève de la sphère publique de ce qui relève de la sphère privée

□ *Une interdiction d'envoi limitée aux courriers électroniques de nature commerciale*

Une autre incertitude soulevée par l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques » résulte de l'utilisation non définie et ambiguë de la notion de prospection directe dans la version française de la directive.

Au sens large, la prospection directe vise l'action de rechercher une clientèle sans se prononcer sur la finalité commerciale ou non de la démarche. Le considérant n° 30 de la directive n° 95/46/CE distingue d'ailleurs la « *prospection commerciale* » de la « *prospection faite par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique...* ». On pourrait dès lors en inférer que tout type de communication non sollicitée est interdit par la directive, que la communication ait une finalité commerciale, politique, religieuse, syndicale...

Une telle interprétation paraît cependant dépasser le champ d'application formel de la directive ainsi que le prouve l'étude de versions étrangères de ce texte. En effet, la version anglaise emploie la notion de « *direct marketing* », tandis que la version italienne traite de « *commercializzazione diretta* » et que la version espagnole vise la « *venta directa* ».

Ces diverses formules traitent uniquement d'envois non sollicités de nature commerciale, ce qui explique également que la dérogation prévue à l'article 13.2 dans la version française ne concerne que les envois non sollicités « *dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service* ».

En conséquence, la notion de prospection directe utilisée dans la version française de la directive « vie privée et communications électroniques » devrait être entendue de manière stricte et ne viser que les courriers électroniques de nature commerciale. Seule la liberté du commerce paraît ainsi limitée, l'interdiction de l'envoi de courriers électroniques non commerciaux relevant plus d'une limitation de la liberté d'expression qui n'a pas été expressément envisagée par la directive.

Cependant, un récent arrêt « Lindqvist » de la CJCE vient opportunément rappeler que les juges de Luxembourg font une interprétation téléologique des textes communautaires sans s'arrêter à leur simple analyse littérale. La CJCE a ainsi récemment jugé, contrairement aux conclusions de son avocat général<sup>30</sup>, que les dispositions de la directive n° 95/46/CE harmonisant les règles de protection des données à caractère personnel au sein du marché intérieur pouvaient s'appliquer à des activités n'affectant pas la libre circulation entre Etats Membres telles qu'un traitement de données personnel sans but lucratif destiné à présenter sur Internet les membres d'une paroisse<sup>31</sup>.

Dans le même sens, le but de la directive du 12 juillet 2002 est de protéger la vie privée des personnes physiques dans le secteur des communications électroniques et cet objectif pourrait être gravement menacé si les partis politiques, syndicats ou certaines doctrines religieuses prosélytes décidaient de recourir massivement à l'envoi de courriers électroniques non sollicités.

Ainsi, et bien que des arguments juridiques fondés militent pour une limitation de l'article 13 aux activités commerciales, on ne peut exclure que la CJCE, saisie à titre préjudiciel, ne décide d'étendre l'interdiction d'envoi de courriers électroniques non sollicités à tout type d'envois. Une telle solution jurisprudentielle est envisageable, sous réserve que les Juges de Luxembourg réussissent à concilier le principe du respect de la vie privée avec celui de la liberté d'expression.

□ *Une notion de prospection indistinctement applicable aux prospects et aux clients*

Même strictement limité au domaine commercial, la notion de prospection employée par la directive soulève de réelles incertitudes d'interprétation.

<sup>30</sup> Conclusions de l'Avocat général A. Tizzano présentées le 19 septembre 2002, Aff. C-101/01.

<sup>31</sup> CJCE, Lindqvist, 6 novembre 2003, Aff. C-101/01.

En effet, la prospection désigne communément l'action de rechercher une clientèle en contactant des prospects. Lorsque le prospect répond à l'offre, il perd cette qualité pour devenir client de l'entreprise. Les contacts ultérieurs entre l'entreprise et son client ne s'inscrivent plus, *stricto sensu*, dans une logique de prospection, mais plutôt dans celle d'un suivi de relations établies.

Ainsi, il pourrait être soutenu que le principe d'interdiction de procéder à des actes de prospection par courrier électronique sans avoir obtenu le consentement préalable du destinataire ne s'applique pas au suivi de relations existantes entre un fournisseur et sa clientèle, de tels actes ne constituant plus des actes de prospection.

Sur la forme, la directive réfute cette logique et considère que tout envoi de courrier électronique à un utilisateur, encore prospect ou déjà client de l'expéditeur, constitue un acte de prospection dès lors que l'envoi n'a pas été sollicité. Sur le fond, et afin de contrebalancer cette approche extensive de la notion de prospection, la directive prévoit une dérogation qui autorise dans le cadre d'une relation « client-fournisseur » existante, l'envoi de courriers électroniques non sollicités pour des produits ou services analogues à ceux précédemment achetés.

En procédant ainsi, les rédacteurs de la directive ont opté pour l'instauration d'un large principe de prohibition de tout acte de prospection en ligne non sollicité, accompagné d'une dérogation strictement limitée. Un tel système, outre son caractère totalement inopérant pour endiguer le phénomène mondial du *spamming*, apparaît gravement réducteur pour les acteurs européens du commerce en ligne puisqu'il leur fait endosser le costume très inconfortable du *spammer* toléré.

Or, plutôt que de céder à la facilité du « tout interdire sauf dérogation expresse », les rédacteurs de la directive auraient dû s'attacher à limiter l'interdiction aux seules formes déloyales de prospection en ligne non sollicitées sans risquer l'amalgame avec les formes loyales de cette activité. En légiférant de la sorte, les rédacteurs de la directive ont très certainement contribué à précariser l'image des acteurs loyaux du commerce en ligne...

#### □ *Le caractère direct de la prospection*

L'interdiction posée à l'article 13 de la directive vise uniquement les cas de prospection directe, ce qui laisserait supposer qu'il existe des techniques de prospection indirecte non prohibées. Soulignons d'emblée que la qualification de prospection directe est maladroite et relève plus de la tautologie que de la définition juridique concise. En effet, la prospection renvoie à une action de recherche active de clientèle et l'on imagine difficilement comment celle-ci pourrait être indirecte, sauf à tomber dans le champ de techniques de marketing distinctes de la prospection.

Malgré cette critique sémantique, force est de constater que cette notion a déjà été consacrée en droit français par les ordonnances des 25 juillet et 23 août 2001 pour interdire les actes de prospection par télécopieurs et automates d'appel à destination des consommateurs<sup>32</sup>. Il convient donc d'identifier les actes susceptibles d'être qualifiés de prospection directe.

Le caractère direct de la prospection paraît impliquer une démarche positive du fournisseur vers le consommateur. Ainsi, adresser un courrier électronique ou « papier » à une personne, lui téléphoner ou lui télécopier un document publicitaire constituent manifestement des actes de prospection directe. En revanche, insérer une annonce publicitaire dans un journal ou sur un site web paraît entrer dans le champ de la prospection indirecte, l'internaute conservant un rôle actif pour avoir accès à l'information commerciale.

Le régime des *pop-ups*, dont nous avons précédemment souligné qu'ils pouvaient être appréhendés par la définition extensive du courrier électronique posée par la directive n° 2002/58/CE, suscite des interrogations au regard de cette classification. En effet, si l'on range les annonces diffusées sur un site web parmi les actes de prospection indirecte, les *pop-ups* générés par ce site sont imposés à l'internaute et perdent la passivité d'une simple annonce insérée dans une page html. Cette démarche d'affichage imposée à l'internaute pourrait faire basculer les *pop-ups* dans la catégorie des actes de

<sup>32</sup> Articles L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications et L. 121-20-5 du Code de la consommation.



prospection directe, bien qu'ils ne constituent qu'un élément de communication accessoire d'un site web.

Enfin, une dernière question soulevée par le caractère direct de la prospection vise le cas d'annonces publicitaires insérées dans des courriers électroniques non sollicités mais bénéficiant de la dérogation « client – fournisseur ». En effet, si un commerçant en ligne peut adresser un courrier électronique à ses clients pour des produits ou services analogues à ceux précédemment fournis, cette dérogation, qui doit être interprétée strictement, ne devrait pas permettre d'inclure dans ces courriers des annonces publicitaires d'annonceurs tiers, pratique pourtant consacrée depuis quelques années sur Internet. Sur ce point, et sous réserve que ces annonces ne constituent qu'une information accessoire au courrier électronique non sollicité, il serait raisonnable de qualifier ces pratiques d'actes de prospection indirecte non soumis au principe de prohibition de l'article 13 de la directive n° 2002/58/CE.

□ *L'imprécision de la notion de produits et services analogues*

L'article 13.2 de la directive prévoit une dérogation au principe de prohibition des courriers électroniques non sollicités lorsque « *dans le respect de la directive 95/46/CE, une personne physique ou morale a, dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues qu'elle-même fournit, pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques, lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation* ».

En pratique, cette restriction d'envois aux produits ou services analogues n'apparaît pas fondée, aucun moyen sérieux ne justifiant qu'un commerçant limite sa faculté de proposer à ses clients (et non à des prospects) les offres promotionnelles qui lui paraissent les plus intéressantes. Cette limitation est d'autant moins justifiée que les internautes peuvent toujours mettre fin à l'envoi de courriers électroniques non sollicités de leurs fournisseurs, ce qui arrivera très certainement si un commerçant s'aventure à proposer à ses clients des produits ou des services qui n'ont aucun rapport avec leur centre d'intérêt...

En droit, comme l'a très justement résumé la CNIL<sup>33</sup>, la notion de « *produits ou services analogues* » sera inévitablement source de contentieux, chaque entreprise risquant d'avoir sa propre interprétation de cette notion, « *au détriment d'une part, de la sécurité juridique et, d'autre part, de la protection des données personnelles des individus* ».

Cette imprécision pourrait également avoir des conséquences à l'échelle européenne. Ainsi, la CNIL semble disposée à adopter une interprétation stricte de la notion de produits ou services analogues<sup>34</sup> alors que son homologue britannique propose une interprétation souple de cette notion<sup>35</sup>, ce qui pourrait se répercuter sur les pratiques des entreprises en fonction de leur Etat membre de résidence.

Afin de limiter, autant que possible, les divergences d'interprétation de l'imparfaite notion de produits ou services analogues, il serait opportun que les administrations des différents Etats membres harmonisent leur pratique<sup>36</sup>, ou que la CJCE soit saisie d'un recours préjudiciel aux fins d'unifier les conditions d'application de cette notion.

<sup>33</sup> Délibération 026093 du 28 novembre 2002 portant avis sur le projet de loi relatif à l'économie numérique.

<sup>34</sup> Cf. note précédente.

<sup>35</sup> Lignes directrices de l'Information Commissioner, « Guidance to the privacy and electronic communications » (EC DIRECTIVE) regulations 2003, <http://www.informationcommissioner.gov.uk/>.

<sup>36</sup> Notamment, au moyen du groupe de travail « article 29 » sur la protection des données (cf. Article 15 § 3 de la directive 2002/58/CE et article 30 de la directive 95/46/CE).

### III. Vers l'adoption d'un régime de lutte efficace contre le *spamming* ?

#### A. La transposition en droit français

En France, l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques » sera transposé par l'article 12 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique actuellement en cours d'adoption<sup>37</sup>.

Depuis le dépôt du projet de loi par le gouvernement le 15 janvier 2003, des versions de l'article 12 plus ou moins fidèles au texte de la directive se succèdent, révélant une certaine réticence des parlementaires français à transposer, en l'état, le système arrêté au niveau communautaire.

Sans entrer dans le détail des différentes versions de cet article, nous nous concentrerons sur les grands principes qui devraient finalement être adoptés par le législateur français.

#### □ *La limitation de l'interdiction de prospection aux seules personnes physiques ?*

En déposant son projet de loi, le Gouvernement avait choisi d'aller au-delà des prescriptions minimales de la directive en interdisant l'envoi de courriers électroniques non sollicités à toute personne physique ou morale n'ayant pas exprimé son consentement préalable.

Estimant que le champ de l'interdiction était trop large, les parlementaires ont voulu restreindre la protection aux seules personnes physiques ou morales non inscrites au Registre du Commerce et des sociétés (RCS). Outre la non-conformité évidente d'une telle solution à l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques »<sup>38</sup>, ce choix s'avérait extrêmement complexe et opaque à mettre en œuvre, les libellés d'adresses électroniques ne renvoyant pas nécessairement à des dénominations précises d'entreprises inscrites au RCS.

Revenant à plus d'orthodoxie communautaire, l'Assemblée Nationale saisie en deuxième lecture a repris l'obligation de transposition *a minima* de la directive en interdisant la prospection électronique sans consentement préalable à l'égard des seules personnes physiques<sup>39</sup>.

Le Sénat ne devrait pas revenir sur cette distinction qui ne résout cependant pas tous les problèmes.

En effet, les adresses électroniques renvoient quasiment toujours vers une personne physique<sup>40</sup>. La CNIL considère même qu'une adresse électronique « *est toujours rattachée à une personne physique puisqu'elle est directement nominative lorsque le nom de la personne figure dans le libellé de l'adresse et, lorsque tel n'est pas le cas, indirectement nominative dans la mesure où toute adresse électronique peut être associée à un nom* »<sup>41</sup>.

Appliquée au courrier électronique, la différence de régime imaginée entre les personnes physiques et les personnes morales risque donc de se révéler impossible à mettre en œuvre, sauf à considérer que les coordonnées professionnelles d'une personne physique n'entrent pas dans la catégorie des « *coordonnées d'une personne physique* » visées actuellement dans le projet d'article 12 de la loi française.

<sup>37</sup> Les travaux préparatoires du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique sont disponibles sur le site de l'Assemblée Nationale : <http://www.assembleenationale.fr>.

<sup>38</sup> Qui protège toute personne physique n'ayant pas donné son consentement préalable, quel que soit son statut.

<sup>39</sup> Le projet de loi actuel prévoit l'insertion d'un nouvel article L. 33-4-1 alinéa 1 du code des postes et télécommunications : « Art. L. 33-4-1. - Est interdite la prospection directe au moyen d'automates d'appel, de télécopieurs ou de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

<sup>40</sup> A l'exception de certaines adresses impersonnelles telles que par exemple : [contact@nomdelentreprise.fr](mailto:contact@nomdelentreprise.fr).

<sup>41</sup> Délibération de la CNIL n° 02-093 du 28 novembre 2002 portant avis sur le projet de loi relatif à l'économie numérique.

□ *La consécration d'une définition ambiguë de la notion de consentement.*

Afin de savoir si une personne physique a consenti ou non à recevoir des courriers électroniques non sollicités, le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale définit le terme de consentement comme « *toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à des fins de prospection directe* ».

Une telle définition de la notion de consentement, issue de la directive n° 95/46/CE, laisse perplexe car elle apparaît taillée sur mesure pour un régime de droit d'opposition (*opt-out*). En effet, en précisant que la manifestation de volonté doit être « *informée* », on peut se demander si un simple mécanisme de case à cocher accompagné d'une information claire et précise sur les finalités de prospection directe de la collecte ne suffit pas à caractériser le consentement préalable de la personne physique.

A priori, au regard de l'actuel projet de loi, une simple case à cocher n'apparaît pas suffisante car la personne doit avoir « *exprimé* » son consentement, ce qui implique une action positive excluant tout mécanisme d'acceptation tacite<sup>42</sup>.

Le législateur serait donc bien inspiré de ne pas définir de la sorte la notion de consentement qui, de surcroît, déborde très largement du droit spécial des données personnelles.

□ *La transposition inéluctable de la notion de produits et services analogues.*

Lors de l'examen en première lecture du projet de loi, le Sénat a décidé de supprimer la notion de produits ou services analogues, la haute chambre ayant jugé ce concept « *peu opératoire* » et « *trop vague* ».

Or, même s'il est vrai que cette notion n'apporte aucune sécurité juridique aux personnes physiques et aux exploitants de bases de données marketing, celle-ci fait partie intégrante du mécanisme prévu à l'article 13 de la directive n° 2002/58 et ne peut dès lors être occultée par le législateur français<sup>43</sup>.

En effet, au titre de ses engagements communautaires, chaque Etat membre destinataire d'une directive « *a l'obligation de prendre, dans son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit* »<sup>44</sup>.

En l'espèce, l'article 13 alinéa 2 prévoit une exception au principe d'interdiction d'envoi de courriers électroniques à des fins de prospection. Or, la Cour de justice a jugé que les exceptions prévues par une directive devaient être interprétées de manière stricte et ne laissent pas de marge de transposition aux Etats membres<sup>45</sup>.

En conséquence, il apparaît extrêmement difficile pour les parlementaires français de se démarquer trop ostensiblement des critères retenus par les 15 Etats membres dans le cadre de l'adoption de la directive « *vie privée et communications électroniques* ».

En tout état de cause, la notion de produits et services analogues fait déjà partie intégrante du droit positif français. En effet, aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice, toute juridiction nationale « *est tenue, lorsqu'elle applique des dispositions nationales de droit antérieures ou postérieures à ladite directive, de les interpréter dans toute la mesure du possible, à la lumière du*

<sup>42</sup> L'article 13 de la directive qui vise les « *abonnés ayant donné leur consentement préalable* » apparaît encore plus ambigu que le projet de loi français.

<sup>43</sup> La suppression de la notion de produits et services analogues ne peut être réalisée qu'au niveau communautaire, dans le cadre d'une révision de la directive « *vie privée et communications électroniques* ».

<sup>44</sup> CJCE, 7 mai 2002, Commission/Suède, C-478/99, Rec. P. I-4147.

<sup>45</sup> CJCE, 26 juin 2003, Commission/France, C-233/00.

*texte et de la finalité de la directive* »<sup>46</sup>. Sur la base de cette jurisprudence, une juridiction française qui serait saisie d'un litige portant sur l'envoi de courriers électroniques non sollicités devrait interpréter le futur article 12 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique à la lumière de l'article 13 de la directive n° 2002/58. Elle ne pourrait alors ignorer la notion de produits ou services analogues.

L'Assemblée Nationale a donc, à juste titre, réintroduit la notion de produits et services analogues dans le projet de loi français lors de l'examen en deuxième lecture. Le Sénat ne devrait pas revenir sur ce point<sup>47</sup>.

#### □ *Les prérogatives reconnues à la CNIL*

Le législateur entend confier à la CNIL la mission de veiller au respect des dispositions du futur article 12, conformément aux « *compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978* ». Au regard de la rédaction actuelle de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte<sup>48</sup>. Néanmoins, lorsque la réforme de la Loi informatique et libertés aura enfin aboutie, le nouveau système devrait donner un sens à cette disposition de l'article 12 en dotant la CNIL du pouvoir de prononcer des sanctions administratives.

C'est donc à l'aune de la future Loi informatique et libertés qu'il convient de lire cette mesure qui devrait permettre à la CNIL de recevoir les plaintes d'utilisateurs et de sanctionner les contrevenants. Un tel système peut se révéler utile et efficace, sous réserve que dans le cadre de la réforme de la loi du 6 janvier 1978, les pouvoirs de sanctions administratives conférés à la CNIL demeurent très strictement encadrés et ne remettent pas en cause le principe fondamental du respect des droits de la défense.

Enfin, et indépendamment des règles protégeant les données personnelles, certaines pratiques de *spamming* constituent des actes de publicité trompeuse, d'entrave à un système de traitement de données automatisé... A ce titre, il est utile de rappeler que la CNIL n'a pas vocation à devenir l'autorité unique de lutte contre le *spamming*, la DGCCRF et le ministère public devant conserver un rôle de premier plan dans le cadre de la lutte contre ce fléau. Sur ce point, il serait opportun que la future circulaire d'application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique attire l'attention des Procureurs de la République sur l'importance des préjudices causés par le développement des *spams*<sup>49</sup>.

#### □ *Les droits reconnus aux fournisseurs d'accès à Internet et opérateurs de courriers électroniques*

L'actuel projet de loi prévoit que les opérateurs de services de communication électroniques « *dont les équipements ont été utilisés à l'occasion de la commission d'une infraction aux dispositions du présent article* » pourront exercer « *les droits reconnus à la partie civile (...) lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée* ».

Par ce biais, le législateur souhaite autoriser les prestataires de services de messagerie à obtenir réparation du préjudice qu'ils subissent du fait des envois de courrier électronique non sollicité. Cette solution démontre que les interdictions contractuelles de procéder à des actes de *spamming* imposées par les prestataires techniques à leurs abonnés ne sont pas suffisantes pour endiguer ce phénomène mondial et obtenir réparation des préjudices subis<sup>50</sup>. Les opérateurs de services de communications électroniques devraient donc obtenir de nouveaux moyens d'action en se voyant expressément reconnaître le droit d'agir sur un fondement délictuel civil ou pénal.

<sup>46</sup> CJCE, 27 juin 2000, *Oceano*, C-240/98 à C 244/98.

<sup>47</sup> L'adoption d'un article 12 ne reprenant pas la notion de produits ou services analogues aboutirait probablement à une action en manquement intentée par la Commission européenne à l'égard de la République française pour transposition incomplète ou incorrecte de la directive n° 2002/58.

<sup>48</sup> Actuellement, l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978 permet uniquement à la CNIL d'adresser des avertissements ou de dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance.

<sup>49</sup> En ce sens, l'intervention de Madame la ministre déléguée à l'industrie au cours des débats parlementaires du 8 janvier 2004 à l'Assemblée Nationale.

<sup>50</sup> V. Varet, « *Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ?* », Expertises, mai 2002, p. 188.

Dans le cadre d'une procédure pénale, les conditions d'action reconnues aux prestataires par le projet de loi se limitent actuellement aux hypothèses où l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. En conséquence, et si le texte est adopté ainsi, l'action au pénal des opérateurs de services de communication électroniques risque d'être très largement dépendante des politiques plus ou moins sévères de lutte contre le *spam* menées par le parquet<sup>51</sup>.

En effet, conformément à l'article R. 10-1 du Code des postes et télécommunications, les infractions à l'article L. 33-4-1 du même code constituent des contraventions de quatrième classe. Or, selon l'article 85 du Code de procédure pénale, les dépôts de plainte avec constitution de partie civile sont uniquement recevables en matière délictuelle<sup>52</sup> ou criminelle. Ainsi, et sauf l'hypothèse peu probable de citations directes par les parties victimes d'actes de *spams*, le lancement de l'action publique du fait de la violation de l'article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications devrait uniquement revenir au ministère public, le plus généralement sur dénonciation de la CNIL.

Lorsque le ministère public aura engagé des poursuites et que le prestataire technique concerné se sera constitué partie civile, ce dernier devra prouver qu'il a subi un préjudice personnel et direct du fait de l'infraction poursuivie. Dans la mesure où les fournisseurs d'accès et les opérateurs de courriers électroniques pourront prouver que les *spams* les obligent à mettre en œuvre des dépenses importantes de filtrage, ils devraient réussir à prouver la réalité de leur préjudice<sup>53</sup>.

Enfin, il convient de noter que l'implication de ces prestataires techniques, qui disposent de moyens techniques importants, devrait faciliter l'identification des infractions et de leurs auteurs.

## **B – Pour une nouvelle approche de la lutte contre le *spamming***

La transposition en droit français de l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques » ne réussira pas à gommer les défauts du texte communautaire.

Par ailleurs, les derniers travaux de la Commission européenne<sup>54</sup> et l'initiative récente du gouvernement français de créer un groupe de contact des acteurs de la lutte contre le *spam*<sup>55</sup> démontrent que les moyens de lutte efficaces contre le *spamming* restent à inventer.

### **□ Pour une définition juridique du *spamming***

Il est intéressant de relever que la première mission du groupe de contact créé par le gouvernement français consiste à définir le *spamming*<sup>56</sup>. Une telle méthodologie doit être approuvée car il n'apparaît pas concevable de vouloir lutter efficacement contre un mal sans l'avoir identifié précisément.

Dans cette optique, le *spamming* ne peut pas se réduire à l'envoi de courrier électronique non sollicité et devrait plus justement être défini comme « l'ensemble des procédés illicites d'envois de messages électroniques non sollicités ». Le *spamming* ainsi limité regrouperait les procédés illicites généraux et les procédés illicites spécifiques.

Pourraient être classés parmi les procédés illicites généraux, applicables à tous les actes d'envois de messages non sollicités, le fait pour l'expéditeur de :

---

<sup>51</sup> Rien n'empêche toutefois ces opérateurs d'agir librement devant les juridictions civiles.

<sup>52</sup> Un particulier pourrait en revanche déposer plainte sur le fondement de l'article 226-18 du Code pénal sanctionnant le délit de collecte frauduleuse, déloyale ou illicite de données et le délit de traitement de données d'une personne physique malgré opposition légitime de cette personne. Dans cette hypothèse, et si le projet de loi en restait là, l'action du fournisseur d'accès risquerait de ne pas être recevable car celle-ci est actuellement limitée à la seule violation de l'article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications.

<sup>53</sup> Cf. par analogie Crim. 4 juill. 1978, Bull. Crim. N° 219.

<sup>54</sup> Communication du 22 janvier 2002 précitée.

<sup>55</sup> Groupe de contact créé le 10 juillet 2003. Informations disponibles sur le site de l'administration de la Direction des médias : <http://www.ddm.gouv.fr>.

<sup>56</sup> Cf. note précédente.

1. dissimuler son identité ou de se prévaloir d'une fausse identité ;
2. ne pas indiquer d'adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que les communications cessent<sup>57</sup>.

Les procédés illicites spécifiques seraient déterminés en fonction de la qualité de l'expéditeur, collecteur ou non des coordonnées de l'internaute.

Ainsi, lorsque l'expéditeur a directement collecté auprès du destinataire ses coordonnées électroniques, l'acte de publipostage électronique non sollicité sera illicite si le destinataire s'est opposé ou n'a pas été en mesure de s'opposer à la réception de messages non sollicités de l'expéditeur collecteur. Dans cette situation, le droit d'opposition (*opt-out*) constitue une solution à même de concilier les intérêts légitimes du collecteur avec ceux de la personne ayant communiqué ses données.

En revanche, lorsque l'expéditeur n'a pas directement collecté les coordonnées électroniques du destinataire, l'acte de publipostage électronique non sollicité sera illicite si le destinataire n'a pas donné son consentement préalable à de tels actes. Il n'apparaît pas disproportionné dans cette situation d'obtenir l'autorisation expresse de la personne physique (*opt-in*).

Il suffit que l'un de ces critères soit rempli pour que l'on se trouve en présence d'un acte de *spamming* (critères alternatifs).

Des critères additionnels pourraient également être mis en avant pour caractériser la gravité de la pratique déloyale. En particulier, les caractères massifs et répétés d'envois devraient constituer des facteurs justifiant une aggravation des sanctions encourues.

#### □ Pour l'édiction d'un véritable régime de sanction et de réparation

Une fois la pratique précisément définie, un régime d'interdiction plus équilibré et lisible devient pensable afin de parvenir à des modes de lutte réellement efficaces contre les véritables actes préjudiciables aux utilisateurs des réseaux électroniques.

Parmi les pistes de réflexion les plus intéressantes, figure certainement l'application du principe du « pollueur-payeur » au *spamming*. En effet, la mise en œuvre d'un tel principe permettrait de faire peser sur les *spammers* des coûts dissuasifs de prévention et de sanction pour pollution du réseau. Pour se révéler réellement efficace, l'application d'un tel principe devrait être consacrée au niveau international<sup>58</sup> et la Communauté européenne devrait peser de tout son poids pour parvenir à un tel résultat. Il est utile de noter qu'un tel principe pourrait être facilement appliqué par des pays ne disposant pas de règles de protection des données personnelles, tels que les Etats-Unis.

Le durcissement des sanctions pénales ainsi que la création d'un régime renforcé de déclaration et de suivi des mégabases marketing d'adresses électroniques<sup>59</sup> constituent également des pistes exploratoires intéressantes.

Des analyses approfondies devraient également être menées sur le problème préoccupant des courriers électroniques légitimes interceptés par les logiciels de filtrage des intermédiaires techniques<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Ces deux procédés sont interdits par l'article 13.4 de la directive « vie privée et communications électroniques ».

<sup>58</sup> Le Plan d'action du Sommet mondial de la société de l'information qui s'est tenu à Genève du 10 au 12 décembre 2003 démontre que la Communauté internationale se penche dorénavant sérieusement sur ce problème.

<sup>59</sup> L'idée serait d'instaurer une traçabilité des fichiers marketing.

<sup>60</sup> Problème connu sous le nom de *false positive*. Cf. Eric Barbry, « Services anti-spam : des dommages collatéraux trop importants », Le Journal du Net, 22 octobre 2003, <http://www.journaldunet.com/tribune/031022barbry.shtml>.

## Conclusion

Néanmoins, l'adoption de mesures réellement contraignantes et dissuasives sera extrêmement délicate à faire aboutir si le régime trop général de l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques » est maintenu. En effet, il sera très difficile d'aggraver les mesures de sanctions et de réparation si l'activité des acteurs légitimes du commerce électronique n'est pas mieux différenciée de celle des *spammers*.

Une remise à plat de l'article 13 de la directive « vie privée et communications électroniques » s'impose donc. A défaut, il est à craindre que les solutions envisagées dans la dernière communication de la Commission européenne du 22 janvier 2004 pour tenter d'enrayer le *spamming* n'aient aucun effet significatif sur le développement de ce fléau<sup>61</sup>.

G.T.

---

<sup>61</sup> Aucune solution juridique nouvelle n'est proposée par cette communication qui se fonde essentiellement sur des solutions techniques et d'autorégulation pour régler le problème du *spamming*.