

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le spamming politique

Rosier, Karen

Published in:
Droit pénal de l'entreprise

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosier, K 2010, 'Le spamming politique: affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel ?', *Droit pénal de l'entreprise*, numéro 4, pp. 321-330.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

nées la concernant fassent l'objet d'un traitement (article 1^{er}, §8, de la loi).

En la présente cause, la partie civile conteste formellement avoir donné un tel consentement, dès lors qu'elle affirme ne pas avoir sollicité son inscription dans le fichier litigieux. En cas de contestation, il appartient au responsable du traitement des données d'établir qu'une personne qui le conteste a, sans réserves, marqué son assentiment à figurer dans le fichier.

L'article 39 de la loi punit d'une amende de cent euros à cent mille euros «le responsable du traitement», son préposé ou mandataire qui traite les données à caractère personnel en dehors des cas prévus à l'article 5 de la loi.

Par «responsable du traitement» de telles données l'article 1^{er}, §4, de la loi entend la personne physique ou morale, l'association de fait qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens de traitement de données à caractère personnel.

En la présente espèce, il y a lieu de considérer la prévenue, a.s.b.l. Front National, comme étant la personne morale responsable du traitement des données à caractère personnel contenues dans les fichiers élaborés dans le cadre des activités du parti Front National. Les données du dossier soumis à la cour ne permettent pas de considérer que le prévenu T. aurait été désigné comme préposé ou mandataire de la première prévenue pour le traitement de telles données.

En conséquence, la prévention unique requalifiée en infraction à l'article 5 de la loi relative à la protection de la vie privée est établie à charge de la prévenue, a.s.b.l. Front National, comme ayant illicitement collecté sur un fichier des données à caractère personnel, notamment, celles relatives à la partie civile, conservé, utilisé ou communiqué ce fichier, sans le consentement de la partie civile. Ce fait infractionnel s'identifie avec celui visé à la prévention unique.

Une peine d'amende de principe sanctionnera comme il convient le comportement coupable de la prévenue, dès lors que l'infraction se limite à la personne de la partie civile.

Au civil

Il y a lieu de restreindre raisonnablement le dommage moral subi par la partie civile à un euro symbolique, eu égard aux désagréments occasionnés par l'envoi de messages non désirés à son adresse e-mail et par la diffusion de cette adresse à des organisations tierces.

Ainsi que le sollicite également la partie civile à titre de réparation de son préjudice, il y a lieu d'ordonner la publication du présent arrêt dans trois journaux à son choix, aux frais de la prévenue.

Il convient de condamner la prévenue, a.s.b.l. Front National, au paiement à la partie civile d'une indemnité de procédure de 1 250 EUR pour la procédure en première instance et du même montant pour la procédure en appel.

Il y a lieu de débouter la partie civile du surplus de sa demande.

(dispositif conforme aux motifs)

NOTE – Le *spamming* politique : affaire de harcèlement, de prospection et de traitement de données à caractère personnel?

Introduction

1. Si la problématique du *spamming* a été régulièrement abordée en doctrine ces dernières années, les litiges portés en justice à ce sujet ne sont pas légion⁽²⁾. Il est encore plus rare que les auteurs présumés de tels comportements soient poursuivis au pénal et qu'il y ait condamnation sur la base d'une infraction à la législation relative au traitement des données à caractère personnel, comme ce fut le cas dans la décision commentée. L'intérêt de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles réside également dans le fait que cette dernière aborde la problématique en examinant trois qualifications possibles des actes concernés : harcèlement, réception de courriers non sollicités à des fins de prospection et traitement de données à caractère personnel. Sous le prisme de la réglementation belge, une pratique relevant du *spamming* peut, en effet, à la fois être envisagée en tant que moyen utilisé dans le cadre d'un harcèlement, comme un outil de promotion des ac-

⁽²⁾ Voy. not. Comm. Huy (réf.), 24 juin 2008, *Compurr.*, 2008, p. 303, note G. VANDENDRIESSCHE et dans la même affaire : Liège, 19 novembre 2009, 2008/RG/1165, inédit, disponible sur www.droit-technologie.org; Comm. Courtrai (réf.), 4 octobre 2004, *Ann. prat. comm.*, 2004, p. 604, note G. VANDENDRIESSCHE; Comm. Nivelles (cess.), 26 novembre 2003, *D.A. O.R.*, 2004, p. 93.

tivités de son expéditeur ou comme un traitement de données personnelles.

2. Les faits à la base du litige tels que décrits dans la décision rendue en première instance par le tribunal correctionnel de Bruxelles⁽³⁾ sont les suivants. Une fonctionnaire de la Communauté française, Mme C., avait reçu sur plusieurs années dans sa boîte de messagerie électronique professionnelle divers courriers électroniques d'information non sollicités adressés par plusieurs expéditeurs. Ces courriers avaient en commun d'avoir trait aux activités du parti politique Front National ou d'organisation de la même mouvance politique. Seuls deux prévenus étaient toutefois à la cause, un certain M. T. et l'a.s.b.l. Front National.

Après avoir reçu plusieurs *e-mails* émanant du Front National et appris qu'elle figurait sur la *mailing list* de ce parti, elle s'adressa à celui-ci en demandant à en être désinscrite. Un courrier d'excuses émanant du responsable de la communication informatique du Front National de l'époque lui parvint le jour même.

Plusieurs mois plus tard, Mme C. reçut à nouveau un *e-mail* émanant d'une adresse professionnelle «fn.polgroup.senate.be» dont l'auteur était un certain Monsieur T. et lui transmettant le texte d'une intervention parlementaire d'un sénateur du Front National.

Après avoir suivi la procédure indiquée en fin de message pour se désinscrire sans y parvenir néanmoins, elle reçut à nouveau un message du même expéditeur et y répondit le lendemain pour indiquer qu'elle ne s'était jamais inscrite sur la liste du Front National. Elle reçut un message confirmant sa désinscription. L'histoire aurait pu s'arrêter là, mais Madame C. reçût encore de nombreux courriers électroniques non sollicités émanant d'autres associations de la même mouvance, et ce jusqu'à ce qu'elle parte à la pension et qu'elle n'ait plus l'usage de son adresse électronique professionnelle.

3. Monsieur T. ainsi que l'a.s.b.l. Front National avaient tous deux été poursuivis du chef de la prévention de harcèlement par le biais de courriers électroniques devant le tribunal correctionnel de Bruxelles. Le tribunal avait prononcé l'acquittement des prévenus au motif qu'il estimait que les éléments constitutifs de l'infraction de harcèlement

n'étaient réunis dans le chef d'aucun des deux prévenus. Ainsi M. T. sera-t-il acquitté au motif de l'absence d'un comportement harcelant et d'intention doléuse dans son chef. L'acquittement de l'a.s.b.l. Front National est, quant à lui, fondé sur le constat de l'absence de preuve quant au fait que cette association – et non une autre établie à la même adresse et de la même mouvance politique –, avait commandité l'envoi des courriers électroniques litigieux.

Le tribunal avait également examiné la possibilité d'une disqualification de la prévention en infraction à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information. Il avait toutefois considéré que l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 ne trouvait pas à s'appliquer à des communications non commerciales.

4. La cour d'appel de Bruxelles abonde dans le sens du jugement entrepris en ce qui concerne les qualifications d'infraction à l'article 442bis du Code pénal relatif au harcèlement et à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003. Elle examine toutefois une seconde disqualification de la prévention en infraction aux articles 5 et 6, d, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Les trois infractions poursuivent des objectifs distincts et procèdent de logiques différentes. L'interdiction du harcèlement vise à prévenir les atteintes conscientes à la tranquillité des personnes. L'article 442bis du Code pénal qui érige ce comportement en infraction met l'accent sur la connaissance raisonnable dans le chef de l'auteur du fait que son comportement doit affecter la tranquillité de la victime de son comportement. L'article 14 de la loi du 11 mars 2003 entend, quant à lui, limiter l'usage d'un moyen publicitaire susceptible d'engendrer des coûts et inconvénients techniques en inondant les messageries de courriers électroniques non sollicités. La loi du 8 décembre 1992, enfin, a une vocation plus transversale et détermine à quelles conditions des données relatives à des personnes identifiées ou identifiables peuvent être utilisées, et ce dans le but d'instaurer un équilibre entre la protection de la vie privée des personnes et la liberté de circulation et d'utilisation des données.

(3) Corr. Bruxelles (62^e ch.), 27 novembre 2008, inédit.

Harcèlement au moyen de communications électroniques ou simple désagrément ?

5. L'infraction de harcèlement n'est pas propre au phénomène du *spamming* mais l'envoi de courriers non sollicités peut participer à un comportement harcelant.

Aux termes de l'article 442bis du Code pénal «Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante euros à trois cents euros, ou de l'une de ces peines seulement».

Nonobstant le fait que la notion de harcèlement n'est pas définie par la loi, la Cour constitutionnelle a estimé que le libellé de l'article 442bis était suffisamment clair pour identifier les comportements visés⁽⁴⁾. Elle retient des travaux préparatoires que les agissements visés constituent des atteintes à la vie privée des personnes et consistent à importuner une personne de manière irritante pour celle-ci⁽⁵⁾. Ces éléments ont d'ailleurs été repris dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 2007 qui énonce que «l'art. 442bis punit celui qui, par des agissements incessants ou répétitifs, porte gravement atteinte à la vie privée d'une personne en l'importunant de manière irritante, alors qu'il connaissait ou devait connaître cette conséquence de son comportement»⁽⁶⁾.

Les actes ne doivent pas être illicites en soi. Cela implique, par exemple, que l'envoi de courriers électroniques qui n'enfreindrait ni les dispositions de la loi du 11 mars 2003 ni celles de la loi du 8 décembre 1992, peut participer à un comportement harcelant. Ainsi en est-il des courriers électroniques adressés dans un cadre purement privé.

L'article 442bis requiert, outre des actes répétés et incessants visant une personne physique détermi-

née⁽⁷⁾, une atteinte à la tranquillité de cette personne. Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle suite à une analyse des travaux préparatoires de la loi, «La notion d'atteinte grave à la tranquillité dont il est question dans la disposition en cause ne peut dès lors être comprise comme une autorisation pour le juge de sanctionner un comportement sur la base de données subjectives, telles que le sentiment de la personne visée par le comportement harcelant. Il va de soi qu'une plainte de celle-ci, sur la base de l'alinéa 2 de cette disposition, ne suffit pas à établir l'existence d'une telle atteinte à la tranquillité»⁽⁸⁾. La Cour en conclut que «Il appartient en définitive au juge d'apprécier la réalité de l'atteinte à la tranquillité d'une personne, de la gravité de celle-ci et du lien de causalité entre cette perturbation d'une personne déterminée et le comportement harcelant. Il aura, pour ce faire, égard aux données objectives qui lui sont soumises, telles que les circonstances du harcèlement, les rapports qu'entretiennent l'auteur du comportement harcelant et le plaignant, la sensibilité ou la personnalité de ce dernier ou la manière dont ce comportement est perçu par la société ou le milieu social concerné»⁽⁹⁾.

Enfin, les actes posés doivent l'avoir été intentionnellement, mais le législateur écarte l'exigence d'une intention de nuire dans le chef de leur auteur. L'infraction requiert, en effet, un élément intentionnel spécifique à savoir que l'auteur ait su ou ait dû savoir que son comportement affecterait la tranquillité de la personne harcelée. Dans son analyse de la disposition, la Cour constitutionnelle a relevé que ces termes sont le résultat d'un compromis entre le souhait de certains députés de sanctionner le harceleur qui fait preuve de négligence ou d'imprévoyance et la volonté d'autres parlementaires de ne réprimer que celui qui «aura méchamment harcelé»⁽¹⁰⁾. Il y a donc lieu d'établir que le «harceleur» savait ou ne pouvait ignorer que son comportement perturberait la tranquillité de la

⁽⁴⁾ C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006.

⁽⁵⁾ Voy. à cet égard les commentaires de M. DE RUE, «Le Harcèlement», in *Les infractions. Vol. 2 – Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 729; P. DE HERT, J. MILLEN et A. GROENEN, «Het delict belaging in wetgeving en rechtspraak. Bijna tot redelijk proporties gebracht», *T. Straf.*, 2008/1, pp. 4-6.

⁽⁶⁾ Cass., 21 février 2007, R.G. n° P06.1415.F., J.T., p. 262 avec obs. A. MISONNE, *R.D.P.*, p. 529.

⁽⁷⁾ Sur ces différents éléments, voy. M. DE RUE, «Le Harcèlement», in *Les infractions. Vol. 2 – Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 731-733.

⁽⁸⁾ C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006, B.6.2.

⁽⁹⁾ C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006, B.6.4.

⁽¹⁰⁾ Proposition de loi insérant un article 442bis dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement, *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 1046/1, p. 2; *ibid.*, n° 1046/5; *ibid.*, n° 1046/6; *ibid.*, n° 1046/8, pp. 7-9.

personne visée. La Cour constitutionnelle estime que cette connaissance «pourra être établie sur la base d'éléments objectifs que le harceleur, tels que les circonstances du harcèlement, la nature des rapports entre le harceleur et le plaignant, la manière dont ce comportement est perçu par la société ou le milieu social concerné, voire, dans certains cas, la personnalité du plaignant»⁽¹¹⁾.

6. La cour d'appel de Bruxelles considère en l'espèce que l'infraction n'est pas établie dans le chef des prévenus.

Elle estime que le fait de recevoir quelques messages d'une formation politique dont on réprovoque éventuellement les opinions peut constituer un désagrément, mais ne suffit pas à «compromettre gravement la tranquillité» du destinataire de ces messages au sens de l'article 442bis du Code pénal. Ce faisant, il nous semble que la cour n'exclut donc pas que l'envoi de courriers non sollicités puisse, dans certaines circonstances, constituer un comportement harcelant susceptible de compromettre gravement la tranquillité de la personne concernée mais considère que la réception des quelques messages litigieux ne suffit pas.

Concernant M. T., elle constate, en outre, que sa réaction suite à la réception du message de Mme C. ne révèle pas qu'il n'aurait eu conscience de l'importuner puisqu'après avoir reçu une demande de radiation du fichier il s'est excusé. La cour ne se prononce pas sur le cas de l'a.s.b.l. Front National. En première instance, le tribunal correctionnel avait, quant à lui, rappelé le principe de l'article 5 du Code pénal aux termes duquel «Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte». Il avait estimé qu'il n'était pas établi que c'était dans le cadre de la réalisation de l'objet social de l'a.s.b.l. que les mes-

sages litigieux avaient été adressés ni que ladite a.s.b.l. était bien le commanditaire des courriers électroniques envoyés. Il relevait par ailleurs qu'il n'était pas plus établi que l'a.s.b.l. ait été «à l'origine d'une diffusion volontaire (dol général) et préjudiciable d'une liste de soi-disant inscrits et sympathisants du Front National». Aucun des éléments pointés ne fait toutefois écho à l'exigence du dol spécial propre à l'article 442bis du Code pénal.

7. Notons qu'il existe une autre infraction spécifique à l'usage des communications électroniques susceptible de sanctionner le fait d'importuner une personne par l'envoi de communications électroniques. Il s'agit de l'infraction régulièrement évoquée par les termes «harcèlement téléphonique» ou «harcèlement électronique» et qui est actuellement définie à l'article 145, §3bis de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Cette disposition prohibe le fait d'utiliser un réseau ou un service de communications électroniques ou d'autres moyens de communications électroniques afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages ou d'installer un appareil quelconque destiné à commettre cette infraction⁽¹²⁾.

L'usage des termes de *harcèlement électronique* ou *téléphonique* induisent en erreur quant aux éléments constitutifs de cette infraction puisqu'à la différence de l'infraction de harcèlement visée à l'article 442bis du Code pénal, ni l'article 114, §8, 2° ni l'article 145, §3bis n'exigent dans le chef de l'auteur un comportement relevant du harcèlement. Elles requièrent que soit établie dans le chef de l'auteur une volonté d'importuner le correspondant, sans que ne soit nécessaire une répétition d'actes. Ainsi, un seul message peut suffire pour qu'il y ait «harcèlement électronique» pourvu que l'expéditeur de la communication ait eu recours à l'utilisation d'un courrier électronique dans l'intention de perturber ou de causer un dommage au destinataire de celui-ci⁽¹³⁾. A *fortiori*, l'envoi répété de mes-

(11) C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006, B.6.5.

(12) Loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses, M.B., 8 mai 2007. Elle est inspirée de l'article 114, §8, 2°, de la loi du 21 mars 1991 qui, dans sa version applicable depuis 1997 et jusqu'à son abrogation par la loi du 13 juin 2005, incriminait «la personne qui utilise un réseau ou un service de télécommunications ou d'autres moyens de télécommunications afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages». L'article 114, §8, 2° était donc en vigueur au moment des faits et, nonobstant la référence aux télécommunications, il s'appliquait également à l'usage de moyens de communications autres que le téléphone, tel le courrier électronique par exemple (N. BANNEUX et L. KERZMANN, «Le mal nommé 'harcèlement téléphonique' : chronique des tribulations législatives d'une infraction moderne», *R.D.T.I.*, 2009, n° 34, pp. 33-34 et réf. citées).

(13) N. BANNEUX et L. KERZMANN, «Le mal nommé 'harcèlement téléphonique' : chronique des tribulations législatives d'une infraction moderne», *R.D.T.I.*, 2009, n° 34, p. 36.

sages pourrait donc être sanctionné par l'article 145, §3bis de la loi du 13 juin 2005. Par ailleurs, au contraire de ce qui est stipulé à l'article 442bis, il importe peu que le comportement incriminé ait perturbé ou non la tranquillité de la victime⁽¹⁴⁾.

Le phénomène du *spamming* peut parfaitement être appréhendé dans le cadre de cette infraction pour autant qu'on puisse établir l'intention de perturber le destinataire, ce qui dans le cadre de l'affaire tranchée par la cour d'appel semble toutefois faire défaut au regard de la motivation de l'arrêt. La cour d'appel estime qu'il n'est pas établi que M. T. avait connaissance du fait que l'envoi des messages litigieux pouvait irriter Mme C. de sorte que l'intention de perturber Mme C. requise à l'article 114, §8, 2^o précité n'aurait pas été établie.

Le spam publicitaire et la prospection directe

8. Tout comme le tribunal correctionnel l'avait fait, la cour d'appel de Bruxelles examine ensuite une possible disqualification de la prévention en infraction à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003. Cette disposition prévoit que «L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages».

La question sur laquelle la cour prend position est celle de savoir si ce droit de communication à caractère politique est visé par cette disposition.

La cour se réfère à l'article 2, 2^o de la loi du 11 mars 2003 qui inscrit effectivement le champ d'application de l'article 14 dans un cadre essentiellement commercial en donnant au terme «publicité» la définition suivante : «toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou

d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée». La cour en déduit que l'article 14 ne vise pas l'envoi de courriers électroniques relatifs à un parti politique dès lors que celui-ci n'a pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée. Cette interprétation va d'ailleurs dans le sens de la doctrine⁽¹⁵⁾.

9. Pour mettre la position adoptée par l'arrêt de la cour de Bruxelles en perspective, il nous semble intéressant de procéder à un rapide rappel sur l'origine des dispositions applicables en la matière.

Il existe, au niveau européen, plusieurs textes qui traitent de la problématique⁽¹⁶⁾ et, au niveau belge, deux lois qui les transposent.

Tout d'abord, la directive 95/46/CE⁽¹⁷⁾ contient une disposition spécifique à l'utilisation de données à caractère personnel à des fins de prospection. Ainsi l'article 14, b) de la directive impose aux États membres de reconnaître à la personne dont les données sont traitées dans un but de prospection directe le droit de s'opposer, sur demande et gratuitement à l'utilisation de ces données à cette fin. Cette disposition a été transposée dans le cadre de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Nous y reviendrons.

Par ailleurs, l'article 7 de la directive sur le commerce électronique⁽¹⁸⁾ invite les États membres à prévoir que les communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire et à prendre des mesures garantissant que les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres «opt-out» dans lesquels les personnes physiques qui ne sou-

(14) C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006, B.13.2.

(15) P. VAN ECKE, «De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar», *R.W.*, 2003-2004, p. 333; F. DE CLIPPELE, «Ongewenste reclame per elektronische post, blijf van mijn schijf», *R.W.*, 2003-2004, p. 1711; D. GOBERT, «Le courrier publicitaire au regard du droit», *R.D.T.I.*, 2005, n° 22, p. 12; E. MONTERO, «La publicité sur internet : principes juridiques et applications», in *Les pratiques de commerce électroniques*, Cahier du CRID, n° 30, Bruxelles, 2007, Bruylant, pp. 28-29.

(16) Voy. not. à cet égard, F. DE CLIPPELE, «Ongewenste reclame per elektronische post, blijf van mijn schijf», *R.W.*, 2003-2004, pp. 1705 et s.

(17) 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, *J.O.*, n° L 281 du 23 novembre 1995, pp. 0031-050.

(18) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16.

haitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières.

Enfin, l'article 13 de la directive 2002/58/CE⁽¹⁹⁾ stipule que l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés à un service de communication électronique ayant donné leur consentement préalable⁽²⁰⁾. Des exceptions à ce principe sont toutefois prévues à ce régime strict dit de l'«*opt-in*».

10. La transposition en Belgique de ces deux dernières dispositions en ce qui concerne l'utilisation du courrier électronique⁽²¹⁾ a été faite à l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 et au sein de son arrêté d'exécution du 4 avril 2003. Il en a résulté que le régime de l'*opt-in* reçoit en droit belge une coloration exclusivement commerciale alors que tel n'était pas le cas au niveau européen⁽²²⁾. En effet, la transposition conjointe des exigences de l'article 7 de la directive 2000/31/CE et de l'article 13 de la directive 2002/58/CE au sein de l'article 14 la loi sur les services de la société de l'information a conduit à un télescopage des dispositions avec pour consé-

quence que le régime prévu à l'article 13 de la directive 2002/58/CE qui est censé s'appliquer aux courriers électroniques utilisés à des fins de *prospection directe* trouve sa portée limitée à l'envoi de courriers électroniques à des fins de *publicité*. Le concept de publicité tel que repris dans la loi du 11 mars 2003 provient de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Or, au sens de la législation relative aux données à caractère personnel⁽²³⁾, le terme «prospection» englobe non seulement les activités commerciales mais également les activités de prospection faites par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique⁽²⁴⁾. Lors de la transposition de l'article 13 en droit belge, il allait d'ailleurs de soi pour la Commission de la Protection de la vie privée, que le champ d'application de l'article 14 précité devait recevoir une portée plus large et ne pas viser que le seul envoi de *publicités*⁽²⁵⁾.

11. L'arrêt de la cour d'appel, confirmant sur ce point l'interprétation du tribunal correctionnel, estime que la terminologie utilisée à l'article 14 ainsi que la finalité de la loi du 11 mars 2003 exclut son application à des communications liées à l'activité d'un parti politique.

(19) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.*, L 201 du 31 juillet 2002, pp. 37-7.

(20) Le libellé de cette disposition a entretemps été modifié par la directive 2009/136/CE : «L'utilisation de systèmes automatisés d'appel et de communication 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 ou des utilisateurs ayant donné leur consentement préalable» (directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *J.O.*, L 337 du 18 décembre 2009, pp. 11-36).

(21) Pour ce qui est de l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs, la disposition est transposée à l'article 100 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques de marché et à la protection du consommateur (qui correspond à l'ancien article 82 de la loi sur les pratiques de commerce) et qui stipule que «l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs à des fins de publicité adressée spécifiquement à une personne physique est interdite sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages».

(22) Voy. à cet égard la brochure diffusée par le SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie et intitulée «Le 'spamming' en 24 questions & réponses», janvier 2005, <http://mineco.fgov.be>, p. 8.

(23) Directive 95/46/CE, article 14, b) et directive 2002/58/CE, article 13.

(24) Voy. considérant 30 de la directive 2002/58/CE et Groupe de l'article 29, «Avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la directive 2002/58/CE», WP 90, 27 février 2004, <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy>, p. 7.

(25) Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/2003 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, www.privacycommission.be, p. 4. La Commission relève dans le rapport relatif au projet de loi (n° 50-2100/3), il est précisé sur la notion de publicité que «Le contenu de ces messages peut varier : il peut s'agir de publicités commerciales, de messages politiques ou autres». Cette mention avait d'ailleurs été pointée en instance correctionnel qui avait toutefois considéré qu'il n'avait «jamais été question d'appliquer cette loi 'anti-spam' à un autre objectif que celui d'améliorer les pratiques du commerce dans le domaine des nouvelles technologies» (Corr. Bruxelles (62^e ch.), 27 novembre 2008, inédit, p. 5).

Le spam en tant que traitement de données à caractère personnel

12. Parallèlement à cette réglementation à ancrage commercial, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel s'applique également à l'envoi du courrier non sollicité à partir du moment où cela implique le traitement de données à caractère personnel, c'est-à-dire de données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable⁽²⁶⁾. Tel est le cas lorsque l'on enregistre, conserve ou utilise des données afin d'envoyer des courriers électroniques à une adresse personnelle, qu'elle soit privée ou professionnelle⁽²⁷⁾.

Cette législation détermine certaines conditions et limites à la mise en œuvre de traitement de données. Elle aborde spécifiquement l'utilisation de données à caractère personnel à des fins de *direct marketing* en son article 12, § 1^{er}, alinéa 3 transposant ainsi l'article 14, d) de la directive 95/46/CE évoqué ci-avant. Cette disposition prévoit un droit d'opposition gratuit et sans justification lorsque les données à caractère personnel sont collectées à des fins de *direct marketing*. La loi exige par ailleurs que le responsable du traitement informe spécifiquement la personne concernée quant à l'existence de ce droit⁽²⁸⁾. Selon la Commission de la Protection de la vie privée, les messages de *direct marketing* ne se limitent pas aux communications à caractère commercial et visent également les courriers envoyés à des fins de prospection politique⁽²⁹⁾.

Indépendamment des considérations que la Cour tirera par ailleurs dans l'arrêt commenté de l'application de la loi du 8 décembre 1992 et que nous évoquerons ci-après, on remarquera que le «*spamming* politique» peut donc requérir que le destinataire des messages se voie offrir un droit

d'opposition lors de l'obtention des informations. Cet aspect de la loi n'est pas directement évoqué par la cour. Il est vrai que le non-respect de l'article 12 de la loi n'est pas pénalement sanctionné. En revanche, le non-respect de l'obligation d'information à cet égard l'est. Cela dit, il nous semble que la question de l'existence ou non d'un véritable *spamming* politique n'est pas tout à fait étrangère aux questions abordées par ailleurs par la Cour, comme nous l'expliquerons ci-après.

13. Dans l'affaire commentée, la partie civile avait sollicité la requalification de la prévention en infraction aux articles 5 et 6, d, de la loi du 8 décembre 1992 pour lesquels une sanction pénale est prévue à l'article 39 de cette même loi⁽³⁰⁾.

La législation relative au traitement de données à caractère personnel permet le traitement des données dans le respect de certains principes⁽³¹⁾ et impose notamment que le traitement soit toujours loyal et licite, tandis que les finalités de traitement doivent être déterminées, spécifiques et légitimes. La loi du 8 décembre 1992 dresse une liste limitative des cas dans lesquels les finalités de traitements sont *a priori* légitimes (par exemple lorsqu'elles sont nécessaires à l'exécution d'un contrat ou que la personne dont les données sont traitées y a consenti)⁽³²⁾. En revanche, la loi interdit en principe les données de certaines données dites «sensibles» sauf dans les cas spécifiquement admis par la loi du 8 décembre 1992⁽³³⁾. Parmi les données sensibles figurent les données qui révèlent les opinions politiques spécifiquement visées à l'article 6, § 1^{er} de la loi.

14. La cour n'examine pas la question de savoir si, en l'espèce, le traitement avait été conforme aux conditions de l'article 6, d. Très logiquement, elle se penche sur la qualification desdites données. Elle estime que le fait que l'adresse électronique de Mme C. se trouve dans le fichier utilisé pour communi-

⁽²⁶⁾ Du moins lorsque le traitement ne s'inscrit pas dans le cadre des activités purement privées d'une personne. L'article 3, §2, de la loi du 8 décembre 1992 prévoit que «la présente loi ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques».

⁽²⁷⁾ Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/2003 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, www.privacycommission.be, p. 3.

⁽²⁸⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 9, § 1^{er}, c) et 9, § 2, c).

⁽²⁹⁾ Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/23 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, www.privacycommission.be, p. 3.

⁽³⁰⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 39, 2°.

⁽³¹⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 4.

⁽³²⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 5.

⁽³³⁾ Loi du 8 décembre 1992, articles 6, 7 et 8.

quer sur les activités du Front National n'est pas de nature à révéler les opinions politiques de Mme C. eu égard au fait qu'il avait été expliqué par les prévenus que d'autres personnes s'y trouvent également par intérêt professionnel (tels des journalistes), par sympathie ou par simple curiosité. Il n'y avait donc pas, selon l'appréciation factuelle qu'en fait la cour, d'équation entre appartenance au fichier et information relative à une appartenance à un parti politique. Dès lors que le traitement ne portait pas sur des données sensibles, l'article 6 de la loi ne trouvait pas à s'appliquer.

Si le traitement n'est pas interdit, il doit toutefois être fondé sur, à tout le moins, une des bases énumérées limitativement à l'article 5 de la loi. La cour estime qu'en l'espèce aucune de ces hypothèses n'est rencontrée et en particulier, pas celle d'un consentement de la personne concernée par les données. En matière d'envoi de communications non sollicitées, on évoque généralement deux bases possibles. Outre le consentement indubitable de la personne concernée, un traitement peut être effectué «lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi»⁽³⁴⁾. Il s'agit donc d'une balance des intérêts en présence à effectuer au cas par cas.

La cour considère donc que les prévenus ne pouvaient se prévaloir de cette disposition, de sorte que seul le consentement de la personne concernée aurait pu légitimer le traitement. Le consentement implique, au sens de la loi, une «manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement»⁽³⁵⁾. Il n'y a toutefois pas d'exigence de

forme à ce consentement. Dès lors que Mme C. conteste avoir donné un tel consentement, la cour relève qu'il appartient aux prévenus de l'établir le cas échéant, ce qu'ils ne font pas.

15. La position de la cour n'est pas plus argumentée. On notera toutefois qu'elle s'inscrit dans la droite ligne de la position adoptée par la Commission de la Protection de la vie privée en ce qui concerne l'envoi de communications non sollicitées à des fins de prospection.

Dans un avis du 22 novembre 2000, la Commission avait considéré que «Dans certaines circonstances, et notamment lorsque des données sont collectées et utilisées à des fins de marketing ciblé (marketing 'one to one'), il ne paraît pas qu'un équilibre entre les droits et intérêts des parties en présence soit atteint. Il faudra dans de cas obtenir le consentement de la personne concernée, tel que le prévoit l'article 5a»⁽³⁶⁾.

La question reste de savoir s'il y a lieu, dans ce cadre, de distinguer ce qui relève de la véritable prospection et de la simple information. La Commission de la Protection de la vie privée adopte la définition du *direct marketing* donnée par le Conseil de l'Europe⁽³⁷⁾ à savoir «l'ensemble des activités ainsi que tout service auxiliaire à celles-ci permettant d'offrir des produits et des services ou de transmettre tous autres messages publicitaires à des segments de population par le moyen du courrier, du téléphone ou d'autres moyens directs dans le but d'informer ou afin de solliciter une réaction de la part de la personne concernée»⁽³⁸⁾. L'information sur les activités d'un parti pourrait donc tomber dans le champ d'application de l'article 12 de la loi et correspondre à du *direct marketing*. Jusqu'à présent, le traitement de la question s'est toutefois surtout focalisé sur la collecte d'adresses e-mail et l'envoi de courriers à des fins de propagande électorale⁽³⁹⁾. Dans ce contexte, la Commission

⁽³⁴⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 5, f.

⁽³⁵⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 1^{er}, §8.

⁽³⁶⁾ Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 34/2000 relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique, 22 novembre 2000, www.privacycommission.be, p. 5.

⁽³⁷⁾ Recommandation n° (R) 85 20 relative à la protection des données à caractère personnel utilisée à des fins de *direct marketing* du 25 octobre 1985.

⁽³⁸⁾ Voy. la fiche sur le *direct marketing* disponible sur www.privacycommission.be.

⁽³⁹⁾ Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/23 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, www.privacycommission.be, p. 3; voy. également le document établi par la Commission intitulé «Principes fondamentaux relatifs au respect de la vie privée par les partis et les mandataires politiques dans l'utilisation des données à caractère personnel», disponible sur le site <http://elections2006.wallonie.be>.

avait affirmé le principe de l'exigence d'un consentement préalable des personnes concernées⁽⁴⁰⁾. Elle avait toutefois nuancé sa position en s'appuyant sur l'exception au régime du consentement préalable contenue à l'article 13 de la directive 2002/58/CE (à une époque où il n'avait pas encore été transposé) pour considérer qu'«un parti politique pourrait [...] envoyer des communications électroniques à ses affiliés, dans la mesure où ceux-ci lui ont fourni directement leurs coordonnées (électroniques) à cet effet. Des informations précises sur les finalités auxquelles les données sont collectées devront être fournies aux (futurs) affiliés au moment de la collecte des données, par exemple sur le formulaire à remplir»⁽⁴¹⁾.

Autrement dit, c'est au terme d'une pondération entre les intérêts de l'expéditeur d'un courrier portant un message de propagande électorale et les inconvénients qui en résultent pour celui les recevant sans l'avoir sollicité, que la Commission estime que le courrier ne peut être adressé sur cette base de sorte que l'auteur doit pouvoir se fonder sur une autre hypothèse visée à l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992. Seule celle du consentement peut être concrètement pertinente. Il ne s'agit toutefois que d'un avis de la Commission. Comme rappelé ci-avant, la loi n'exige quant à elle que l'octroi d'un droit d'opposition. Cela dit, l'avis de la Commission rejoint en pratique l'exigence de l'article 13 de la directive 2002/58/CE d'un consentement préalable lorsqu'il s'agit de courriers électroniques de prospection directe.

16. La dernière question tranchée par la Cour est celle de l'identité du responsable du traitement. L'article 39, 2° de la loi du 8 décembre 1992 stipule qu'«est puni d'une amende de cent francs à cent mille francs, le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui traite des données en dehors des cas prévus à l'article 5». Le responsable du traitement peut tout aussi bien être une personne physique qu'une personne morale ou même une association de fait ou une administration publique. Il s'agit de la personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, déter-

mine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel⁽⁴²⁾.

La qualité de responsable de traitement dépend donc d'une situation de fait : il convient pour chaque traitement de déterminer qui se charge ou a le pouvoir de décider des finalités du traitement ainsi que des moyens mis en œuvre pour le réaliser. Il peut s'agir de plusieurs personnes lorsqu'elles participent toutes à la détermination des finalités et des moyens de traitement. Dans ce cas, elles sont coresponsables de traitement.

La cour désigne l'a.s.b.l. Front National comme étant la personne morale responsable du traitement des données à caractère personnel contenues dans les fichiers élaborés dans le cadre des activités du parti Front National. En ceci, elle se démarque de la position du tribunal correctionnel qui avait estimé qu'il n'était pas établi que l'a.s.b.l. Front National était bien le commanditaire de l'envoi des messages litigieux.

La cour considère également qu'il ne ressort pas du dossier que le second prévenu, M. T. ait été désigné en qualité de mandataire ou de préposé de l'a.s.b.l. Elle ne retient aucune prévention à son égard sans toutefois remettre en cause le fait que M. T. ait adressé un message non sollicité à Mme C. Aussi, la Cour semble-t-elle ne tirer aucune conséquence du fait que M. T. aurait lui-même adressé pour son compte ou celui d'un tiers un message litigieux dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel.

Conclusion

La solution dégagée par la cour d'appel nous semble conforme à l'interprétation généralement donnée aux dispositions légales qui y sont évoquées comme susceptibles de fonder une infraction dans le cas d'espèce.

On notera toutefois que ces dispositions offrent un remède imparfait aux inconvénients liés au *spamming*. En effet, à la lecture de la décision rendue en première instance, on comprend que les désagréments subis par Mme C. provenaient en premier chef du fait que ses coordonnées se trouvaient

(40) En ce sens, voy. M. DEMOULIN, «Envoi de publicités par courrier électronique : quelques problèmes prévisibles», *DA. O.R.*, n° 70, 2/2004, p. 99.

(41) Commission de la Protection de la vie privée, avis n° 07/23 relatif à l'utilisation des moyens de communication électroniques à des fins de propagande électorale, 27 février 2003, www.privacycommission.be, p. 4.

(42) Loi du 8 décembre 1992, article 1^{er}, §4.

dans un fichier dont plusieurs personnes ont fait usage pour adresser des courriers électroniques. Si la loi du 8 décembre 1992 fournit une base de sanction, on constate que, vis-à-vis de Mme C., celle-ci revêt une dimension toute aussi symbolique que l'euro que lui octroie la cour à titre de dommages et intérêts. En réalité, l'origine du problème vient du non-respect de l'obligation d'information et d'opposition qui sont prévus également par la loi du 8 décembre 1992 et qui permettent à la personne dont les données sont traitées d'exercer un contrôle au début d'un traitement par la combinaison des articles 9 et 12 de la loi du 8 décembre 1992.

L'article 9 impose au responsable d'un traitement de fournir plusieurs informations à la personne dont il traite les données, et ce dès la collecte de ses données ou de leur enregistrement par le responsable du traitement, si ce dernier ne les a pas obtenues directement auprès de cette personne. Parmi ces informations figurent la finalité du traitement et l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant envisagé à des fins de *direct marketing*, droit prévu par ailleurs à

l'article 12, § 1^{er}, alinéa 3 de la loi. Pour assurer un exercice effectif de cette faculté, la loi oblige les personnes qui recueillent ces données de contact à des fins de *direct marketing* à inviter la personne concernée par les données à indiquer si elle entend exercer son droit d'opposition⁽⁴³⁾. Ce droit d'opposition peut, du reste, être exercé par la suite à tout moment et la loi prévoit des délais de prise en compte spécifique de cette demande⁽⁴⁴⁾. En cas de non-prise en compte de la demande, une procédure comme en référé permet à la personne concernée de faire valoir ses droits⁽⁴⁵⁾. La loi du 8 décembre 1992 prévoit donc non seulement des sanctions en cas de non-respect des règles applicables à l'envoi de courriers de prospection directe mais également des mécanismes qui doivent en principe prévenir le genre de situation qui a donné lieu à l'arrêt commenté.

Karen ROSIER

Assistante à la faculté de droit des FUNDP
Chercheuse au Centre de Recherches Informatique
et Droit (Crid), FUNDP
Avocate au barreau de Namur

⁽⁴³⁾ Voy. article 9 de la loi du 8 décembre 1992 et articles 34 et 35 de son arrêté royal d'exécution du 13 février 2001.

⁽⁴⁴⁾ L'article 12, §3, alinéa 2 prévoit que le responsable du traitement communique dans un délai d'un mois à la personne concernée quelle suite il a donnée à la demande.

⁽⁴⁵⁾ Loi du 8 décembre 1992, article 14.