

N° 368624
Société TUTO4PC

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies
Séance du 11 février 2015
Lecture du 11 mars 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Comme son nom entend l'indiquer, la société Tuto4PC conçoit des tutoriels destinés à être téléchargés sur les ordinateurs personnels des internautes. Plus exactement, elle propose sur les sites qu'elle exploite - www.eorezo.com (ancien nom de la société) et www.tuto4pc.com - des logiciels en téléchargement gratuit. La société se rémunère par la commercialisation d'espaces publicitaires générés par le téléchargement des logiciels. La contrepartie de la gratuité des logiciels est donc, pour l'utilisateur, la collecte de certaines de ses données personnelles, leur cession à des annonceurs et partenaires commerciaux de la société, et la réception de sollicitations diverses de la part de ces annonceurs.

En 2010 et 2011, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a été saisie de deux plaintes d'utilisateurs se plaignant de l'apparition intempestive de fenêtres publicitaires sur leur écran d'ordinateur à la suite de téléchargements de logiciels fournis par Tuto4PC. La présidente de la CNIL a alors décidé, le 9 mai 2012, de l'engagement d'une mission de contrôle sur place au siège de la société, qui s'est déroulée les 21 mai et 2 août 2012. Puis par une décision n°2012-032 du 16 octobre 2012, la présidente de la CNIL a adressé à la société une mise en demeure de faire cesser dans un délai de deux mois ce qu'elle estimait constituer des manquements à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, comme l'y habilite l'article 45 de cette même loi¹.

La liste des manquements constatés était roborative. Elle comprenait la violation de l'article L. 34-5 du code des postes et des télécommunications électroniques, qui interdit la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable et charge la CNIL de veiller à son respect², celle de l'article 32 de la loi informatique et libertés, qui interdit d'accéder à des informations stockées sur l'ordinateur

¹ « I. - La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction. / Le président de la commission peut également mettre en demeure ce responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe. En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à cinq jours. »

² Sixième alinéa : « La Commission nationale de l'informatique et des libertés veille, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions du présent article en utilisant les compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. A cette fin, elle peut notamment recevoir, par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions du présent article. »

de l'internaute ou d'y inscrire des informations sans son information et accord préalables³, des méconnaissances de l'article 6 de la même loi, qui consacre l'obligation de loyauté de la collecte et du traitement des données personnelles⁴ et limite la durée de conservation des données⁵, et un manquement à son article 34 relatif à la sécurité des données⁶⁷.

Il faut dire que la relation, par la mise en demeure, de ce qui arrive à l'utilisateur qui télécharge un logiciel depuis les deux sites de la société ne laisse pas indifférent. Pour l'essentiel, un moteur de recherche exploité par la société se substitue à la page d'accueil par défaut du navigateur internet, des fenêtres publicitaires s'ouvrent spontanément toutes les vingt minutes, même si l'application téléchargée n'est pas utilisée ni aucun navigateur ouvert, et sans qu'il soit possible de s'en débarrasser en redémarrant l'ordinateur. La navigation de l'internaute est analysée à des fins publicitaires, un cookie est déposé sur l'ordinateur pour générer des journaux (logs) relatifs à l'affichage de la régie publicitaire, les adresses IP sont collectées et conservées dans une base dénommée Eorezo en vue de régler d'éventuels litiges de la société avec les annonceurs et dans certains cas directement transmises à ces derniers. L'ampleur de ces pratiques n'a rien d'anecdotique, puisqu'au moment des contrôles, la base Eorezo contenait 12 862 307 comptes prospects ; en décembre 2011, ses annonces publicitaires étaient diffusées sur 4,2 millions d'ordinateurs.

La société ne conteste aucun de ses éléments de fait mais attaque néanmoins la mise en demeure, ainsi que la décision du 18 mars 2013 rejetant son recours gracieux, par un recours pour excès de pouvoir dont vous êtes compétents pour connaître en premier et dernier ressort en vertu de l'article R. 311-1, 4° du CJA.

Vous jugez un tel recours contre une mise en demeure de l'article 45 recevable, en vertu d'une jurisprudence curieusement non fichée (v., explicitement, JRCE, 5 septembre 2008, *Société directannonces*, n° 319071 et implicitement, CE, 11 avril 2014, *Association juricom et associés*, n° 348111), mais qui s'inspire d'un précédent *M...* (CE, 28 juillet 2004, n° 262851, p.) forgé du temps où la loi CNIL ne prévoyait pas expressément l'existence des mises en demeure. Il était lui même inspiré par votre décision de Section du 25 janvier 1991, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, p. 30, aux conclusions du Président Stirn, qui relevait que la mise en demeure constitue une décision faisant grief notamment dans le cas où, au regard des textes en vertu desquels elle intervient, elle produit des effets qui lui sont propres, soit par les sanctions dont elle menace, soit par la

³ « II. - Tout abonné ou utilisateur d'un service de communications électroniques doit être informé de manière claire et complète, sauf s'il l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant : / - de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement ; / - des moyens dont il dispose pour s'y opposer. / Ces accès ou inscriptions ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle. »

⁴ « 1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ».

⁵ « 5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées »

⁶ « Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès »

⁷ Etait aussi en jeu un manquement à son chapitre IV à raison d'un système de vidéosurveillance non déclaré, mais qui n'apparaît pas dans le litige.

position qu'elle arrête, en réglant une question déterminée⁸. Les mises en demeure de l'article 45 nous semblent répondre, comme celle qui était en cause dans l'affaire *M...*, à ces deux caractéristiques.

Précisons enfin que l'indication, dans un mémoire en réplique, de ce que la société s'est conformée à toutes les injonctions de la mise en demeure sauf une ne prive pas d'objet le litige sur les injonctions exécutées, que la société continue expressément de contester.

Le premier moyen est tiré de l'insuffisance de motivation de la mise en demeure et de la décision de rejet du recours gracieux. SI vous avez jugé que les mises en demeure de l'article 45 n'entraient dans aucune des catégories de décisions devant être motivées en vertu de l'article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (CE, 11 avril 2014, *Association juricom et associés*, n° 348111 précitée), l'article 73 du décret du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi informatique et libertés exige qu'elle liste les manquements et fixe le délai dans lequel ils doivent cesser. Au regard de ces exigences, la motivation est généreuse en l'espèce.

Le deuxième moyen, central, est tiré de la méconnaissance par la CNIL de l'article L. 34-5 du code des postes et des télécommunications électroniques. Il se double d'une exception d'illégalité de la norme simplifiée n° 48 édictée par la CNIL. Il nous faut, pour l'expliquer, nous attarder sur le manquement à cet article constaté par la mise en demeure.

La CNIL, ayant constaté que la société Tuto4PC collectait, au sein de la base Eorezo, les coordonnées des personnes physiques ayant téléchargé une application, s'est intéressée aux modalités de recueil du consentement des intéressés pour une telle collecte. Elle a constaté que l'internaute, après avoir renseigné le formulaire de collecte, formalité conditionnant la possibilité de télécharger gratuitement le logiciel, est invité à accepter « sans restriction ni réserve » les conditions générales. Une mention d'information, présente au bas du formulaire de collecte, précise qu'« en acceptant les conditions générales, vous consentez à ce que ces informations puissent faire l'objet d'une exploitation commerciale, d'une communication à des tiers ou d'une cession ». La CNIL a estimé que l'internaute n'était, avec ce dispositif, « invité qu'à accepter, de manière générale et indifférenciée, les conditions d'utilisation des applicatifs téléchargés », et que quand bien même les conditions d'utilisation l'informerait de son engagement à recevoir de la prospection commerciale par voie électronique, leur acceptation ne peut être assimilée à un consentement spécifique au sens des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 34-5 qui définit le consentement comme « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée ». Elle s'est notamment référée au fait que la société avait souscrit un engagement de conformité à la norme simplifiée n° 48, qui précise que « l'acceptation des conditions générales d'utilisation n'est pas une modalité suffisante du recueil du consentement des personnes ». Le débat contentieux se cristallise sur la portée à donner au terme « spécifique », la CNIL soutenant qu'il implique un consentement spécifiquement recueilli sur la question de l'utilisation commerciale des données, qui ne saurait être dilué dans l'acceptation des conditions générales d'utilisation. La société soutient que ce faisant, la CNIL ajoute à la loi des exigences qui n'y figurent pas.

L'économie générale des textes applicables nous semble donner raison à la CNIL.

⁸ V. aussi le cours du Président Odent, p. 996.

La directive 2002/58/CEE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002⁹, dite « directive vie privée et communications électroniques », a entendu mettre fin à la possibilité de recourir aux pratiques dites d'*opt out* en matière commerciale (droit de prospection commerciale sauf désinscription de l'internaute) au profit d'une exigence de consentement préalable dit *opt in*. C'est à cette fin que son article 13 prévoit que « L'utilisation de (...) de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable. » Son article 2 renvoie, en son point f, la définition du consentement à celle donnée par la directive 95/46/CE, à savoir « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Le considérant 17 de la directive explicite cette définition en précisant que « Le consentement peut être donné selon toute modalité appropriée permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée, y compris en cochant une case lorsqu'il visite un site Internet » et le 3 de l'article 13 rebondit sur cette dernière mention en laissant, en substance, le choix entre une case à cocher par les personnes qui consentent à faire l'objet de prospection et une case à cocher par les personnes qui refusent d'en faire l'objet.

Les dispositions de l'article L. 34-5 sont le pendant national de cette directive. Ces termes doivent être interprétés à la lumière de l'économie de cette dernière et, dans ce contexte juridique, nous ne trouvons en rien excessive la lecture de la CNIL, qui exige au titre du consentement spécifique un consentement à l'utilisation commerciale qui ne soit pas noyé dans un consentement global aux conditions d'utilisation d'un logiciel. Et nous ne tirons pas de l'exigence, formulée à l'article 8 de la loi informatique et libertés, d'un consentement exprès pour la collecte et le traitement de certaines données sensibles, un *a contrario* permettant de se contenter pour les autres données d'un consentement plus indirect.

Cette lecture est au demeurant celle que retiennent, d'une part, le comité dit de l'article 29, dans un avis 15/11 du 13 juillet 2011 relatif à la définition du consentement, et qui l'analyse comme « une manifestation indubitable de la volonté d'une personne de voir ses données utilisées à des fins commerciales », d'autre part la commission des clauses abusives. Comme la requérante, nous estimons bien entendu que ces définitions sont dépourvues de valeur normative. Mais elles nous confortent dans l'idée que la lecture que nous préconisons des textes, qui nous semble fondée en droit, n'est pas inopportune. Plaide dans le même sens la circonstance, invoquée en défense, que les pratiques de professionnels tels que l'Union française du marketing direct ou l'Association pour la protection de l'usage des messages électroniques à objet commercial rejoignent les exigences de la CNIL.

Nous vous invitons donc à interpréter, comme l'a fait la CNIL, l'exigence de consentement spécifique à recevoir des prospections directes comme l'exigence d'un consentement exprimé spécifiquement sur ce point et lui seul, à l'exclusion de toute formule diluant ce consentement dans une acceptation plus générale.

Une telle position résout mécaniquement l'exception d'illégalité de la norme simplifiée n° 48. Rappelons que l'article 17 de la loi informatique et libertés prévoit que

⁹ Directive 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).

« Pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, la commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie des normes simplifiées inspirées des caractéristiques mentionnées à l'article 19 ». La norme simplifiée n° 48, adoptée par délibération n° 2012-209 du 21 juin 2012, concerne les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion de clients et de prospects. Il est certain qu'une telle norme, même si la CNIL peut y exprimer son pouvoir réglementaire (CE, Ass. 12 mars 1982, *CGT*, n° 25173, p.) n'aurait pas pu légalement prévoir une modalité de consentement plus exigeante que ce que la loi requiert. Mais dès lors que vous interprétez la loi comme exigeant précisément ce que la norme explicite, vous laverez cette dernière de tout soupçon. Au demeurant, les décisions litigieuses citent la norme plus qu'elles ne l'appliquent, de sorte que l'exception d'illégalité est, en tout état de cause, à la limite de l'opérance.

A titre subsidiaire, la société soulève un moyen que nous dirions de « qualification juridique » si nous étions en cassation et qui est en réalité le prolongement du moyen d'erreur de droit dans le maniement de l'article L. 34-5 du code des postes et des télécommunications électroniques. Il consiste à dire que, même au regard de la conception exigeante que nous venons de retenir et que la société réfute, le dispositif de recueil du consentement était satisfaisant. Elle insiste sur ce que l'acceptation des conditions générales d'utilisation est requise à trois reprises, deux fois au stade du téléchargement, et une fois au moment de l'installation du logiciel. Mais nous ne croyons pas que la réitération d'un consentement dilué vaille consentement spécifique.

Nous en avons fini avec les moyens relatifs à la caractérisation du manquement à l'exigence de consentement préalable.

Reste à examiner un dernier moyen, dirigé contre la seule des injonctions à laquelle la société a refusé de se conformer. Elle est rédigée en ces termes : « prendre toutes les mesures nécessaires pour que les coordonnées, collectées pas la société sans recueillir de consentement spécifique, ne soient plus utilisées, notamment par les sociétés Ibase et Mail-black, à des fins de prospection directe électronique. »

Cette injonction est atypique à deux égards : d'une part, elle ne tend pas à faire cesser un manquement de la société, mais à mettre fin aux conséquences dommageables de ce manquement ; d'autre part, bien qu'adressée à l'auteur du manquement, elle attrait dans son champ des tiers à la mise en demeure. Ces spécificités font écho à celles du manquement à l'exigence de recueil d'un consentement préalable, dont les conséquences sont continues et contaminent l'ensemble de la chaîne de traitement des données mal collectées à l'origine.

La société fait feu de ces aspérités et soutient que cette injonction constitue une sanction, revêt une portée rétroactive, et excède les pouvoirs de la CNIL.

Il va de soi que l'injonction litigieuse n'a rien d'une sanction, puisqu'elle n'a pas pour objet de punir un manquement passé, mais bien, pour reprendre l'expression d'Edouard Crépey dans ses conclusions sur l'affaire *Société AIS* (CE, 27 juillet 2012, n° 340026, T. p.), d'« éviter la persévérance dans l'erreur ».

Pour la même raison, elle nous semble dépourvue de la portée rétroactive dont l'accable la société, puisqu'il s'agit bien seulement d'empêcher pour l'avenir l'utilisation de données dont la collecte n'a pas été conforme aux exigences légales.

Enfin nous pensons que la CNIL pu valablement, plutôt que d'engager une procédure de contrôle à l'encontre de l'ensemble des cessionnaires des données collectées sans consentement, faire peser sur la société cédante l'obligation d'accomplir des diligences à leur égard pour faire en sorte qu'ils s'abstiennent d'utiliser les données aussi longtemps que le vice de consentement n'aura pas été régularisé. Une telle souplesse dans l'exercice des pouvoirs d'injonction de la CNIL, dont nous ne minimisons pas la portée puisqu'elle revient pratiquement à la laisser s'immiscer dans des relations contractuelles, nous semble le corollaire du caractère d'ordre public des clauses dont elle a pour mission d'assurer le respect. Elle nous semble largement gagée, en outre, par le contrôle vigilant que vous faites peser, en aval, sur les décisions de sanction, qu'équilibrerait opportunément une dose de liberté laissée à la CNIL en amont.

PCMNC – Rejet.