

NUMERO SPECIAL : CREATION ET EXPLOITATION DE FICHIERS

Toujours soucieuses d'améliorer leurs performances, les entreprises ont de plus en plus fréquemment recours à l'utilisation de fichiers informatisés, que ce soit pour les besoins de leur gestion interne (fichiers du personnel) ou pour leurs activités de prospection commerciale (fichiers clients).

Force est toutefois de constater que bien peu de ces fichiers ou de leurs utilisations sont conformes à la réglementation dont ils relèvent. Cette réglementation, issue de la **loi dite « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978** (1) est pourtant extrêmement contraignante, les pouvoirs publics ayant voulu un texte susceptible de protéger efficacement la vie privée et les libertés individuelles contre les risques découlant de la multiplication des fichiers contenant des informations nominatives.

Le sujet est toujours d'actualité, à telle enseigne qu'un **projet de réforme** de la loi de 1978 est actuellement en discussion devant le Parlement (2). L'occasion était donc idéale de rappeler les principales dispositions de la réglementation applicable à la collecte et à l'utilisation des informations nominatives.

I - CREATION DES FICHIERS

Un fichier se définit habituellement comme étant un ensemble organisé de données.

Le fichier, au sens de la loi Informatique et Liberté, a une signification plus restrictive : il est un ensemble d'**informations nominatives** (c'est-à-dire rattachées à une personne identifiée ou identifiable, par opposition, par exemple, aux informations statistiques).

Une première lecture de la loi laisserait à penser que le texte encadre non pas la constitution du fichier elle-même, mais l'usage qui doit en être fait ou, plus précisément encore, l'usage par "traitement automatisé" auquel il est potentiellement destiné.

Mais en réalité, le texte fait l'objet d'une interprétation très extensive par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) de telle manière que dans les faits, presque toutes les constitutions de fichiers tombent sous le coup de la Loi Informatique et Libertés et doivent faire l'objet d'une déclaration préalable (A). Ce constat doit néanmoins être tempéré par le fait que malgré la lourdeur des sanctions pénales encourues, les poursuites pénales sont extrêmement rares (B). Finalement, les véritables sanctions attachées à la constitution d'un fichier non déclaré sont ailleurs, là où l'on ne les attendait pas (C).

A) Déclaration préalable

Même si le texte (article 16) cantonne l'obligation de déclaration préalable à la CNIL aux seuls « **traitements automatisés d'informations nominatives** » toute constitution de fichier doit, en principe, faire l'objet de cette déclaration, le champ d'application de ce texte n'ayant guère pour frontières que le répertoire manuscrit à usage personnel et le répertoire, quel que soit sa forme, à usage strictement privé. Le projet de réforme devrait d'ailleurs consacrer cette interprétation large puisqu'il prévoit expressément d'**élargir l'obligation de déclaration** à tout fichier contenant des données personnelles, que celles-ci fassent l'objet de traitements automatisés ou non.

Aux « informations nominatives », il faut assimiler les « **données à caractère personnel** » (cf. terminologie utilisée dans le projet de loi), c'est-à-dire celles qui permettent l'identification d'une **personne physique**, fût-ce indirectement. Seront considérées comme constituant des informations permettant d'identifier directement les personnes : les noms et prénoms, et comme susceptibles d'identifier indirectement des personnes : un numéro de compte bancaire, de téléphone ou de plaque d'immatriculation, une adresse de courrier électronique, ... etc.

En revanche, la réglementation ne concerne pas les informations relatives aux **personnes morales**.

Pour leur permettre de satisfaire à leurs obligations déclaratives, la CNIL a édité un **formulaire type** destiné aux entreprises privées. En outre, et pour les fichiers les plus courants (notamment pour les fichiers de clients et de prospects, de fournisseurs et de paie du personnel), la CNIL a établi des normes simplifiées. (3)

L'obligation de déclaration étant préalable, l'entreprise ne peut en principe pas utiliser son fichier jusqu'à réception du récépissé de déclaration émis par la CNIL, étant en outre précisé que l'obtention de ce récépissé ne vaut pas quitus de son contenu, ni de l'usage qui en sera fait.

Le défaut de déclaration régulière est passible d'une peine de **trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45.000 euros**.

B) Pratique de la CNIL : prévention et concertation

Autant le dire tout de suite : un nombre considérable de fichiers ne sont pas déclarés par les entreprises ; la CNIL le sait parfaitement et s'en accommode plus ou moins. La pratique de la CNIL met en effet clairement l'accent sur son rôle préventif, son rôle répressif étant relégué au second plan.

Saisie d'une déclaration, elle vérifiera que le fichier est conforme à l'objectif de "préservation de l'identité humaine, des droits de l'homme, de la vie privée et des libertés individuelles et publiques" qui sont le véritable objectif de la Loi (article 1 de la loi de 1978). Si elle estime que tel n'est pas le cas, elle demandera à l'entreprise de modifier le contenu du fichier, objet de la déclaration.

C'est d'ailleurs dans cette optique de "coopération intelligente" avec les entreprises que la CNIL permet de "régulariser", par une déclaration tardive, un fichier qui n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration préalable.

Si les plaintes sont nombreuses (plus de 41.000 depuis la création de la CNIL), la plupart des dossiers fait l'objet d'un règlement amiable et les mesures d'injonction et dénonciations au Parquet sont extrêmement rares : on signalera à cet égard que 2002 a constitué une année record en termes de poursuites avec 7 (!) dénonciations au Parquet, chiffre effectivement important rapporté au nombre de dénonciations opérées entre 1978 et 2001 : 18, en 23 années de pratique.

Est-ce à dire qu'en l'absence de risque significatif de poursuites, rien ne sert de déclarer un fichier de données nominatives ? La réponse à cette question est bien évidemment négative.

Chacun se doit de respecter la loi et il faut insister sur le fait que les sanctions potentiellement encourues sont considérables. La pratique bienveillante de la CNIL peut à tout moment changer, à la faveur, par exemple, d'une recrudescence d'abus dans la constitution ou dans l'utilisation de fichiers. On remarquera à ce sujet que le projet de loi propose d'augmenter les pouvoirs de contrôle de la CNIL et de conférer à cet organisme un pouvoir de sanction administrative. Enfin, les fichiers non déclarés ont d'autres inconvénients, dont il faut dire un mot.

C) Les sanctions indirectes

Un fichier non déclaré est illégal : il ne peut en conséquence fonder aucune sanction disciplinaire ni aucune action judiciaire.

Ainsi, la Cour de cassation a récemment considéré que le licenciement d'un salarié fondé sur son refus d'utiliser un badge électronique de gestion des entrées et des sorties du personnel et donc sur son refus de respecter le règlement intérieur de l'entreprise, était dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que l'entreprise n'avait pas déclaré son dispositif à la CNIL (*Cass. soc. 6 avril 2004*).

D'une manière générale, on peut penser qu'une entreprise ne pourra jamais se prévaloir en justice des informations contenues dans un fichier non déclaré, que ce soit à l'appui d'une revendication ou au soutien de sa défense. Cette sanction, souvent ignorée, mérite d'être prise en considération.

II – COLLECTE DES INFORMATIONS

Soumis à obligation de déclaration, le fichier est également **strictement réglementé quant à son contenu**. En effet, la collecte des informations est encadrée par la loi Informatique et Libertés.

Toute information intégrée dans un fichier doit être **adéquate, pertinente et non excessive au regard de la finalité** du traitement des données envisagé. Sur ce fondement, la CNIL a pu demander à une banque de supprimer de ses fichiers informatiques les informations relatives à des clients, telles que « menteur » ou « timide ».

En outre, certaines informations considérées comme trop sensibles ne peuvent jamais être recueillies sans l'accord exprès de l'intéressé. Il s'agit d'informations faisant apparaître, même indirectement, les **origines raciales** ou les **opinions politiques, philosophiques ou religieuses**, les **appartenances syndicales**, les **mœurs** notamment sexuelles (le projet de loi inclut également dans cette catégorie les données relatives à la santé des personnes).

Certaines informations nominatives ne peuvent jamais faire l'objet d'un traitement par une personne privée **même avec l'accord de l'intéressé** ; il s'agit spécialement des informations concernant les infractions, les condamnations, les mesures de sûreté. D'autres ne pourront être utilisées que dans des conditions très restrictives (ex. utilisation du numéro INSEE des personnes physiques, seulement autorisée par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL).

Pour être licite, la collecte doit par ailleurs être opérée de **manière loyale** : le fait de collecter des données par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite (corruption de salariés, écoutes téléphoniques ... etc.) est puni de **5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende**.

En outre, les **personnes** auprès desquelles des informations nominatives sont recueillies **doivent être informées** du caractère obligatoire ou facultatif de leurs réponses, des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, de l'existence d'un droit d'accès et de rectification, ainsi que de l'identité des destinataires des informations (article 27 de la loi).

A cet égard, la société constituant un fichier qui entend se réserver la possibilité de le céder, doit en informer chaque personne intégrée audit fichier et la mettre en mesure de s'opposer à la cession des données la concernant par l'insertion d'une clause spécifique du type : « *La société X peut être amenée à communiquer vos données à des entreprises extérieures dans un but de prospection commerciale. Vous pouvez vous y opposer en nous écrivant par lettre simple ou en cochant la case ci-dessous.* »

Le non respect de cette **obligation d'information** est puni d'une amende de 1500 euros par manquement.

Précisons que le **projet de loi** entend renforcer cette obligation de manière très significative en la faisant peser non seulement sur le créateur du fichier mais également sur le **tiers cessionnaire ou locataire** dudit fichier, sauf l'hypothèse où l'information se révélerait « impossible ou (exigerait) des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche ».

Les responsables de fichiers doivent d'autre part, sous peine de sanctions pénales, prendre toutes précautions utiles afin de **préserver la confidentialité et la sécurité des informations relatives aux personnes**, notamment contre leur déformation ou leur divulgation à des tiers non autorisés.

Comme il a été dit ci-dessus, les responsables de fichiers **doivent respecter et assurer le droit d'accès et de rectification** accordé aux personnes concernées.

III – EXPLOITATION DES FICHIERS

Une entreprise qui détient un fichier peut désirer en tirer profit en le cédant ou en le louant à des tiers intéressés. L'ensemble de ces modalités d'exploitation est soumis au respect d'un principe commun fondamental, le **principe de finalité** (A). Par ailleurs, l'activité de **location/cession** (B) et celle de **prospection commerciale** (C) sont soumises à des contraintes spécifiques sur lesquelles il convient d'attirer l'attention des entreprises concernées.

A) Le principe de finalité

Le **principe de finalité** posé par la loi informatique et libertés exige que le **but particulier pour lequel un fichier est créé** (sa finalité) soit clairement **précisé dans la déclaration préalable** à la CNIL et que le fichier **ne puisse être utilisé pour des activités autres** que cette fonction déclarée : à titre d'exemple, un fichier électoral ne pourra être utilisé à des fins publicitaires.

C'est en effet au regard de ce principe de finalité que la CNIL apprécie le **caractère pertinent et non excessif** des données nominatives enregistrées, des personnes qui en sont les **destinataires déclarés ou effectifs** et de la **durée de conservation** des données, puisque les responsables de fichiers ne doivent pas, sauf exception légale, les conserver au-delà de la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées.

Il est donc important de préciser d'emblée, au moment de la déclaration préalable, l'ensemble des fonctions auxquelles pourra être employé le fichier ; si un fichier est créé à plusieurs fins, son responsable devra établir autant de déclarations que le fichier a de finalités. Un fichier créé pour un but particulier ne pourra en effet être employé pour des **activités différentes** qu'à la condition sine qua non que le déclarant établisse une **nouvelle déclaration** (demande d'extension de finalité auprès de la CNIL) et procède en parallèle à une **information** des personnes visées.

Le non respect de ces règles (qualifié "détournement de fichier") est potentiellement lourdement sanctionné par une peine de **5 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende**. La CNIL pourra se contenter d'un avertissement : la société Burberry's a ainsi été avertie pour avoir loué son fichier de clients au RPR, qui souhaitait diffuser une circulaire sur son parti, et ce alors que la finalité du fichier déclarée par Burberry's à la CNIL était la prospection commerciale.

B) Transmission des fichiers

Une entreprise peut **céder, louer ou échanger des fichiers** dont elle est propriétaire, même si elle n'est pas un professionnel de la mise à disposition de fichier. La création des start-up et le développement des nouvelles technologies de communication a d'ailleurs abouti à une multiplication de ces pratiques, souvent très rémunératrices, au cours de ces dernières années.

S'il n'existe pas de cadre juridique spécifique à l'exercice de ces activités, elles sont néanmoins limitées en pratique. On rappellera à cet égard les obligations déclaratives rappelées ci-dessus (déclaration initiale ou modificative préalable à la cession). Le **cessionnaire** ou le **locataire**, quant à lui, est tenu, en tant que responsable du fichier, d'établir une **nouvelle déclaration à la CNIL** précisant notamment l'utilisation qu'il entend faire de celui-ci.

On rappellera également l'obligation d'informer les personnes physiques agrégées au fichier sur l'éventualité d'une cession des données les concernant et sur leur droit de s'y opposer, étant précisé que le cessionnaire doit s'assurer que cette obligation a été remplie en amont par le cédant, ou, à tout du moins, se le faire garantir par voie contractuelle. Rappelons que le **projet de loi** devrait aggraver significativement les obligations des tiers utilisateurs de fichiers puisqu'il prévoit **d'étendre l'obligation d'information** aux personnes qui ne recueillent pas directement les informations auprès des personnes visées, c'est à dire, notamment, **aux cessionnaires et aux locataires**.

Soulignons que le respect de ces obligations s'impose à une cession isolée de fichier, comme à toute cession s'inscrivant dans le cadre d'une **cession de fonds de commerce** ou plus généralement, à toute autre modalité de transfert du fichier, comme par exemple les transmissions universelles de patrimoine dans le cadre d'une **fusion** ou d'un **apport partiel d'actif**.

La location et la cession de fichiers soulèvent enfin la question des **regroupements de fichiers**. A cet égard il faut souligner que **tout regroupement de données personnelles provenant de fichiers distincts constitue la création d'un nouveau fichier** (d'un nouveau "traitement de données"), et ceci même s'il est opéré au niveau d'un groupe de sociétés, par la fusion, par exemple, de fichiers de filiales avec celui de la maison mère. La fusion nécessite donc une nouvelle déclaration, ainsi qu'une information spécifique des personnes physiques concernées.

C) Prospection commerciale

En sus des règles qui viennent d'être rappelées, une réglementation spécifique encadre certaines modalités de prospection commerciale. Sans entrer dans le détail des différents textes applicables, on retiendra schématiquement que **la loi distingue** entre ces modalités selon le **degré de nuisance** qu'elles infligent aux personnes prospectées.

Ainsi, la prospection commerciale directe de personnes physiques par **automates d'appel ou télécopieurs**, considérée comme particulièrement nuisible pour son destinataire, dont elle monopolise les instruments de communication, est interdite sous peine d'amende dès lors que la personne destinataire n'y a pas donné son **consentement préalable**. Précisons que cette interdiction vient très récemment d'être étendue, avec toutefois certains aménagements, à la prospection par **courrier électronique** (4). Les **autres moyens** de communication à distance (notamment courrier, téléphone -hors automates d'appel) sont considérés comme **moins dérangeants** et les personnes prospectées devront simplement être mises en mesure de **manifestar leur opposition** à la poursuite, à leur égard, de tout démarchage.

L'entreprise qui utilise des fichiers, qu'ils soient siens ou qu'ils lui aient été prêtés ou loués pour les besoins de sa prospection, est donc tenue de vérifier que les fichiers qu'elle utilise ne comportent aucune personne physique qui, en fonction du mode de prospection mis en œuvre, n'aurait pas donné son consentement préalable ou aurait manifesté son opposition à être prospectée ; ses mailings devront en outre mentionner la procédure à suivre pour ne plus être sollicitée. Indiquons que la CNIL intervient fréquemment sur plainte de personnes physiques qui estiment que ces règles n'ont pas été respectées à leur égard et qu'elle donne habituellement suite à ces plaintes qui touchent au cœur même de sa mission de protection de la vie privée et des libertés individuelles.

A cet égard, on recommandera aux entreprises qui louent des fichiers auprès de loueurs professionnels de vérifier que le loueur leur garantit par contrat que le fichier loué a été créé et alimenté conformément aux prescriptions de la loi Informatique et Libertés et que l'usage auquel l'entreprise utilisatrice le destine est conforme à sa finalité et compatible avec la sélection d'adresses qui le compose.

Une **lecture scrupuleuse du contrat** s'impose sur ces différents points. Il est en effet courant, en pratique, que les contrats de cession ou de location prévoient des clauses exonératoires de responsabilité qui – même si leur validité est contestable – tendent à transférer sur la tête de l'entreprise utilisatrice l'ensemble des obligations découlant de l'utilisation du fichier, faisant ainsi peser sur le locataire ou le cessionnaire une lourde responsabilité, génératrice de risque pénal.

(1) Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(2) Le projet de loi a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale le 29 avril 2004. Il vise à transposer en droit interne la directive n°95/46 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.

(3) Formulaire type de « déclaration d'un traitement automatisé d'informations nominatives », normes simplifiées et formulaire de déclaration simplifié disponibles notamment sur le site www.cnil.fr.

(4) Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique adopté par le Parlement le 13 mai 2004 mais non encore promulgué.