

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Directive vie privée et communications électroniques :

Dhont, Jan; Rosier, Karen

Published in:

Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dhont, J & Rosier, K 2003, 'Directive vie privée et communications électroniques : premiers commentaires', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 15, pp. 7-46.

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.

Directive vie privée et communications électroniques : premiers commentaires¹

Jan Dhont² et Karen Rosier³

Introduction

La 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 (ci-après la « directive 2002/58/CE » ou la « directive »)⁴ touche à des aspects extrêmement sensibles du domaine de la protection de la vie privée. A l'heure où Internet est de plus en plus communément utilisé et où on devient davantage conscient de l'enjeu que constitue la préservation de la confidentialité des communications et de l'anonymat sur Internet⁵, cette directive pose, en effet, de nouveaux jalons dans la protection du droit au respect de la vie privée des personnes physiques et des intérêts des personnes morales.

Elle fait partie d'un paquet de cinq directives destiné à réformer le cadre réglementaire régissant les services et réseaux de communications électroniques

dans la Communauté. Ce processus réformateur a été initié en 1999 tandis que les discussions propres à la directive 2002/58/CE ont débuté, quant à elles, en juillet 2000. Le nouveau cadre juridique doit permettre d'assurer une réglementation analogue et un même niveau de protection des consommateurs pour tous les services indépendamment de la technologie utilisée pour les fournir.

La directive 2002/58/CE remplace la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications⁶. Elle a principalement pour objectif d'étendre le champ d'application de la directive 97/66/CE aux communications électroniques. En effet, dès son adoption, la directive 97/66/CE était déjà dépassée par la technologie existante puisqu'elle se cantonnait, comme le

1. Nous remercions Anne Ruwet pour son aide dans la rédaction de cette contribution.

2. Chercheur au CRID et avocat.

3. Chercheuse au CRID et avocate.

4. Ou directive vie privée et communications, J.O.C.E., n° L 20, 31 juillet 2002, p. 0037-0047.

5. Voir à cet égard la Recommandation 3/97 du Groupe 29 du 3 décembre 1997 relatif à l'anonymat sur l'Internet, disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp06en.htm.

6. J.O.C.E., n° L 24, 30 janvier 1998, p. 0001-0008.

suggéraient son intitulé et la terminologie utilisée, au secteur des télécommunications, là où Internet et les nouveaux moyens de communications y relatifs avaient fait leur apparition. Bien que, selon certains auteurs et le groupe institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE⁷ (le « Groupe 29 »), cette directive 97/66/CE devait s'appliquer au trafic d'Internet et aux e-mails, il subsistait une certaine incertitude que l'on a voulu résoudre par l'adoption d'une nouvelle directive. Ceci explique que la terminologie utilisée dans la directive 2002/58/CE se veuille neutre d'un point de vue technologique.

A l'instar de la directive 95/46/CE, la directive 2002/58/CE entend protéger le droit au respect de la vie privée et assurer la libre circulation des données. A ces finalités, s'ajoute celle de la libre circulation des équipements et des services de communications électroniques. Notons, à cet égard, que l'article 14 de la directive entend garantir que les équipements terminaux seront construits de manière compatible avec le droit des utilisateurs afin de protéger et contrôler l'utilisation des données à caractère personnel.

La directive 2002/58/CE contient une précision importante en son considérant 10 puisqu'elle affirme clairement que la directive 95/46/CE est applicable au secteur des communications électroniques, et ce tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Elle définit, en outre, un rapport de subsidiarité entre les deux directives: pour tout ce qui n'est pas expressément réglé par la directive 2002/58/CE, il convient de se référer à la directive 95/46/CE. Les liens entre les deux

directives ne sont cependant pas purement ceux d'une directive générale et d'une directive particulière appliquant strictement les principes de la première au secteur des communications électroniques. En effet, la directive 2002/58/CE ne se réfère que très peu aux concepts clés de la directive 95/46/CE, telle que la notion de « responsable de traitement » ou de « légitimité » du traitement, et se présente davantage comme une régulation parallèle qui s'applique, la plupart du temps, cumulativement aux règles relatives au traitement de données à caractère personnel définis dans cette seconde directive. Ceci peut engendrer certaines difficultés. En effet, contrairement à la directive 95/46/CE, la directive 2002/58/CE concerne également la protection des intérêts légitimes des personnes morales. Il est parfois difficile de ce fait de déterminer dans quelle mesure la directive 2002/58/CE, lorsqu'elle se réfère à l'application des principes de la directive 95/46/CE au sein de dispositions concernant également les personnes morales, a entendu rendre ces principes applicables à ces dernières également.

Le législateur européen ne s'est pas limité à cette simple extension du champ d'application des dispositions de la directive 97/66/CE. La proposition de directive présentée par la Commission⁸ comportait déjà quelques amendements notables par rapport à la directive 97/66/CE, notamment concernant les données de localisation. L'intervention du Parlement européen et du Conseil a donné lieu à d'autres modifications ou innovations d'importance, telle que l'introduction d'une réglementation spécifique relative à

7. 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 de données à caractère personnel et à la circulation des données, *J.O.C.E.*, n° L 281, 23 novembre 1995, p. 0031-0050.

8. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil (COM (2000) 385) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, 2000/C 365 E/17.

l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal.

Nous aborderons dans cette contribution quelques aspects innovateurs de la directive 2002/58/CE qui nous semblent soulever des questions intéressantes.

Il conviendra, tout d'abord, d'envisager la difficile question du champ d'application et de la portée exacte de la directive 2002/58/CE. Une bonne compréhension de cette question est indispensable tant pour mesurer l'impact de la transposition de cette directive dans les droits nationaux des Etats membres, que pour identifier les personnes affectées par les exigences édictées par elle. La directive 2002/58/CE suscite, en effet, de nombreuses questions pratiques. Par exemple, on peut se demander si les dispositions relatives au placement de cookies lient des entreprises établies en dehors de l'Union européenne ou encore si celles-ci seront tenues de se conformer aux exigences

imposées pour la communication de courriers non sollicités à des fins de prospection directe.

Nous traiterons ensuite des innovations apportées par la directive 2002/58/CE au chapitre des communications non sollicitées. Nous nous intéresserons principalement aux modifications introduites par rapport à la directive 97/66/CE. Nous présenterons, ensuite, la nouvelle disposition introduite par l'article 5 de la directive 2002/58/CE relative aux cookies et aux logiciels espions. Enfin, nous aborderons la délicate question du traitement des données de communication à travers l'analyse des régimes de traitement instaurés par la directive 2002/58/CE concernant les deux catégories de données qu'elle distingue, à savoir les données relatives au trafic et les données de localisation.

Notre contribution s'achèvera par une réflexion sur l'impact de cette directive ainsi que sur l'optique adoptée pour la réglementation de ce secteur de communications.

Champ d'application et définitions

La transposition et l'application correctes d'une norme exigent une bonne compréhension du champ d'application de cette norme. Il est, en effet, essentiel pour le marché communautaire que les Etats membres appliquent la directive d'une manière cohérente entre eux. Or, si l'interprétation de la directive 97/66/CE était déjà source de débats sur ce point, l'incertitude risque d'être encore plus grande avec la nouvelle directive.

Les services de communications se trouvent dans une phase inter-paradig-

matique. On constate un glissement vers une délocalisation géographique croissante des opérateurs de ces services. Bien qu'il faille une infrastructure locale, les opérateurs sont de plus en plus structurés internationalement. De plus, on observe d'importants changements quant à la nature même des services qu'ils proposent. On ne pense pas seulement aux nouveaux services introduits avec les média digitaux, mais également au phénomène de « convergence » des média. La distinction entre les services de communications, la radiodiffusion et les services de

la société d'information devient, en effet, artificielle puisque de plus en plus souvent le même contenant est utilisé. Comme l'indique le considérant 6 de la directive, « Internet bouleverse les structures commerciales traditionnelles en offrant une infrastructure mondiale commune pour la fourniture de toute une série de services de communications électroniques ».⁹

Dans une économie qui devient toujours plus mondiale, les communications électroniques constituent un centre nerveux. Sans ignorer les avantages de ces communications, l'augmentation des communications électroniques entraîne une croissance des traitements de données à caractère personnel et un risque objectif de violation de la vie privée des citoyens. Ce risque est encore amplifié dans ce secteur en raison de la convergence des média.

Malgré ces changements contextuels importants, les dispositions de la directive 2002/58/CE concernant le champ d'application sont restées quasiment identiques à celles de la directive 97/66/CE. Néanmoins, la portée de ces dispositions se trouve modifiée par l'introduction de nouvelles notions et définitions qui doivent assurer une application « technologiquement neutre » de la directive. Nous verrons que, dans un environnement plus ouvert et complexe qu'auparavant, la manière dont il convient d'appliquer les dispositions de la nouvelle directive n'est pas toujours aisée à saisir.

Dans cette section, nous analyserons en détail le champ d'application de la directive 2002/58/CE. Au départ de cas pratiques, nous démontrons qu'il est essentiel de bien cerner les relations d'interdépendance entre la nouvelle directive, la directive 95/46/

CE et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques¹⁰.

Avant d'analyser le champ d'application personnel, matériel et géographique de la directive, nous traiterons donc de l'interaction entre la directive 95/46/CE et la directive 2002/58/CE.

1. Interaction avec la directive 95/46/CE

Déterminer la relation exacte entre les deux directives semble à première vue ne présenter qu'un intérêt purement académique. La directive 2002/58/CE, en tant que *lex specialis*, ne l'emporterait-elle pas tout simplement sur la directive 95/46/CE de sorte qu'une telle analyse s'avérerait superflue ? Ceci serait certainement exact si l'on retrouvait dans le texte de la nouvelle directive toutes les clés pour déterminer son champ d'application par rapport à celui de la directive 95/46/CE.

Or, les dispositions de la directive 2002/58/CE qui déterminent son champ d'application, notamment les articles 1 et 3 (que nous analyserons plus amplement infra), sont rédigées en termes vagues faisant subsister certains doutes quant à leur portée exacte. Si l'article 1 laisse entendre que les dispositions de la directive 2002/58/CE précisent et complètent celles de la directive 95/46/CE, la directive semble retenir d'autres critères en matière d'application territoriale. En effet, l'article 3 de la directive 2002/58/CE fait abstraction du critère de la localisation du fournisseur de services de communications qui est pourtant le princi-

9. Directive 2002/58/CE, *op.cit.*, considérant 6.

10. Ou directive « cadre », J.O.C.E, L 108/33, 24 avril 2002.

pal critère utilisé dans la directive 95/46/CE¹¹.

Cette incertitude est particulièrement gênante dans un contexte où les nouveaux médias facilitent l'entrée sur le marché européen de fournisseurs de services de pays tiers, ainsi que la fourniture d'une gamme de services spécialisés et complexes défiant les limites territoriales. Cette question du champ d'application se posait déjà dans le cadre de la directive 97/66/CE que le Groupe 29 avait interprétée comme couvrant également les communications via Internet, mais la question n'a jamais été véritablement analysée¹².

L'interprétation à donner à cette relation entre les deux directives présente, dès lors, un intérêt pratique certain. Des communications non sollicitées ou des cookies sont envoyés dans le cadre d'un service de communication des Etats-Unis à des individus localisés sur le territoire de la Communauté. La directive 2002/58/CE s'applique-t-elle et par conséquent, toutes les conditions relatives à l'envoi de ces communications non sollicitées et de ces cookies trouvent-elles à s'appliquer ? Faut-il un fournisseur de services de communications électroniques établi dans la Communauté ou qui recourt à des équipements localisés dans la Communauté, ou suffit-il, pour cette application, que le service soit offert sur un réseau public de communications localisé dans la Communauté ? Le champ d'application géographique de

la directive 2002/58/CE serait-il plus large que celui de la directive 95/46/CE ?

Le texte de la directive n'étant pas clair, il nous semble que deux interprétations de l'interaction entre les directives sont possibles.

La première interprétation se fonde sur l'objectif poursuivi par la directive 2002/58/CE et sur son article 1. L'article 1, § 2 de la nouvelle directive stipule que « les dispositions de la présente directive précisent et complètent la directive 95/46/CE aux fins énoncées au paragraphe 1 ». La directive 95/46/CE constitue donc le cadre normatif des traitements de données à caractère personnel. En effet, la directive 95/46/CE est rédigée en des termes qui sont neutres sur un plan sectoriel. La directive 2002/58/CE prévoit, quant à elle, des dispositions spécifiques au secteur des communications électroniques en sus des principes de la directive 95/46/CE. Il est vrai que la directive 2002/58/CE ajoute des obligations par rapport à la directive 95/46/CE (et donc complète cette dernière), mais elle n'étend pas pour autant son champ d'application. Il s'agirait donc, selon cette interprétation, d'une loi spécifique qui prévaut sur la loi générale, sans avoir d'effet dérogatoire. Nous sommes d'avis que pour les aspects traités par la directive 2002/58/CE, les deux normes s'appliqueront donc cumulativement¹³.

11. Notons que la directive 2002/21/CE n'apporte pas de précision à cet égard, son article premier stipulant que « la présente directive crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés. Elle fixe les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de la Communauté ».
12. Document de travail n° 37 du 21 novembre 2000 du Groupe 29, « Le respect de la vie privée sur Internet. Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp37fr.pdf
13. C'est en ce sens que le considérant 10 doit être lu : « Dans le secteur des communications électroniques, la directive 95/46/CE est applicable notamment à tous les aspects de la protection des droits et libertés fondamentaux qui n'entrent pas expressément dans le cadre de la présente directive, y compris les obligations auxquelles est soumis le responsable du traitement des données à caractère personnel et les droits individuels. La directive 95/46/CE s'applique aux services de communications électroniques non publics ».

A ce principe, il y a une seule exception : la directive 2002/58/CE prévoit notamment la protection des intérêts légitimes des abonnés qui sont des personnes morales, tandis que la directive 95/46/CE se limite à la protection des personnes physiques¹⁴⁻¹⁵. Toutefois, cette extension n'est pas suffisante pour conclure à des champs d'application personnel et territorial différents car la directive ne le prévoit pas spécifiquement.

Cette interprétation abonde également dans le sens d'une remarque du Groupe 29 selon laquelle : « il ne faut [...] pas perdre de vue que la directive spécifique 97/66/CE ne fait que compléter la directive générale 95/46/CE en établissant des dispositions juridiques et techniques spécifiques. Lors de la révision de la directive spécifique, il sera nécessaire de prendre en compte, de respecter et d'être cohérent avec les dispositions de la directive générale sur la protection des données (95/46/CE), qui s'applique à tout traitement de données à caractère personnel relevant de son champ d'application, quels que soient les moyens techniques utilisés »¹⁶.

On pourrait donc conclure qu'à l'exception des dispositions relatives aux personnes morales, le champ d'application de la directive 2002/58/CE serait déterminé par les mêmes critères que ceux qui déterminent celui de la directive 95/46/CE.

Selon la seconde interprétation, il y aurait lieu de considérer la terminologie utilisée dans la directive 2002/58/CE et l'absence de référence à une identité de critères pour la détermination du champ d'application des deux

directives. En effet, l'article 3 de la directive ne semble pas recourir au même critère de rattachement territorial que celui de la directive 95/46/CE, comme nous l'expliquerons infra. En outre, certaines dispositions semblent réglementer des aspects qui ne sont pas limités au traitement de données à caractère personnel (comme c'est le cas pour les cookies). On pourrait en déduire que la directive 2002/58/CE porte, certes, sur des aspects de traitement de données à caractère personnel dans le cadre de services de réseau et de communications électroniques, sans toutefois avoir exactement le même champ d'application territorial que la directive 95/46/CE ou sans même porter exclusivement sur le traitement de données à caractère personnel comme c'est le cas de la directive 95/46/CE.

Selon que l'on adopte l'une ou l'autre interprétation, la détermination du champ d'application de la directive 2002/58/CE diffère donc, comme nous le montrerons plus amplement dans les sections qui suivent.

2. Champ d'application

a. Champ d'application personnel

La plupart des dispositions de la directive s'adressent spécifiquement au « fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques ». Pourtant, il ne faut pas s'y tromper : l'élément déterminant du champ d'application personnel est la nature des services offerts par le fournisseur. En effet, la directive ne s'applique pas aux activités

14. Notons toutefois qu'en Italie la loi relative à la protection des données protège également les personnes morales.

15. Considérant 12.

16. Avis n° 2/2000 du Groupe 29 concernant le réexamen général du cadre juridique dans le domaine des télécommunications, 3 février 2000 (présenté par la Task Force Internet), p. 3, disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp29fr.pdf

de ce fournisseur autres que celle de la fourniture de services de communications électroniques. La directive est donc sectorielle et adopte une approche différente de celle de la directive 95/46/CE, prenant comme point d'ancrage certains services de communications.

Comme l'énonce le premier paragraphe de l'article 3, « la présente directive s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté ». Les services de communications électroniques qui ont un caractère « privé » ou « non-public » sont donc exclus de la nouvelle réglementation. Un service doit être considéré comme étant public lorsqu'il est ouvert aux participants d'un marché relevant. Dès lors qu'un service n'est pas public, seules les dispositions de la directive cadre 95/46/CE s'appliquent.

La structure de l'article 3 susmentionné est identique à celle de l'article 3 de la directive 97/66/CE, bien que les définitions de « service de télécommunications » et « réseau public de télécommunications » aient été remplacées par « service de communications électroniques » et « réseau public de communications ». Ces innovations, visant à élargir le champ d'application aux nouveaux médias et à rendre le texte applicable indépendamment des technologies utilisées¹⁷, trouvent leur explication dans la directive 2002/21/CE¹⁸. Mentionnons encore que le Groupe 29 a toujours

donné une interprétation large au champ d'application de la directive antérieure et était d'avis que cette directive s'appliquait à certains services d'Internet¹⁹.

1. Services de communications électroniques

Les services de communications électroniques sont définis comme suit : « le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques »²⁰.

1.1. Un service principalement de transmission et non de contenu

Le législateur européen a introduit une distinction cardinale entre les services qui concernent la fourniture d'un contenu et ceux qui concernent la transmission ou la communication de ce contenu : « Il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de

17. On ne trouve plus de référence dans la directive 2002/58/CE au « réseau numérique à intégration de services (RNIS) et les réseaux numériques mobiles ». Voir l'article 3 (1) de la directive 97/66/CE.

18. L'exposé des motifs de la proposition indique que cette modification s'imposait afin d'aligner la terminologie sur la proposition de directive relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, COM (2000) 393.

19. Document de travail no. 37 du 21 novembre 2000 « Le respect de la vie privée sur Internet – une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », *op.cit.*, p. 23 et suivantes.

20. Directive 2002/21, article 2 (c).

celle des contenus. Ce cadre ne s'applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l'information »²¹.

Les services de communications électroniques concernent donc des services de transmission plutôt que des services de contenu. Il s'agit des services qui sous-tendent l'envoi physique de contenus, c'est-à-dire l'exploitation d'un réseau et la transmission même des contenus sur ce réseau. Cette restriction aux services de transmission doit néanmoins être nuancée, d'une part, eu égard à la référence faite aux services de la société de l'information et, d'autre, part, au vu des dispositions relatives aux communications non sollicitées et à l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal.

Concernant les services de la société de l'information, la disposition reproduite supra indique qu'ils ne sont pas visés par la nouvelle directive, pour

autant toutefois qu'ils ne consistent pas principalement ou entièrement en la transmission de contenus. Le fait qu'un service soit qualifié de service de la société de l'information n'exclut donc pas totalement qu'il soit couvert par la directive 2002/58/CE.

Le service de la société de l'information est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »²²⁻²³. Les services de la société d'information, sont en principe régis par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (la « directive 2000/31 »)^{24,25}. Ces activités peuvent consister en la vente de biens en ligne, et s'étendent, dans la mesure où ils représentent une activité économique, à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération de données²⁶. Bien que les définitions de « service de communication électronique » et « service de société de l'information » ne soient pas mutuellement exclusives, il importe de noter que la grande majorité des services de

21. Directive 2002/21, considérant 5.

22. Voir directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, J.O.C.E. L 204, 21 juillet 1998, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

23. Directive 98/48/CE, article 1 (2). Il y a donc trois éléments principaux : (1) un service « à distance » : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes ; (2) « par voie électronique » : un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fil, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ; et (3) « à la demande individuelle d'un destinataire de services » : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle. L'annexe 5 de la directive 98/34/CE contient une liste indicative des services qui ne sont pas considérés comme des services de la société de l'information sur la base de ces critères.

24. Directive 2000/31/CE 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 (« directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E., L 178, 17 juillet 2000.

25. Directive 2002/21/CE, considérant 9 : « Les services propres à la société de l'information sont couverts par la 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 [...] ». La directive 2000/31/CE ne concerne pas les questions de protection de données (voir article 1 (5) de cette directive). Ces aspects sont réglementés par la directive 95/46/CE.

26. Directive 2000/31/CE, considérant 18.

cette dernière catégorie consistent principalement à fournir un contenu. Un service « à distance » implique généralement la livraison d'informations.

Les critères d'application de la directive 2002/58/CE sont de nature fonctionnelle, et non de nature organique. Afin de déterminer si la directive s'applique ou non, il y a lieu de tenir compte des types de services qu'un fournisseur livre. Le Groupe 29 cite à cet égard l'exemple d'un fournisseur de services Internet qui fournit également un contenu, en hébergeant son propre site portail : le fournisseur de services Internet est amené à appliquer la directive 95/46/CE à l'ensemble de ses activités (service de la société de l'information) et la directive 2002/58/CE aux activités dans lesquelles il joue le rôle de fournisseur d'accès (service de communications électroniques)²⁷. Toutefois, certaines dispositions s'adressent explicitement aux fournisseurs d'un réseau public de communications ou des services de communications²⁸.

Par ailleurs, il nous faut constater qu'en dépit de cette distinction explicite, certaines exigences de la directive concernent néanmoins des services de contenu. En particulier, l'article 5 (3) concernant l'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal (par exemple les « cookies »), et l'article 13 concernant les « communications non sollicitées » ne visent pas seulement les fournisseurs de services de communications électroniques. C'est bien la volonté du législateur européen

de protéger l'individu contre de telles activités initiées par l'opérateur d'un site web ou l'exploitant d'un magasin électronique ne fournissant pas de services de communications électroniques²⁹. Pourtant, l'envoi d'un cookie et certainement l'envoi d'une communication non sollicitée relèvent d'une activité de contenu et non de transmission. De plus, dans la majorité des cas, ces activités sont mises en oeuvre dans le contexte de la fourniture d'un service de société de l'information.

Une interprétation stricte de l'article 3 de la directive devrait pourtant conduire à la conclusion que ces deux articles s'appliquent uniquement si un cookie est placé ou si une communication non sollicitée est faite dans le cadre d'un service qui consiste principalement ou entièrement en la communication de signaux.

Une décision récente s'oppose à cette interprétation stricte. En effet, dans une décision concernant l'envoi de communications électroniques, le juge d'Almelo (Pays-Bas) a interprété la législation sur la protection des données à la lumière de la directive 2002/58/CE. Dans cette affaire, un médecin bombardait les membres du Parlement néerlandais de messages électroniques. Il voulait par ce moyen protester contre une nouvelle législation limitant la vente de préparations de vitamines. Le juge a décidé qu'il y avait là violation des dispositions de la directive 2002/58/CE³⁰ interdisant le spamming. Outre le fait que l'effet direct ac-

27. Avis n° 7/2000 du 12 juillet 2000 du Groupe 29 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, p. 5, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp36fr.pdf

28. L'article 6 (données relatives au trafic), l'article 8 (présentation et restriction de l'identification de la ligne appelante et de la ligne connectée), l'article 9 (données de localisation autres que les données relatives au trafic), et l'article 10 (annuaires d'abonnés).

29. Voir la proposition de la Commission COM (2000) 385 final (12 juillet 2000), pp. 5 et 6. Voir le considérant 40 de la directive 2002/58/CE : « Il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS) [...] ».

30. Voorzieningsrechter, Rechtbank Almelo, 13 september 2002, *Computerrecht*, 2002/6, p. 378.

cordé à cette disposition nous paraisse contraire au prescrit de la jurisprudence communautaire, ce jugement illustre une interprétation autonome, en dépit de l'article 3, car ce médecin ne nous paraît pas avoir traité des adresses e-mails dans le cadre des services de communications électroniques.

L'impasse peut être évitée en donnant une interprétation large aux termes « dans le cadre de » visés à l'article 3³¹. Celui-ci énonce que « la directive s'applique aux traitements de données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques [...] ». Une telle interprétation, appelée au secours de la préservation de la volonté du législateur concernant les articles 5, § 3 et 13, de la directive, érode néanmoins la distinction entre service de contenu et de transmission.

Cependant, cette interprétation extensive pourrait, dans une certaine mesure, s'appuyer sur le considérant 5 in fine de la directive 2002/21/CE, qui prévoit notamment que « la séparation entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus ne porte pas atteinte à la prise en compte des liens qui existent entre eux, notamment pour garantir le pluralisme des médias, la diversité culturelle ainsi que la protection du consommateur ». Il est, en effet, parfois difficile de régler la transmission et le contenu séparément, dès lors que les modalités de la technologie peuvent avoir un impact sur le contenu. On pourrait éventuellement s'appuyer sur un lien étroit entre le service de contenu et de transmission con-

cernant l'installation d'un cookie (ou l'utilisation d'autres moyens techniques qui affectent la vie privée des individus)³².

Par contre, nous estimons que ce même raisonnement ne peut être poursuivi pour concilier les dispositions concernant les communications non sollicitées avec le prescrit de l'article 3. De telles communications ne défont, en effet, pas la distinction entre transmission et contenu. Leur sort aurait pu et même dû être réglé dans le contexte des réglementations relatives au contenu, c'est-à-dire dans la directive sur le commerce électronique. De plus, ces communications sont, en majorité, expédiées par des fournisseurs de service de la société de l'information. Si l'on estimait que cette question avait davantage trait à la protection de la vie privée, il eut été plus logique de la rattacher à la directive 95/46/CE³³. Toujours est-il que son inclusion dans la directive 2002/58/CE est incongrue et rend la compréhension de son champ d'application personnel plus malaisée.

Il reste à attendre la transposition de ces dispositions dans les droits nationaux pour voir comment et dans quelles lois elles y seront traduites.

Par souci d'exhaustivité, il convient de préciser qu'une troisième catégorie de services, à savoir les services de radiodiffusion télévisuelle régis par la directive 89/552/CEE (Télévision sans Frontières) et la radiodiffusion sonore³⁴, n'est pas concernée par la présente directive 2002/58/CE.

31. Dans le texte anglais : « in connection with ».

32. Les cookies (et les logiciels d'espionnage) constituent un enchevêtrement complexe de transmission et de contenu. Nous souhaitons souligner que nous ne pensons pas que les cookies constituent *per se* des logiciels d'espionnage.

33. La directive 2000/31/CE ne concerne pas les questions de protection de données (voir note 25).

34. Directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, J.O.C.E. L 298, 17 octobre 1989.

1.2. Un service visant une transmission point à point

Ne constituent pas une « communication » dans le sens de la nouvelle directive « les informations qui sont acheminées dans le cadre d'un service de radiodiffusion au public par l'intermédiaire d'un réseau de communications électroniques, sauf dans la mesure où un lien peut être établi entre l'information et l'abonné ou utilisateur identifiable qui la reçoit »³⁵. La directive concerne le traitement des données dans le cadre des services d'acheminement d'informations point à point, non point à multipoint³⁶. On pense concrètement à la téléphonie fixe et mobile et aux services d'Internet et courriers électroniques³⁷.

Sans être explicite, la directive fait allusion au service de fourniture de vidéo à la demande et, par extension, de la radio digitale à la demande. Le considérant 16 stipule que « [...] lorsqu'il est possible d'identifier l'abonné ou utilisateur individuel qui reçoit ces informations, comme, par exemple, dans le cas de la fourniture de services vidéo à la demande, les informations acheminées s'inscrivent dans la définition de « communication » au sens de la présente directive »³⁸. Nous constatons que la confusion mentionnée au point (a) ci-dessus est totale. La raison invoquée pour justifier l'application de la directive 2002/58/CE aux services de vidéo à la demande (et par analogie aux services de radio digitale) nous paraît erronée. Bien qu'il soit vrai que ces ser-

vices se caractérisent par un lien individuel entre l'abonné et le fournisseur, ceci ne suffit pas pour appliquer la nouvelle directive : il faut aussi un élément de transmission de signaux. De tels services doivent être compris comme des services de la société de l'information, tombant dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique³⁹. Un fournisseur de vidéo à la demande nous semble fournir principalement du contenu et non un service de transmission.

1.3. Un service fourni « normalement contre rémunération »

Seuls les services fournis « normalement contre rémunération » sont visés. Le texte ne contient pas d'indication quant à la signification de la notion de « rémunération ». Il s'agit des services de communications qui constituent une activité économique. Une activité économique ne requiert pas nécessairement un paiement par le bénéficiaire du service (l'individu), mais peut également être subventionnée par des entités tierces. Le terme « normalement » confirme cette interprétation. Comme le Groupe 29 l'a constaté, il en résulte que des services gratuits offerts par des fournisseurs d'accès entrent dans le champ d'application de la directive⁴⁰. Retenons encore que le critère de rémunération est également évoqué pour qualifier les services de la société de l'information et les services de radiodiffusion (télévisuelle)⁴¹.

35. Directive 2002/58/CE, article 2 (d).

36. « Les informations qui font partie d'un service de radiodiffusion fourni sur un réseau public de communications sont à l'intention d'un nombre virtuellement illimité d'auditeurs et/ou de téléspectateurs et ne constituent pas une communication au sens de la présente directive[...] », considérant 16 de la directive 2002/58/CE.

37. Directive 2002/58/CE, considérant 6.

38. Voir aussi l'avis 7/2000 du Groupe 29, *op.cit.*, p. 3: « [...] les services de télévision interactive seraient couverts. »

39. Directive 2000/31/CE, considérant 18: « [...] les services transmis de point à point, tels que les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information [...] ».

40. Voir l'avis n° 7/2000 du Groupe 29, *op.cit.*, p. 5

41. Voir l'article 1 (2) de la directive 98/48/CE.

1.4. Un service de communications « électroniques »

La notion de « communication électronique » n'est pas explicitement définie dans la directive. Il s'agit d'un concept qui remplace le concept de « télécommunications » de la directive 97/66/CE. La notion de « communications électroniques » fait référence au concept défini dans la directive 2002/21/CE, à savoir, à toute communication ou transmission de signaux indépendamment du médium utilisé et comprenant l'acheminement « par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec communication de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câbles de télévision, quel que soit le type d'information transmise »⁴².

2. Réseaux publics de communications électroniques

Les dispositions de la directive 2002/58/CE s'appliquent à la fourniture des services de communications électroniques accessibles au public « sur les réseaux publics de communications électroniques » dans la Communauté. Il s'agit des « systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de communication ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux »⁴³ par tout médium. Seuls sont concernés les réseaux qui sont utilisés entièrement

ou principalement pour la fourniture de services de communications accessibles au public⁴⁴. Le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de réseaux fermés ou privés relève uniquement de la directive 95/46/CE. La directive ne couvre donc pas le traitement de données à caractère personnel dans le contexte d'un intranet. Le Groupe 29 a regretté cette limitation du champ d'application⁴⁵.

3. Exceptions

Par souci d'exhaustivité, remarquons encore que le troisième paragraphe du premier article limite le champ d'application de la directive « aux activités qui ne relèvent pas du traité instituant la Communauté européenne, telles que celles visées dans les titres V et VI du traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, aux activités concernant la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat (y compris la prospérité économique de l'Etat lorsqu'il s'agit d'activités liées à la sûreté de l'Etat) ou aux activités de l'Etat dans des domaines relevant du droit pénal ».

Cette disposition, que l'on retrouve également dans le deuxième paragraphe de l'article 3 de la directive 95/46/CE, implique que les traitements réalisés par l'Etat pour les finalités susmentionnées relatives à des intérêts publics, échappent au champ d'application de la directive. Par conséquent, ne sont pas visés par cette disposition, les traitements de données par des acteurs privés fournissant des intérêts publics (par exemple, la rétention des données de trafic et de localisation). Toutefois, les Etats membres restent assujettis aux

42. Directive 2002/21/CE, article 1 (a).

43. Directive 2002/21/CE, article 2 (1).

44. Directive 2002/21/CE, article 1 (d).

45. Avis n° 7/2000 du Groupe 29, *op.cit.*, p. 3.

exigences prévues par le droit international : « [...] la présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres de procéder aux interceptions légales des communications électroniques ou d'arrêter d'autres mesures si cela s'avère nécessaire pour atteindre l'un quelconque des buts précités, dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telle qu'interprétée par la Cour

européenne des droits de l'homme dans ses arrêts. Lesdites mesures doivent être appropriées, rigoureusement proportionnées au but poursuivi et nécessaires dans une société démocratique. Elles devraient également être subordonnées à des garanties appropriées, dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴⁶.

4. *Tableau synoptique*

	service de radiodiffusion (sonore / télévisuelle)	service de la société de l'information	service de communications électroniques
1. critères			
contenu/transmission	principalement contenu*	principalement contenu	principalement transmission
portée	point-à-multipoint	point-à-point	point-à-point
activité économique	contre rémunération	contre rémunération	contre rémunération
électronique	service électronique	service électronique	service électronique
2. exemples			
radiodiffusion (sonore et télévisuelle) analogue	+	-	-
radiodiffusion à la demande (numérique)	-	+	-
fournisseur d'accès Internet	-	-	+
téléphonie par Internet	-	-	+
télévision par Internet	-	+	-
téléphonie normale	-	-	+
téléphonie mobile	-	-	+
service de vente par Internet	-	+	-
hosting service	-	+	?
service de routage	-	-	+

* Remarquons que la directive 89/552 ne fait pas explicitement la distinction entre contenu et transmission et règle les deux aspects.

- + : oui
- : non
- ? : indéterminé

b. Champ d'application matériel

1. Traitement de données à caractère personnel

La directive 2002/58/CE édicte des conditions spécifiques pour le traitement des données à caractère personnel

nel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté⁴⁷. Les services des fournisseurs de communications électroniques, comme des services de routage, de transferts au serveurs proxy, télé-

46. Directive 2002/58/CE, considérant 11.
 47. Directive 2002/58/CE, article 3 (1).

communications, etc. sont concernés pour autant qu'ils traitent des données à caractère personnel.

On ne trouve nulle part, dans la directive 2002/58/CE, de définitions pour les concepts de « traitement » et de « données à caractère personnel », mais la directive fait, par contre, référence à la directive 95/46/CE. Nous rappelons que ces notions ont une portée large, un « traitement » allant de la collecte jusqu'à l'effacement ou la destruction des données⁴⁸, et les « données à caractère personnel » signifiant « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...] ». La directive 95/46/CE précise qu'« est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁴⁹. Afin de déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne⁵⁰. Le fait qu'un fournisseur de services de communications électroniques ne possède pas d'informations directement identifiantes n'exclut pas qu'il traite des données à caractère personnel. La question est évidemment d'actualité pour les

fournisseurs de services de communications sur Internet. Le Groupe 29 semble favoriser une interprétation large, retenant qu'il y a des données à caractère personnel à partir du moment où un acteur tiers aurait la possibilité de relier les informations à un identifiant⁵¹. Le terme « raisonnablement » est, dans certains Etats membres (comme la Belgique et l'Espagne), réduit à une possibilité technique ou technologique de relier des informations à un identifiant, les considérations économiques ne paraissant pas entrer en ligne de compte⁵².

Les dispositions portant sur les données relatives au trafic et les données de localisation ne peuvent, en principe, entrer en jeu que si elles ont un caractère personnel. Ceci ne résulte pas seulement de l'article 3, mais également d'une certaine logique : si toute identification est exclue, il s'agit de données anonymes qui ne représentent aucun risque pour la vie privée.

Bien que l'article 3 utilise les termes « données à caractère personnel », il ressort d'une lecture de la directive dans son ensemble que la protection va plus loin. Le deuxième paragraphe du premier article indique que les dispositions de la directive « prévoient la protection des intérêts légitimes des abonnés qui sont des personnes morales ». Elle protège donc aussi des données qui n'entrent pas strictement dans le champ d'application de la directive 95/46/CE. Il est regrettable que

48. Le traitement de données à caractère personnel y est défini comme « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, tels que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

49. Directive 95/46/CE, article 2 (c).

50. Directive 95/46/CE, considérant 26.

51. Document de travail du Groupe 29 du 23 février 1999: Processing of Personal Data on the Internet, 5013/99/EN/final, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp16fr.pdf. Document de travail n° 37 du 21 novembre 2000 du Groupe 29 « Le respect de la vie privée sur Internet : une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », *op.cit.*, p. 22.

52. Pour une critique, voir L. BERGKAMP et J. DHONT, « Data Protection in Europe and the Internet. An Analysis of the European Community's Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web », *EDI Law Review*, 2001/7, pp. 71-114.

l'article 3 n'ait pas été rédigé en prenant en considération la protection des intérêts des personnes morales.

Nous pensons que le critère de l'identification recourant à des moyens raisonnables doit également être utilisé pour qualifier les données relatives aux personnes morales dont le traitement tombe dans le champ d'application de la directive 2002/58/CE. Le traitement des données anonymes relatives aux personnes morales ne devraient pas tomber dans le champ d'application de la directive.

Comme nous le commenterons plus avant dans le chapitre 4 infra, le législateur européen semble avoir voulu régler également des traitements d'« information » au sens large dans l'article 5, § 3, de la directive. Le terme est tellement neutre qu'il rend incertaine la restriction de l'application de la directive au traitement de données à caractère personnel. Nous ne pensons, en effet, pas que la notion d'« information » soit utilisée de façon appropriée si l'on veut se limiter au traitement de données à caractère personnel comme cela ressort de l'article 1 de la directive. On peut dès lors se demander si le législateur a sciemment choisi de réglementer le traitement de toute donnée ou information et s'écarter, en cela, du champ d'application matériel de la directive 95/46/CE.

2. Intérêts légitimes des personnes morales

Deux dispositions de la directive prévoient explicitement la protection des intérêts légitimes des personnes morales. Il s'agit des articles 12 (annuaires d'abonnés) et 13 (communications non sollicitées). D'autres dispositions sont silencieuses à ce sujet mais n'excluent pas leur application aux personnes mo-

rales. Nous pensons à l'article 4 (sécurité), l'article 5 (confidentialité des communications, par exemple un e-mail envoyé à une entreprise, l'adresse e-mail reprenant le nom (de domaine) de cette entreprise), l'article 6 (données relatives au trafic), l'article 7 (facturation détaillée), et l'article 8 (présentation et restriction de l'identification de la ligne appelante et de la ligne connectée).

Si la directive entend protéger les personnes morales, la question reste de savoir ce qui constitue « l'intérêt légitime » d'une personne morale. Quels sont les intérêts qui sont impliqués lorsque les informations relatives à une personne morale sont traitées dans le contexte de services de communications électroniques?

La directive ne contient pas de définition de cette notion d'« intérêt légitime » et se contente de dire que « les abonnés à un service de communications électroniques accessible au public peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. En complétant la directive 95/46/CE, la présente directive vise à protéger les droits fondamentaux des personnes physiques et en particulier le droit au respect de leur vie privée, ainsi que les intérêts légitimes des personnes morales [...] »⁵³.

L'incertitude créée par la notion d'« intérêt légitime » se traduira probablement par des divergences entre les lois nationales transposant la directive, ce qui n'est guère acceptable dans une directive basée sur l'article 95 du Traité qui tend vers une harmonisation du droit communautaire. Le Groupe 29 aura donc une tâche importante à accomplir à cet égard : celle d'anticiper en prenant l'initiative de donner une interprétation harmonisée de cette notion.

53. Directive 2002/58/CE, considérant 12.

c. *Champ d'application territoriale*

L'application territoriale de la directive n'a, à aucun moment, été le sujet de discussions importantes lors de l'élaboration de la directive. On était pourtant en droit d'attendre le contraire dès lors que l'application territoriale des normes dans le contexte des réseaux de communications n'est guère aisée.

Le champ d'application territorial de la directive 2002/58/CE est défini dans ses articles 1 et 3, dont les dispositions pertinentes sont les suivantes :

« La présente directive harmonise les dispositions des Etats membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection de droits et libertés fondamentales, et en particulier du droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, ainsi que la libre circulation de ces données et des équipements et des services de communications électroniques dans la Communauté » ;

« La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communication électroniques accessibles au public sur les réseaux de communications dans la Communauté ».

La directive ne prend pas comme point de rattachement la localisation de l'établissement du responsable du traitement, ou dans l'absence d'un tel établissement, l'utilisation des moyens automatisés (ou non) situés sur le territoire d'un Etat membre⁵⁴.

Le critère déterminant de l'application territoriale semble résider dans le

fait que les données à caractère personnel soient traitées dans le cadre des services de communications électroniques fournis via les réseaux publics de communications dans la Communauté. Les termes « dans la Communauté » ne se réfèrent pas uniquement aux « réseaux publics de communications » mais également aux services dès lors qu'un service de communication est nécessairement lié à un réseau de communication. Le législateur européen confirme d'ailleurs dans le premier article in fine de la directive qu'il entend régler le sort « des services de communications électroniques dans la Communauté ».

La directive 2002/58/CE s'appliquerait donc à un fournisseur d'accès Internet localisé hors de l'Union européenne offrant des services aux individus situés dans la Communauté.

Pareille lecture du champ d'application géographique de la directive 2002/58/CE lui confère une portée plus vaste que le champ d'application géographique de la directive 95/46/CE, qui ne s'applique en principe pas à des traitements réalisés par des responsables de traitements établis en dehors de l'Union européenne. Ce raisonnement est, a priori, contraire à l'article 1 de la directive 2002/58/CE, qui indique que celle-ci précise et complète la directive 95/46/CE, et ne peut donc avoir un champ d'application territorial plus large que cette dernière.

Comme nous l'indiquons dans la section 1, face à cette contradiction, deux interprétations sont possibles :

- soit considérer que les deux champs d'application sont effectivement déterminés par des critères distincts;

54. Directive 95/46/CE, article 4.

- soit considérer que les critères retenus par la directive 95/46/CE doivent s'appliquer, implicitement, pour déterminer le champ d'application de la directive 2002/58/CE.

Afin d'illustrer ces deux lectures possibles du champ d'application des deux directives précitées, nous en revenons aux exemples évoqués dans la partie 2.1. Des communications non sollicitées sont envoyées dans le cadre d'un service de communications par courrier électronique à partir d'un pays non-membre de l'Union européenne à des individus résidant dans la Communauté. La directive 2002/58/CE s'applique-t-elle, et toutes les communications non sollicitées sont-elles, par conséquent, assujetties aux exigences de l'article 13 ? La même question se pose pour l'installation d'un cookie (ou d'un autre moyen de collecte) par un fournisseur localisé hors de la Communauté.

Selon la première interprétation qui fait abstraction de la directive 95/46/CE, la réponse est positive. En effet, la terminologie utilisée dans l'article 3 de la directive 2002/58/CE conduit à l'application du principe du « country of destination », principe que l'on retrouve dans l'Ordonnance de Bruxelles⁵⁵ et qui est, du point de vue de la protection du consommateur, fort efficace.

Par contre, selon la seconde interprétation qui s'appuie sur l'article 1 de la directive 2002/58/CE, on pourrait considérer que cette directive ne s'applique qu'aux fournisseurs de services établis dans la Communauté ou qui recourent à des moyens, automatisés ou

non, situés sur le territoire de la Communauté.

Il est toutefois utile de se poser la question de savoir si le recours aux critères d'application de la directive 95/46/CE conduit à une solution pratique différente de celle résultant de la première interprétation.

On pourrait, en effet, envisager que la directive 95/46/CE s'applique aux mêmes situations que celles visées par l'article 3 de la directive 2002/58/CE en raison de l'utilisation par les fournisseurs de services de moyens, automatisés ou non, localisés sur le territoire d'un Etat membre.

Peut-on considérer, par exemple, que l'utilisation d'un réseau de communication dans la Communauté équivaut à une utilisation de moyens situés sur le territoire d'un Etat membre ? Dans son document de travail du 30 mai 2002 intitulé « Application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE »⁵⁶, le Groupe 29 indique que l'article 4, (1), c, de la directive 95/46/CE s'applique lorsque le responsable du traitement utilise des moyens qu'il contrôle au moins partiellement et est arrivé par une intention de traiter les données. Le simple fait d'utiliser un réseau de communication accessible au public localisé sur le territoire de la Communauté ne peut suffire à justifier l'application de la directive 95/46/CE. Suivant cette opinion, il faut donc qu'il y ait, dans le chef du fournisseur de services, une volonté de traiter des données à caractère personnel par le biais de moyens dont il dispose. De

55. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.C.E., L12 du 16 janvier 2001.

56. Document de travail du Groupe 29 du 30 mai 2002 intitulé « Application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE », p. 10, disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp56_fr.pdf

plus, nous pensons que ce raisonnement conduit à une interprétation impraticable de l'article 4,(1), c, précité. Cette lecture impliquerait, en effet, du point de vue de l'application de la directive 95/46/CE, que les opérateurs établis hors de l'Union européenne aient l'obligation de désigner un représentant dans tous les Etats membres où ils offrent des services (et d'appliquer le régime de la directive 95/46/CE concernant le transfert des données).

Ceci étant dit, qu'en est-il si l'on envisage concrètement les moyens spécifiques susceptibles d'être utilisés par les acteurs visés par la directive 2002/58/CE ? Il nous faut constater que la réponse est différente selon qu'il s'agit de l'installation d'un cookie ou de l'envoi de communications non sollicitées par courrier électronique. Pour ce qui est de l'envoi de cookies, le Groupe 29 est d'avis que l'installation d'un cookie pour la collecte de données à caractère personnel correspond au « recours aux moyens automatisés » au sens de l'article 4, (1), c de la directive 95/46/CE, ce qui implique que cette directive est applicable⁵⁷. L'envoi de communications non sollicitées, par contre, ne se prête guère à la même analyse. Dans le cas de l'utilisation de données à caractère personnel lors de l'envoi par e-mail de communications non sollicitées à des personnes situées sur le territoire européen, le lien de rattachement avec le territoire européen semble, en effet, trop ténu pour justifier l'application de l'article 4, (1), c, de la directive 95/46/CE. Le Groupe 29 ne s'est pas prononcé clairement sur la question mais s'oriente vers l'exigence d'une collecte sur le territoire européen lorsqu'il indi-

que que « la législation européenne sur la protection des données est applicable aux données récoltées par l'emploi d'équipements automatisés ou autres, situés sur le territoire de l'Union européenne »⁵⁸. L'expéditeur des e-mails ne serait donc pas tenu de se conformer aux exigences de la directive 95/46/CE.

Par conséquent, selon que l'on adopte la première ou la seconde interprétation, le champ d'application de la directive 2002/58/CE diffère. En effet, la deuxième interprétation du champ d'application territorial de la directive 2002/58/CE exclut, par exemple, l'application de la directive 2002/58/CE aux cas de spamming mis en œuvre par un responsable de traitement établi hors de l'Union européenne à partir de ce pays tiers, ce qui n'est pas le cas si l'on s'en tient à la première interprétation.

La première option, à savoir celle selon laquelle les deux directives ont des champs d'application territoriaux déterminés par des critères différents et qui ne seront pas toujours identiques (cf notre exemple en ce qui concerne l'envoi de courriers non sollicités), peut être défendue en s'appuyant sur le fait que la directive 2002/58/CE ne se réfère pas expressément aux critères déterminant le champ d'application territorial de la directive 95/46/CE. La directive 2002/58/CE aurait une dimension véritablement « extra-territoriale » puisqu'elle s'appliquerait à des fournisseurs établis hors du territoire de la Communauté sans que ceux-ci ne recourent à l'utilisation de moyens spécifiquement dirigés vers ce territoire, si ce

57. Document de travail du 30 mai 2002, *op.cit.*, p. 11. Les auteurs de cette contribution ne sont pas nécessairement d'accord avec l'interprétation du Groupe 29.

58. Document de travail du Groupe 29 du 21 novembre 2000 intitulé « Le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne ». Comme indiqué *supra*, dans son Document de travail du 30 mai 2002, *op.cit.*, le Groupe 29 indique que l'article 4, (1), c, s'applique lorsque le responsable du traitement utilise des moyens qu'il contrôle au moins partiellement et une intention de traiter les données. Dans le cas d'espèce, l'envoi de l'e-mail n'a pas pour but de traiter des données à caractère personnel.

n'est l'utilisation d'un réseau de communication dans la Communauté. Cependant, cette option pose le problème de la responsabilisation d'acteurs étrangers que l'on pourra difficilement attribuer devant des juridictions européennes. Si l'application de la directive 95/46/CE entraîne l'obligation pour le « responsable du traitement » d'installer un cookie de désigner un représentant sur le territoire européen, tel ne sera pas le cas pour l'expéditeur de communications non sollicitées établi hors du territoire de l'Union européenne.

La seconde interprétation est plus conforme à l'objectif annoncé par la di-

rective 2002/58/CE, qui est de compléter la directive 95/46/CE et atténuer l'effet de l'application extra-territoriale en exigeant l'utilisation de moyens localisés sur le territoire.

Il est regrettable que le texte de la directive 2002/58/CE ne soit pas plus clair et laisse planer le doute quant à son champ d'application territorial, qui est pourtant essentiel à la bonne appréciation des droits et obligations des personnes visées par la directive. Cette incertitude peut également être la source de divergences lors de la transposition de la directive dans les droits nationaux des Etats membres.

Communications non sollicitées ou spamming

L'article 13 de la directive 2002/58/CE définit trois régimes distincts relatifs à l'envoi de communications non sollicitées à des fins de prospection directe.

Le premier est un régime dit de l'« opt-in ». Il est réservé à l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courriers électroniques. Le second régime concerne le même type d'envoi que le premier, mais s'inscrit, en outre, dans le contexte d'une relation commerciale préexistante entre un « client » et un « fournisseur ». Il consacre, moyennant le respect de certaines conditions, un régime dit de l'« opt-out ». Le troisième régime est résiduel et laisse le choix aux Etats membres de soumettre les communications à des fins de prospection directe autres que celles envisagées dans les deux autres régimes, soit

à un système d'opt-in, soit à un système d'opt-out.

Nous mettrons en évidence les innovations que la directive 2002/58/CE comporte par rapport à l'article 12 de la directive 97/66/CE et les zones d'ombre qui subsistent dans l'interprétation de ces changements, notamment en ce qui concerne les bénéficiaires de ces dispositions.

1. Les innovations

Ces innovations sont principalement de trois ordres. Elles s'articulent autour (a) de l'extension du régime de l'opt-in aux courriers électroniques et les motivations de la Commission à cet égard, (b) de l'introduction d'un régime particulier aux relations client-fournisseur, et (c) de certaines exigences relatives à l'identification des communications non sollicitées.

a. Extension du régime de l'« opt-in » aux courriers électroniques

1. Régime

Tout comme l'article 12 de la directive 97/66/CE, l'article 13 de la directive 2002/58/CE distingue l'utilisation des systèmes automatisés d'appel et de télécopieurs des autres techniques de communication. Il étend, cependant, le régime réservé aux premiers aux courriers électroniques. Ainsi, l'article 13.1 subordonne l'utilisation à des fins de prospection directe de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courriers électroniques à l'obtention du consentement préalable des abonnés visés par celle-ci, tandis que l'article 13.3 maintient le choix des Etats membres entre un système de l'« opt-in » ou de l'« opt-out » pour les autres moyens de communication.

L'envoi de courriers électroniques à des fins de prospection directe ne pourra intervenir que lorsque l'abonné aura préalablement consenti à cet envoi. Le problème se posera, néanmoins, de déterminer comment obtenir le consentement des abonnés sans que cette demande de consentement préalable ne soit elle-même qualifiée de communication non sollicitée⁵⁹.

Il convient, en outre, de souligner que la définition correspondant à la no-

tion de courrier électronique contenue à l'article 2, h) de la directive 2002/58/CE lui confère une portée très large et ouverte aux innovations technologiques. Par « courrier électronique », on entend, en effet, « 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 ». Répondent donc à cette définition notamment le SMS⁶⁰ ou le message laissé sur une boîte vocale.

2. Raison d'être de cette extension

L'extension du système de l'« opt-in » aux courriers électroniques témoigne de la volonté d'adapter la directive 97/66/CE aux nouvelles technologies de communication. L'intitulé de cette disposition ne se réfère d'ailleurs plus aux « appels », comme c'était le cas dans l'ancienne directive, mais aux « communications »⁶¹.

Le considérant 40 de la directive 2002/58/CE livre quelques éléments d'explication concernant le choix d'une extension aussi large en indiquant qu'« il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'auto-

59. Y. POULLET, S. LOUVEAUX et M. V. PEREZ ASINARI, « Data Protection and Privacy in Global Networks : A European Approach... », *The EDI Law Review*, 2001, p. 160.

60. Le Parlement européen avait d'ailleurs introduit un amendement à la proposition de la Commission visant à limiter la portée de cette disposition aux SMS, amendement qui fut rejeté par le Conseil (cfr exposé des motifs de la position commune (CE) n° 26/2002 arrêtée par le Conseil le 28 janvier 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/... / CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

61. L'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil (COM (2000) 385) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques présentées par la Commission souligne à cet égard : « L'article 12 de la directive 97/66/CE en vigueur protège les abonnés contre les appels non sollicités effectués à des fins de prospection directe. Cependant, étant donné que le terme "appels" a été interprété dans un sens étroit, certains instruments de transposition en droit national ont uniquement prévu une protection contre les appels non sollicités effectués par téléphonie vocale à des fins de prospection directe, à l'exclusion des messages de prospection directe envoyés par courrier électronique ou par d'autres nouveaux moyens de communications. Pour rendre cet article neutre sur le plan technologique, le terme "appels" est remplacé par "communications" ».

mates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS). Si ces formes de communications commerciales non sollicitées sont relativement faciles et peu onéreuses, elles peuvent aussi se traduire par une charge et/ou des coûts supplémentaires pour leur destinataire. En outre, dans certains cas, leur volume peut poser un problème pour les réseaux de communications électroniques et les équipements terminaux. S'agissant des formes de communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, il est justifié d'exiger de l'expéditeur qu'il ait obtenu le consentement préalable du destinataire avant de les lui envoyer. Le marché unique exige une approche harmonisée sur ce point afin que les entreprises comme les utilisateurs disposent de règles simples s'appliquant à l'ensemble de la Communauté ».

Cette dernière phrase fait référence à un autre problème auquel la Commission a été confrontée: certains États membres, en l'occurrence l'Allemagne, le Danemark, l'Autriche, l'Italie et la Finlande, avaient déjà mis en place un régime d'« opt-in » pour les courriers électroniques. La Commission a estimé qu'il serait pratiquement incohérent et non satisfaisant du point de vue du marché intérieur d'autoriser la coexistence de régimes différents à cet égard au sein de l'Union européenne.

En effet, dans une telle situation, des entreprises se verraient interdire

d'adresser des communications électroniques à des abonnés établis dans leur propre pays mais pourraient éventuellement le faire à l'intention de résidents dans des pays tiers. En outre, cette coexistence de régimes pourrait se révéler impraticable étant donné qu'il est parfois impossible de localiser un abonné, à partir de son adresse e-mail par exemple, et de déterminer le régime applicable⁶².

Par contre, on estime que l'utilisation d'autres techniques de communication à des fins de prospection directe constitue une charge plus lourde pour l'expéditeur et, de ce fait, n'exige pas l'obtention du consentement préalable de l'abonné, le simple droit de s'y opposer suffisant à le protéger⁶³. Les États membres conservent dès lors le choix entre les deux systèmes de l'« opt-in » et de l'« opt-out ». Cette solution permettra aux États membres ayant déjà opté pour un système de l'« opt-in » de le maintenir⁶⁴.

3. Personnes protégées par cette disposition

Soulignons enfin que, aux termes de l'article 13.5 de la directive 2002/58/CE, tant le régime de l'« opt-in » que celui alternatif réservé à l'utilisation d'autres techniques de communication ne sont d'application qu'envers les abonnés personnes physiques.

62. Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil (COM (2000) 385) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

63. Cette justification est ainsi résumée dans le considérant 42 de la directive 2002/58/CE : « Il existe d'autres formes de prospection directe qui sont plus onéreuses pour l'expéditeur et n'imposent aucune charge financière à l'abonné ou à l'utilisateur, tels que les appels téléphoniques personnels, et qui pourraient justifier l'établissement d'un système permettant aux abonnés et aux utilisateurs d'indiquer qu'ils ne souhaitent pas recevoir de tels appels. Afin de ne pas abaisser les niveaux existants de protection de la vie privée, il conviendrait néanmoins que les États membres soient autorisés à maintenir en vigueur les systèmes nationaux et à n'autoriser que les appels destinés à des abonnés ou utilisateurs qui ont donné leur consentement préalable ».

64. Pour rappel, la directive 95/46/CE comprend également le principe exigeant l'information préalable de la personne concernée sur les finalités d'utilisation des données et un droit de s'opposer à l'utilisation des données à des fins de communications non sollicitées.

La directive précise que les Etats membres devront veiller à ce que les intérêts légitimes des personnes morales soient suffisamment protégés, sans définir ni ce qu'il convient d'entendre par « intérêt légitime », ni comment assurer la protection de ces intérêts. Cette marge de manœuvre offerte aux Etats membres risque d'aboutir à de substantielles différences d'exigence dans les législations nationales. Il est regrettable que les réticences de la Commission évoquées supra concernant la coexistence de régimes distincts pour ce qui est des communications non sollicitées adressées par courrier électronique n'aient pas trouvé écho concernant la protection des personnes morales.

b. Dérogation dans le contexte de relations commerciales préexistantes

1. Une initiative du Conseil

La deuxième modification apportée à l'article 12 de la directive 97/66/CE est le fruit d'un amendement proposé par le Parlement européen⁶⁵. On comprend, en effet, que l'extension de l'exigence d'un consentement préalable des abonnés à l'utilisation de courriers électroniques à des fins de prospection directe ne se soit pas faite sans discussion. En effet, elle a une incidence cer-

taine sur la marge de manœuvre dont disposent les commerçants en matière de communications commerciales. Notons cependant que la terminologie utilisée dans cette directive ne limite pas son champ d'application aux communications de nature purement commerciale. A la différence de la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique⁶⁶ qui se réfère aux communications commerciales non sollicitées, la directive 2002/58/CE régit l'envoi de communications à des fins de prospection directe non sollicitées.

Le texte adopté par le Conseil comporte une modification importante par rapport à la proposition de directive présentée par la Commission et adoptée par le Parlement européen moyennant quelques amendements⁶⁷⁻⁶⁸. L'article 13, § 2, introduit une dérogation au système de l'« opt-in » réservant, dans certaines conditions, un droit de réutilisation des coordonnées électroniques fournies par un client à un fournisseur. Cette dérogation ne concerne que l'envoi de communications non sollicitées par le biais de courriers électroniques.

Ce régime dérogatoire s'inscrit dans une certaine logique de la compréhension de ce qui constitue un « courrier rebut ». En effet, selon le Groupe 29, « le pollupostage (« spamming ») désigne l'envoi massif

65. Voy. à cet égard l'exposé des motifs du Conseil relatif à la position commune (CE) n° 26/2002 arrêtée par le Conseil le 28 janvier 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/... / CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

66. 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.C.E., L n° 178 du 17 juillet 2000, pp. 0001 – 0016.

67. Position commune (CE) n° 26/2002 arrêtée par le Conseil le 28 janvier 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/... / CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

68. La justification de l'introduction de cette dérogation est livrée au considérant 42 de la directive 2002/58/CE en ces termes : « Dans le cadre d'une relation client-fournisseur existante, il est raisonnable d'autoriser l'entreprise qui, conformément à la directive 95/46/CE, a obtenu les coordonnées électroniques, et exclusivement celles-ci, à exploiter ces coordonnées électroniques pour proposer au client des produits ou des services similaires. Il conviendrait, lorsque des coordonnées électroniques sont recueillies, que le client soit informé clairement et distinctement sur leur utilisation ultérieure à des fins de prospection directe et qu'il lui soit donné la faculté de s'opposer à cet usage. Il convient de continuer d'offrir cette possibilité lors de chaque message de prospection directe ultérieure, et ce, sans frais, hormis les coûts liés à la transmission du refus ».

et répété de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec qui l'expéditeur n'a jamais eu de contact »⁶⁹. L'exception créée vise précisément l'envoi de communications de prospection directe dans le cadre d'une relation commerciale préexistante.

2. Régime

L'article 13.2 dispose que « nonobstant le paragraphe 1, 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 ».

Cette « dérogation » introduit donc un système d' « opt-out », soumis toutefois à des conditions strictes puisque :

- les coordonnées doivent avoir été obtenues du client;
- dans le cadre d'une vente de produits ou services de la personne morale ou physique qui les a obtenues ;

- dans le respect des dispositions de la directive 95/46/CE, ce qui implique notamment que l'abonné ait été dûment informé;
- ces coordonnées ne pourront être utilisées qu'à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues ;
- la possibilité de s'opposer étant expressément offerte lors de la collecte initiale et lors de chaque message ultérieur.

3. Personnes protégées par cette disposition

Le paragraphe 5 de l'article 13 ne limite pas l'application du paragraphe 2 de cette disposition aux personnes physiques, laissant donc entendre que ce régime s'applique aussi aux personnes morales. Il est cependant permis d'en douter. En effet, l'article 13.2 fait référence au respect des principes de la directive 95/46/CE. Or cette directive ne s'applique qu'aux données relatives aux personnes physiques et non à celles portant sur les personnes morales⁷⁰ et le considérant 12 de la directive 2002/58/CE précise que « la présente directive ne comporte aucune obligation pour les États membres d'étendre l'application de la directive 95/46/CE à la protection des intérêts légitimes des personnes morales ». Cette disposition se présente également comme une dérogation au régime de l' « opt-in » qui ne concerne que les personnes physiques.

La terminologie utilisée dans le paragraphe 2 de cette disposition ne nous permet pas de trancher. En effet,

69. Avis n° 7/2000 du Groupe sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel sur la proposition, présentée par la Commission, de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques du 12 juillet 2000, *op.cit.*, p. 10.

70. Nonobstant le fait que certaines législations nationales ont étendu l'application des principes de la directive aux personnes morales, comme c'est le cas dans la législation italienne ou luxembourgeoise, par exemple.

le terme neutre « client » n'est pas défini, au contraire des deux concepts d'« abonné » et d'« utilisateur » généralement employés pour désigner les bénéficiaires des dispositions de la directive. Nous pensons néanmoins que, au vu des éléments susmentionnés, ce régime du § 2 (cf. supra) ne s'applique qu'aux abonnés personnes physiques et non aux personnes morales.

c. Exigence de l'identification de l'émetteur

L'article 13 de la directive 2002/58/CE précise, en son paragraphe 4, que « dans tous les cas, il est interdit

d'émettre des messages électroniques à des fins de prospection directe en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite, ou sans indiquer d'adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que ces communications cessent ». Cette disposition semble s'adresser aux communications adressées tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Elle est à rapprocher de l'article 6 de la directive 2000/31/CE qui comporte des exigences en matière d'identification de l'émetteur de la communication non sollicitée.

Cookies et logiciels espions



Le paragraphe 3 de l'article 5 de la directive 2002/58/EC stipule que : « Les États membres garantissent que l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur soit muni, dans le respect de la directive 95/46/CE, d'une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès technique visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou stric-

tement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur ».

Cette disposition ne se trouvait pas dans la proposition de directive de la Commission⁷¹. Elle a été introduite par le Parlement européen et retenue par le Conseil moyennant quelques modifications⁷².

Il s'agit d'une innovation remarquable à deux points de vue au moins.

Tout d'abord, elle reflète la reconnaissance explicite du caractère essentiellement privé de l'équipement terminal de l'utilisateur et de l'abonné et des informations qui y sont stockées. Comme l'affirme le considérant 24 de la directive, cet équipement et les infor-

71. Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil (COM (2000) 385) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

72. Cfr. exposé des motifs de la position commune (CE) n° 26/2002 arrêtée par le Conseil le 28 janvier 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/.../CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

mations qui y sont stockées relèvent de la vie privée et doivent être protégées au titre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ensuite, cette disposition, qui ne vise que l'accès à des « informations », régit les conditions dans lesquelles des logiciels espions peuvent être utilisés à l'égard d'utilisateurs sans se préoccuper de savoir s'il y a ou non traitement de données à caractère personnel. Elle semble ainsi évacuer le débat portant sur la question de savoir si l'utilisation de telles technologies est soumise au régime de la directive 95/46/CE. En effet, selon certains, l'utilisation de cookies, par exemple, n'entraîne pas de traitement de données à caractère personnel lorsque les données traitées ne permettent pas l'identification directe ou indirecte d'une personne physique⁷³. Paradoxalement, cette disposition se réfère pourtant, dans un second temps, à l'application de la directive 95/46/CE lorsqu'il s'agit de définir les conditions d'utilisation des procédés tels que visés par elle et impose l'application de certaines de ses dispositions.

1. Champ d'application

Le paragraphe 3 de l'article 5 de la directive est particulièrement vague concernant son champ d'application. Il nous apparaît que cette disposition pourra s'appliquer à l'utilisation de technologies autres que les cookies ou des logiciels espions.

En effet, cette disposition ne vise aucun système particulier d'intrusion

d'un équipement terminal. Elle se borne à interdire l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur. Elle n'indique pas quelles sont les technologies visées ni de quelles informations il s'agit. Ce flou répond sans doute à la volonté de demeurer le plus neutre possible d'un point de vue technologique.

Seul le considérant 24 de la directive 2002/58/CE fournit des exemples concrets des technologies visées à l'article 5, § 3. Il se réfère à l'utilisation de « logiciels espions, de pixels invisibles (web bugs), d'identificateurs cachés ou d'autres dispositifs analogues qui peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur ».

De plus, la directive ne définit nulle part le terme « information », de sorte que, sans autre précision, il s'applique aussi bien aux données de communication qu'à toute autre information stockée sur le disque dur tel un fichier Word, par exemple. D'où la constatation que tel que rédigé, cet article élude la question de savoir s'il se limite aux traitements de données à caractère personnel. Cette limitation devrait pourtant s'imposer au vu des objectifs poursuivis par la directive, à savoir « assurer un niveau équivalent de protection des droits et libertés fondamentaux, et en particulier du droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère person-

73. La recommandation 1/99 du Groupe 29 sur le traitement invisible et automatique des données à caractère personnel sur Internet effectué par des moyens logiciels et matériels du 23 février 1999 considère néanmoins que la directive 95/46/CE s'applique à ces traitements. Voir également à ce sujet : Th. VERBIEST, E. WERY, A. SALAUN et D. GOBERT, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 823 ; voy. les critiques formulées à ce sujet par J.M. DINANT in « Le visiteur visité. Quand les éditeurs de logiciel Internet passent subrepticement à travers les mailles du filet juridique », *Lex Electronica*, vol. 6, n° 2, hiver 2001, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-2/dinant.htm>.

nel dans le secteur des communications électroniques ». Deux interprétations du champ d'application de cette disposition sont donc possibles selon que l'on s'en tient à l'objectif de la directive qui est de réglementer le traitement de données à caractère personnel ou que l'on admet que la terminologie utilisée dans l'article 5, § 3 se veut plus neutre et s'écarte sciemment de l'objectif poursuivi. Toutefois, si la disposition vise également l'accès à des terminaux appartenant à des personnes morales abonnées, il devient illusoire en pratique de vouloir faire la distinction entre données à caractère personnel et données relatives à une personne morale.

Remarquons également que cette disposition n'accorde aucune attention à la finalité de l'intrusion. A priori, cette disposition s'applique donc quel que soit l'objectif poursuivi par celui qui accède à l'équipement terminal ou aux informations qu'il contient.

2. Régime

La directive 2002/58/EC met en place deux régimes distincts, l'un général, l'autre se présentant comme une exception au premier.

a. Régime général

L'article 5, § 3 subordonne l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur à la condition que ce dernier :

- ait été informé, « dans le respect de la directive 95/46/CE », de manière claire et complète entre autres sur les finalités du traitement ;

- ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données.

1. L'obligation d'informer

Cette obligation paraît simple à mettre en œuvre à première vue, mais l'imprécision de la directive sur sa portée exacte suscite des interrogations.

La directive 2002/58/CE se réfère expressément au respect des exigences de la directive générale 95/46/CE à l'égard des abonnés et des utilisateurs. Convient-il d'en déduire que ces exigences s'appliqueront également aux abonnés personnes morales alors que les dispositions de la directive 95/46/CE ne s'imposent a priori qu'à l'égard de données à caractère personnel relatives à des personnes physiques ? Le considérant 12 de la directive évoqué supra semble exclure cette hypothèse. Cela signifierait-il qu'il n'est pas nécessaire d'informer lorsque l'abonné du service est une personne morale ? Mais qu'en serait-il alors de la protection de l'utilisateur du service ? La référence à la directive 95/46/CE nous paraît maladroite. Il eut été plus clair d'exiger l'information préalable sans s'y référer ou d'indiquer explicitement si les personnes morales sont ou non concernées par cette obligation d'information. Dans le doute, il sera préférable d'informer pour pouvoir satisfaire à l'obligation d'information à l'égard d'un utilisateur.

De plus, en se référant expressément à l'obligation de mentionner les finalités du traitement, la directive 2002/58/CE induit une obligation additionnelle, celle de satisfaire aux exigences de légitimité de la finalité du traitement des données à caractère personnel conformément aux articles 6 et 7 de la directive 95/46/CE. Cette exi-

gence est confirmée au considérant 24 de la directive 2002/58/CE qui précise que « l'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée qu'à des fins légitimes, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné ». Le considérant 25 indique sur ce point que « les dispositifs de ce type, par exemple des témoins de connexion (cookies), peuvent constituer un outil légitime et utile, par exemple pour évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site, ainsi que pour contrôler l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne »⁷⁴. Se pose, dès lors, à nouveau la question de l'applicabilité de ces principes à l'égard des abonnés personnes morales.

En ce qui concerne l'exigence éventuelle du respect des autres obligations ou droits relatifs au traitement des données à caractère personnel contenus dans la directive 95/46/CE, tels que l'obligation de déclaration à l'autorité nationale de contrôle ou l'octroi d'un droit d'accès, la directive 2002/58/CE ne se prononce pas. Cette question se résoudra en fonction des critères d'application de la directive 95/46/CE et principalement de celui de l'existence ou non d'un traitement à caractère personnel⁷⁵.

Enfin, quant à la manière dont cette information devra être fournie, le considérant 25 donne quelques précisions : « L'information , relative à l'utilisation de plusieurs dispositifs à installer sur l'équipement terminal de l'utilisateur ainsi que le droit de refuser ces dispositifs peuvent être offerts en une seule fois pendant une même connexion, et cou-

vrir aussi l'utilisation future qui pourrait être faite de ces dispositifs durant des connexions subséquentes. Les méthodes retenues pour communiquer des informations, offrir un droit de refus ou solliciter le consentement devraient être les plus conviviales possibles ».

Cette disposition semble donc exiger une information au moment de la connexion. On peut dès lors se demander pourquoi avoir inclus les abonnés dans les bénéficiaires de l'obligation d'information. Le considérant 24 de la directive qui livre la ratio legis de cette disposition ne se réfère, d'ailleurs, qu'à la protection des utilisateurs. En effet, cette disposition semble envisager une nécessaire interaction entre celui qui souhaite l'accès et son interlocuteur qui doit en être informé. Elle ne devrait s'adresser qu'à l'utilisateur, c'est-à-dire une personne physique, abonnée ou non.

La disposition ne précise pas qui est débiteur de l'obligation d'informer et d'offrir le droit de refus requis, ce qui laisse entendre qu'il s'agit de la personne qui utilise le dispositif concerné. Pour mémoire, il est utile de noter que le considérant 25 du texte de la position commune (CE) n° 26/2002 mentionnée supra imposait ces obligations à l'opérateur du site qui expédie ou permet à un tiers d'expédier via son site les dispositifs concernés.

Le texte de l'article 5, § 3 de la directive prévoit que l'abonné ou l'utilisateur doit être « muni » de l'information. Le terme utilisé dans la version anglaise est « provided with ». Cela signifie-t-il que l'information doit être expressé-

74. Dans son exposé des motifs, le Conseil précise qu'il entendait souligner dans les considérants 24 et 25 la nature différente des « cookies » et des logiciels espions (cf. exposé des motifs de la position commune (CE) n° 26/2002 arrêtée par le Conseil le 28 janvier 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/... / CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

75. Rappelons à cet égard que le Groupe 29 s'est prononcé en faveur de l'application de la directive 95/46/CE aux technologies décrites dans sa Recommandation 1/99 en ce compris en ce qui concerne l'utilisation de cookies.

ment portée à son attention au moyen d'une communication selon la technique du « pop up » par exemple ? Le considérant 25 n'exige pas expressément le recours à la technique du « pop up » mais précise que « les méthodes retenues pour communiquer des informations, offrir un droit de refus ou solliciter le consentement devraient être les plus conviviales possibles ». Il nous semble que la terminologie utilisée appelle une communication spécifique adressée à l'utilisateur et ne peut se satisfaire d'une simple possibilité technique d'accéder à l'information et d'exercer un droit de refus du cookie. Cette interprétation est accréditée par le texte du considérant 25 qui indique que l'information et l'offre du droit de refus peuvent couvrir différentes sessions. Si l'information devait simplement être accessible à l'utilisateur, cette concession ne présenterait pas d'intérêt pratique.

2. Le droit de « refus »

La seconde condition contenue dans l'article 5, § 3 de la directive 2002/58/CE consiste en l'offre d'une possibilité de refuser le recours aux dispositifs concernés. Cette terminologie nous semble inappropriée. La notion de refus se rapproche, en effet, de la notion de consentement : soit l'on consent, soit l'on refuse. Elle sous-entend également l'existence d'une opportunité unique pour l'utilisateur : s'il ne refuse pas initialement, il ne peut plus « retirer » son « consentement ». Or, le droit de refuser peut être offert initialement et couvrir l'utilisation future du cookie, par exemple au cours de sessions ultérieures, ce qui laisserait donc l'utilisateur sans recours lors d'autres sessions.

Il aurait sans doute été souhaitable de faire référence à l'existence d'un droit d'« opposition », terme d'ailleurs utilisé dans la directive 95/46/CE à propos de l'utilisation des données à des fins de marketing direct. Le droit d'opposition perdue et peut exercer à tout moment, le cas échéant, lors de sessions ultérieures. Les solutions techniques actuelles permettent d'ailleurs de supprimer les cookies⁷⁶. Cela aurait permis de pallier le problème de l'utilisation d'un équipement terminal par plusieurs utilisateurs, problème auquel se réfère expressément le considérant 25. Si un utilisateur accepte un cookie, par exemple, celui-ci pourra être utilisé lors des sessions ultérieures initiées par d'autres utilisateurs.

Un fournisseur de services peut-il, par exemple, refuser de fournir le service en cas de rejet d'un cookie alors même que les informations traitées par celui-ci ne sont pas nécessaires à la prestation du service ? Le considérant 25 de la directive indique que « l'accès au contenu d'un site spécifique peut être [...], subordonné au fait d'accepter, en pleine connaissance de cause, l'installation d'un témoin de connexion ou d'un dispositif analogue, si celui-ci est utilisé à des fins légitimes ». Cette précision semble donc admettre qu'un refus d'accès est possible quand bien même le dispositif installé n'est pas nécessaire à la fourniture du service. L'existence de fins légitimes justifiant l'utilisation du dispositif suffit pour permettre au fournisseur de subordonner la prestation de service à son acceptation. Or, comme indiqué supra, il ressort notamment du considérant 24 de la directive que le recours à de tels dispositifs n'est a priori admissible que lorsque il poursuit des finalités légitimes.

76. M. ANTOINE *et alia*, sous la direction d'Yves Poulet, *Guide à destination des utilisateurs d'Internet*, ministère des Affaires économiques, Avril 2000, p.28.

b. Exception

La seconde phrase de l'article 5, § 3 de la directive 2002/58/CE introduit, dans une formulation pour le moins énigmatique, une exception à ce principe dont la portée exacte nous échappe : « Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès technique visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de

l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur ».

L'utilisation de l'expression « ne pas faire obstacle à » ne nous permet pas de mesurer la portée exacte de l'exception ainsi admise. S'agit-il d'exonérer le débiteur de l'obligation d'informer et/ou d'offrir une possibilité de refuser le dispositif ? Ou s'agit-il de permettre à celui-ci de passer outre le refus de l'utilisateur ? Les considérants de la directive ne nous éclairent pas à ce sujet.

35

Conservation des données de trafic et de localisation

La directive 2002/58/CE limite deux aspects de la conservation des données relatives aux communications électroniques : la durée de conservation et les personnes autorisées à les conserver. Le texte ne fait pas référence aux notions de « responsable du traitement » ou de « sous-traitant » autour desquelles s'articulent les droits et obligations relatifs au traitement de données à caractère personnel dans la directive 95/46/CE. La directive 2002/58/CE désigne les personnes habilitées à traiter ces données et détermine les conditions et finalités qui doivent présider à leur traitement.

La directive introduit deux nouvelles notions qui regroupent les données relatives à la fourniture de services de communications électroniques. La notion de « données relatives au trafic », tout d'abord, à laquelle se réfère la directive 97/66/CE sans pour autant la définir. L'article 2, b, de la directive 2002/58/CE définit désormais ces termes comme désignant « toutes les données traitées en vue de l'acheminement

d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation ». La notion de « données de localisation », ensuite, qui correspond, aux termes de l'article 2, c, de la directive 2002/58/CE, à « toutes les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public ».

La directive prévoit un régime distinct pour ces deux catégories de données.

1. Les données relatives au trafic

Les données relatives au trafic comprennent notamment les données de localisation générées durant le trafic ainsi que les données de navigation.

Le régime du traitement de données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs s'inscrit en marge

du principe de confidentialité des données afférentes aux communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public. En effet, il est en principe interdit de prendre connaissance de ces données sans le consentement des personnes concernées.

Les dispositions contenues à l'article 6 de la directive 2002/58/CE se lisent donc comme une dérogation à ce principe de confidentialité pour ce qui concerne les données relatives au trafic et doivent donc être interprétées restrictivement.

Comme le rappelle le considérant 26 de la directive, « les données relatives aux abonnés qui sont traitées dans des réseaux de communications électroniques pour établir des connexions et transmettre des informations contiennent des informations sur la vie privée des personnes physiques et touchent au droit au secret de leur correspondance ainsi qu'aux intérêts légitimes des personnes morales ».

a. Les traitements autorisés

Le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessible au public n'est, suivant le régime décrit à l'article 6 de la directive 2002/58/CE, autorisé à traiter et stocker des données relatives au trafic à des fins déterminées, que dans la me-

sure nécessaire à la fourniture des services et pour des périodes limitées.

1. Le traitement aux fins de transmission

Le paragraphe 1 de l'article 6 précise que le fournisseur peut traiter et stocker les données relatives au trafic aux fins d'assurer la transmission des communications. Néanmoins, les données traitées devraient être limitées à ce qui est strictement nécessaire pour assurer la transmission. En effet, en vertu du considérant 30 de la directive 2002/58/CE, « les systèmes mis au point pour la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques devraient être conçus de manière à limiter au strict minimum la quantité de données personnelles nécessaires ». L'article 6 précise encore que les données relatives au trafic doivent être rendues anonymes ou être effacées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission, et ce sans préjudice des autres traitements admis au sein de l'article 6 et qui seront définis infra⁷⁷.

Le considérant 27 de la directive apporte quelques précisions concernant le moment où finit la transmission : « Le moment exact où s'achève la transmission d'une communication, au-delà duquel les données relatives au trafic doivent être effacées sauf à des fins de facturation, peut dépendre du type de service de communications électroniques fourni. Ainsi, dans le cas d'un appel par téléphonie vocale, la transmis-

77. Le considérant 30 semble, cependant, admettre une finalité supplémentaire non inscrite à l'article 6 lorsqu'il indique que « toute activité qui s'inscrit dans le cadre de la fourniture d'un service de communications électroniques et qui va au-delà de la simple transmission d'une communication ou de sa facturation devrait se fonder sur des données relatives au trafic globalisées qui ne peuvent pas être attribuées à des abonnés ou utilisateurs individuels ». Ce commentaire vise des services qui ne se réduisent pas à un simple service de transmission mais qui n'entrent pas non plus dans la catégorie des services à valeur ajoutée que nous évoquons ci-dessous. L'exigence d'un traitement global ne requiert pas que les données soient rendues anonymes mais qu'elles soient traitées de façon non individuelle et ne fassent plus référence à un abonné ou à un utilisateur. Malheureusement, le texte de la directive n'explique pas quels types de traitements lui ont inspiré ce commentaire. Ce considérant ne se trouvait pas dans la proposition de directive émise par la Commission (Voir à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen (SEC/2002/0124 final – COD 2000/0189).

sion cesse dès que l'un ou l'autre des usagers interrompt la connexion et, dans le cas d'un courrier électronique, la transmission prend fin dès que le destinataire récupère le message, généralement à partir du serveur de son fournisseur de service ».

Enfin, la directive ajoute, dans une formulation qui nous paraît assez maladroite, que « l'obligation d'effacer ou de rendre anonymes les données relatives au trafic lorsqu'elles ne sont plus nécessaires aux fins de la transmission d'une communication n'est pas contradictoire avec les procédures utilisées sur l'Internet, telles que celle de la mise en antémémoire (caching), dans le système des noms de domaines, pour les adresses IP ou pour les liens entre une adresse IP et une adresse physique, ou l'utilisation d'informations relatives à la connexion pour contrôler le droit d'accès à des réseaux ou à des services »⁷⁸. Il nous semble que la directive entend indiquer par ces termes, que l'obligation de rendre les données de communication anonymes n'empêchera pas les fournisseurs de services de laisser les technologies visées subsister, quand bien même leur maintien entraînerait la conservation des traces des communications⁷⁹. Cette exception est extrêmement large puisqu'elle autorise cette conservation de données sans limitation de temps, sans garanties et sans droit d'information préalable et d'opposition à celle-ci, sauf à considé-

rer que les dispositions de la directive 95/46/CE s'appliquent aux traitements de données à caractère personnel ainsi mis en œuvre⁸⁰.

2. Traitement à des fins de facturation

Le fournisseur peut également traiter, en vertu du second paragraphe de l'article 6, les données relatives au trafic nécessaires pour établir les factures des abonnés et les paiements pour interconnexion. Ce traitement n'est cependant autorisé que pour une durée limitée, à savoir jusqu'à la fin de la période au cours de laquelle la facture peut être légalement contestée et des poursuites engagées pour en obtenir le paiement. Cette période pourra donc varier d'un Etat membre à l'autre.

La directive innove par rapport à la directive 97/66/CE en précisant expressément au paragraphe 4 de l'article 6 que le fournisseur doit informer les abonnés, en ce inclus les personnes morales et les utilisateurs concernés, des données relatives au trafic qui sont traitées ainsi que de la durée du traitement. Il est étonnant que l'utilisateur soit mentionné en tant que destinataire de l'information car cela nous semble difficile à mettre en œuvre lorsque plusieurs utilisateurs utilisent le service d'un abonné ou que l'abonné (tel un employeur) et l'utilisateur (tel un employé) sont distincts.

78. Ce paragraphe fut inséré par le Conseil. La Recommandation A5-0130/2002 faite au Parlement en deuxième lecture par la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures contenait un amendement supprimant ce paragraphe au motif notamment que « le sens et les objectifs [...] sont assez vagues et prêtent à confusion ».

79. Cette interprétation semble être confirmée par le commentaire effectué par la Commission à propos de ce considérant 28 dans la Communication de la Commission au Parlement européen (SEC/2002/0124 final – COD 2000/0189) selon lequel le « considérant 28 précise encore que certaines formes de stockage de données relatives au trafic, qui sont nécessaires à la fourniture de service sur l'Internet, ne sont pas concernées par l'obligation d'effacer les données relatives au trafic ».

80. Cette application pourrait se déduire du considérant 10 de la directive qui indique : « Dans le secteur des communications électroniques, la directive 95/46/CE est applicable notamment à tous les aspects de la protection des droits et libertés fondamentaux qui n'entrent pas expressément dans le cadre de la présente directive[...] ». Reste à déterminer si en prévoyant cette exclusion, la directive 2002/58/CE a entendu réglementer le *caching* et les autres techniques visées ou simplement les exclure du champ d'application de cette disposition, laissant la directive 95/46/CE s'appliquer pleinement.

Le texte n'indique pas à quel moment cette information doit être fournie. Il ressort toutefois de l'exposé des motifs de la proposition de directive⁸¹ que le but de cette obligation d'information est de mettre les abonnés en mesure de contrôler le traitement des données qui est pratiqué et, le cas échéant de s'y opposer. Pour atteindre cet objectif, l'information devrait donc être préalable au traitement. Le considérant 26 fait, quant à lui, référence à une obligation de « tenir informé » l'abonné (également l'utilisateur n'est pas mentionné), ce qui suggère que chaque modification relative aux types de données traitées, aux finalités de ces traitements ou à leur durée devra être communiquée à l'abonné concerné.

3. *Traitement à des fins de commercialisation de fourniture de service à valeur ajoutée*

Le fournisseur peut traiter les données de trafic à des fins i) de commercialisation de services de communications électroniques ou ii) de fourniture de service à valeur ajoutée.

Il est à noter, tout d'abord, que seul le fournisseur de services de communications électroniques est visé par cette disposition, à l'exclusion du fournisseur de réseau public de communication.

Concernant la commercialisation de services de communications électroniques, le texte de l'article 6 semble restreindre la possibilité de traitement aux services du fournisseur. Néanmoins un amendement apporté au considérant 15 de la proposition de direc-

tive présentée par la Commission⁸² et repris au considérant 26 de la directive étend cette possibilité à la commercialisation par le fournisseur de tous services de communications électroniques, ceux du fournisseurs ou ceux de tiers. En effet, alors que le texte initial se référait à la possibilité offerte au fournisseur de services de commercialiser « ses propres services », l'amendement modifie le texte en se référant à « des services de communications électroniques »⁸³.

Un « service à valeur ajoutée » est « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation, à l'exclusion des données qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation ». Les données traitées seraient donc, parmi les données relatives au trafic, des données qui sont indispensables soit à la transmission soit à la facturation.

Cette définition nous paraît toutefois inconciliable avec celle donnée dans la version anglaise de la directive : « "value added service" means any service which requires the processing of traffic data or location data other than traffic data beyond what is necessary for the transmission of a communication or the billing thereof »⁸⁴. Selon cette définition, le propre du service à valeur ajoutée est d'exiger le traitement de données relatives au trafic ou de données de localisation autres que des données relatives au trafic au-delà de ce qui est nécessaire à l'acheminement des communications ou de leur facturation. Nous pensons qu'il convient de retenir cette définition plutôt que celle de

81. Proposition de directive COM (2000) 385, *op. cit.*

82. Proposition de directive COM (2000) 385, *op. cit.*

83. Cette volonté d'élargir ainsi le droit de traitement de ces données ressort également de la Communication de la Commission au Parlement européen en vue de l'adoption de la directive et qui commente les amendements apportés par le Parlement et le Conseil à la proposition initiale (SEC/2002/0124 final – COD 2000/0189).

84. « Service à valeur ajoutée » signifie « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation autres que les données relatives au trafic au-delà de ce qui est nécessaire pour la transmission d'une communication ou sa facturation ».

la version française car elle seule permet de donner, comme nous le démontrerons infra, un sens à l'article 9 de la directive relatif aux données de localisation autres que les données relatives au trafic.

L'exposé des motifs de la proposition de directive⁸⁵ indique que, partant de la constatation que des services offerts sur la base de données spécifiques relatives au trafic ont été mis au point, il n'y a pas de raison d'interdire le traitement des données relatives au trafic réservé jusqu'alors à des finalités de transmission, de facturation et de commercialisation de services de télécommunication.

La directive livre en son considérant 18 quelques exemples de ce qui peut être considéré comme un service à valeur ajoutée : des services incluant des conseils sur les forfaits tarifaires les plus avantageux ou sur le guidage routier, des informations sur l'état de la circulation, des prévisions météorologiques, des informations touristiques, etc.

Les traitements relatifs à la commercialisation de services de communication et à la fourniture de services à valeur ajoutée sont cependant subordonnés, aux termes de l'article 6, § 3, au consentement préalable de l'abonné ou de l'utilisateur concerné. Le considérant 31 ajoute que « la question de savoir si c'est de l'utilisateur ou de l'abonné qu'il convient d'obtenir le consentement pour pouvoir traiter des données à caractère personnel en vue de fournir un service donné à valeur ajoutée sera fonction des données à traiter et du type de service à fournir mais aussi de la possibilité ou non, sur les plans technique, procédural et contractuel, de distinguer le particulier qui utilise un service de communications

électroniques de la personne, physique ou morale, qui s'y est abonnée ».

Par ailleurs, l'article 6, § 3 précise que l'abonné ou l'utilisateur a le droit de retirer son consentement par la suite.

Le fournisseur doit, préalablement à l'obtention de ce consentement, informer les abonnés et les utilisateurs concernés des données relatives au trafic qui sont traitées ainsi que de la durée du traitement et ce en vertu du paragraphe 4 de l'article 6. Le considérant 26 ajoute une obligation concernant ce devoir d'information préalable lorsqu'il précise que le fournisseur doit spécifiquement informer l'abonné de son droit à ne pas consentir au traitement ainsi que de son droit de retirer son consentement.

Il ressort de ces dispositions que le consentement requis est un consentement informé portant spécifiquement sur la prestation de services à valeur ajoutée identifiés.

Enfin, le traitement n'est autorisé que dans la mesure et pour la durée nécessaire à la fourniture et à la commercialisation des services. Comme l'indique, en effet, le considérant 26, « il convient également d'effacer ou de rendre anonymes les données relatives au trafic utilisées pour la commercialisation de services de communications ou pour la fourniture de services à valeur ajoutée, lorsque les services en question ont été fournis ».

4. Le traitement à des fins techniques et de contrôle des fraudes

Ces deux finalités ne sont pas envisagées telles quelles dans le texte de l'article 6. Elles sont introduites et définies dans le considérant 29.

85. Proposition de directive COM (2000) 385, op. cit..

Ce considérant précise qu'« au besoin, et au cas par cas, le fournisseur d'un service peut traiter des données relatives au trafic qui concernent des abonnés ou des utilisateurs s'il s'agit de déceler une défaillance technique ou une erreur dans la transmission des communications »⁸⁶. Le considérant ajoute que « des données relatives au trafic nécessaires pour la facturation peuvent aussi être traitées par le fournisseur d'un service s'il s'agit de déceler et de faire cesser des pratiques frauduleuses consistant à utiliser le service de communications électroniques sans le payer »⁸⁷.

5. Le traitement aux fins de règlement des litiges

Aux termes de l'article 6, § 6, « les paragraphes 1, 2, 3 et 5 s'appliquent sans préjudice de la possibilité qu'ont les organes compétents de se faire communiquer des données relatives au trafic conformément à la législation en vigueur dans le but de régler des litiges, notamment en matière d'interconnexion ou de facturation ».

6. Exceptions introduites à l'article 15 de la directive

L'article 15 de la directive ouvre la possibilité aux Etats membres de déroger, à certaines conditions, au dispositif de l'article 6 pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations

non autorisées du système de communications électroniques.

b. A qui ces données relatives au trafic peuvent-elles être communiquées ?

1. Services de traitement visés par la directive

Le paragraphe 5 de l'article 6 restreint les traitements effectués aux fins mentionnées supra et ceux relatifs à l'information préalable des utilisateurs et abonnés à certaines personnes. Il s'agit des personnes agissant sous l'autorité des fournisseurs de réseaux publics de communication et de services de communications électroniques accessibles au public qui sont chargées d'assurer la facturation ou la gestion du trafic, de répondre aux demandes de la clientèle, de détecter les fraudes et de commercialiser les services de communications électroniques ou de fournir un service à valeur ajoutée. Cette disposition ajoute que le traitement doit se limiter à ce qui est nécessaire à ces activités. Cette exigence pourrait se lire comme requérant un cloisonnement des traitements, limitant ceux-ci à ce qui est nécessaire au service concerné.

2. Communication à un tiers

Peut-on en déduire que les données relatives au trafic peuvent être transmises par le fournisseur de services de communications électroniques à un tiers prestataire de services à valeur ajoutée et être traitées par lui en tant que responsable de traitement ? Cela

86. En vertu de l'article 6, § 1, les données de trafic devraient être effacées ou rendues anonymes dès la fin de la transmission, ce qui implique, selon nous, que ce traitement devrait être réalisé avant la fin de celle-ci. En effet, ce traitement ne compte pas parmi les exceptions à l'interdiction de la conservation des données trafic au-delà de la transmission prévues à l'article 6, § 1.

87. Il nous semble que dans ce contexte également, il faudra tenir compte de la durée pendant laquelle les données relatives au trafic peuvent être conservées aux fins d'assurer la facturation des services. Le traitement susmentionné ne pourra s'exercer que sur les données conservées légalement, sans quoi les limitations posées à la conservation des données perdraient toute utilité.

semble contredire l'article 6, § 3, de la directive qui ne confère le droit de traiter des données relatives au trafic que pour la fourniture de services à valeur ajoutée qu'aux fournisseurs d'un service de communications électroniques.

Il ressort du considérant 32 de la directive que les données traitées à des fins de fourniture de service à valeur ajoutée ne doivent pas spécifiquement l'être par le fournisseur de réseau public de communication ou de services de communication qui récolte ces données. En effet, cette disposition qui aborde le cas de la sous-traitance du traitement, mentionne expressément le cas du fournisseur de service à valeur ajoutée en parallèle avec la sous-traitance réalisée par le fournisseur de services de communications. Autrement dit, le considérant 32 envisage implicitement que des données à caractère personnel collectées par un fournisseur de services de communications électroniques puissent être transmises à un fournisseur de services à valeur ajoutée qui pourra en soustraire le traitement.

Le considérant 32 semble donc envisager le traitement par un tiers fournisseur de services à valeur ajoutée alors qu'une interprétation stricte de l'article 6, § 3, qui se lit comme une exception au principe d'interdiction de la prise de connaissance et de conservation des données, conduit à l'exclusion de cette possibilité a priori.

La lecture de l'article 9 de la directive relatif aux données de localisation nous apprend cependant que le transfert de ces données par le fournisseur de services de communications électroniques à un tiers pour la fourniture de services à valeur ajoutée est admis. Tel devrait être, selon nous, le cas pour ce qui est des données relatives au trafic à nos yeux moins « sensibles » que les données de localisation et ce même si

l'article 6, § 3, ne le prévoit pas expressément.

Reste à déterminer qui, dans le cas où l'on pourrait admettre quand même un traitement par un tiers fournisseur de services à valeur ajoutée, est censé informer et obtenir le consentement de l'abonné ou de l'utilisateur. Le paragraphe 4 relatif à l'obligation d'informer est neutre : il se réfère au « fournisseur de services » sans autre précision. L'information pourrait donc être communiquée par l'un ou l'autre fournisseur pour autant qu'elle précède la demande de consentement au traitement. On se référera aux principes d'information issus de la directive 95/46/CE qui peuvent s'appliquer concurremment à ceux de la directive 2002/58/CE pour déterminer le contenu de l'information à fournir par l'un et par l'autre.

3. *Sous-traitance*

Le considérant 32 de la directive admet le principe de la sous-traitance à un tiers pour deux finalités : la fourniture de services de communications électroniques et la fourniture de services à valeur ajoutée. Dans ce cas, cette disposition indique que « cette sous-traitance et le traitement des données qui en découle devraient respecter intégralement les exigences de la directive 95/46/CE pour ce qui est des responsables du contrôle et du traitement des données à caractère personnel ». Le responsable du traitement devra notamment conclure avec le sous-traitant un contrat qui établira les principes de sa responsabilité.

Cette disposition précise que « lorsque, pour permettre la fourniture d'un service à valeur ajoutée, des données relatives au trafic ou à la localisation sont transmises par un fournisseur de services de communications électro-

niques à un fournisseur de services à valeur ajoutée, les abonnés ou utilisateurs auxquels ces données se rapportent devraient également être pleinement informés de cette transmission avant de consentir ou non au traitement des dites données ». L'exigence relative à l'information préalable de l'abonné ou de l'utilisateur est donc renforcée dans l'hypothèse où le fournisseur de services de communications électroniques fait appel à un tiers en sous-traitance.

2. Les données de localisation

Partant de la constatation que des moyens techniques, que ce soit sur les réseaux cellulaires ou satellitaires, permettent désormais de localiser de façon assez précise les équipements des utilisateurs, la Commission a estimé nécessaire de définir un régime propre au traitement des données de localisation⁸⁸. En effet, si des données de localisation existaient déjà précédemment en tant que « sous-produits » des transmissions de communication, elles étaient relativement imprécises et tombaient sous le régime du traitement des données relatives au trafic. Dès que pointe la menace d'une possibilité de localisation effective et quasiment permanente des équipements, il convient d'en limiter le traitement à quelques hypothèses légitimes et définies. Ces hypothèses sont de deux ordres : la fourniture de services à valeur ajoutée et la fourniture de services d'urgence. A cela vient s'ajouter la possibilité de déroger aux conditions de traitement de localisation introduite par l'article 15 de la directive.

a. Définition

Pour rappel, la directive entend par « données de localisation », « toutes

les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public ».

Le considérant 13 cite quelques exemples de ce qui peut constituer une donnée de localisation : « Par « données de localisation », on peut entendre la latitude, la longitude et l'altitude du lieu où se trouve l'équipement terminal de l'utilisateur, la direction du mouvement, le degré de précision quant aux informations sur la localisation, l'identification de la cellule du réseau où se situe, à un moment donné, l'équipement terminal, ou encore le moment auquel l'information sur la localisation a été enregistrée ».

L'élément clé de la définition est donc le fait que les données indiquent une position géographique du terminal utilisé. Le considérant 35 se réfère quant à lui exclusivement à la localisation des utilisateurs « mobiles ».

b. Régime

1. Principe et champ d'application

L'article 9 de la directive vise les données de localisation concernant des utilisateurs ou abonnés de réseaux publics de communications ou de services de communications électroniques accessibles au public ou des abonnés à ces réseaux ou services.

Il érige en principe l'interdiction de traiter les données de localisation autres que les données relatives au trafic. Pour rappel, les données relatives au trafic sont celles que le fournisseur de réseau ou de services de communications électroniques traite soit pour

88. Exposé des motifs de la Proposition de directive COM (2000) 389, *op. cit.*

l'acheminement des communications, soit pour la facturation. Cette distinction suppose qu'il existe des données de localisation qui sont des données relatives au trafic et d'autres qui ne le sont pas. Dès que des données indiquant la localisation géographique sont traitées pour la transmission ou la facturation, elles tombent sous le régime du traitement des données relatives au trafic essentiellement défini à l'article 6 de la directive. Seules les données non traitées en vue de la transmission ou de la facturation et indiquant la position géographique de l'équipement sont soumises au régime de l'article 9.

Pourtant, un des objectifs de l'article 9 est d'autoriser le traitement de données de localisation pour la fourniture de services à valeur ajoutée. Or, le service à valeur ajoutée est celui qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation, « à l'exclusion des données qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation ». Autrement dit, de par sa définition, un service à valeur ajoutée ne pourra requérir le traitement que des données indispensables à la transmission ou à la facturation. Pourtant l'article 9 ne s'applique qu'aux données de localisation autres que les données trafic. Les données de localisation indispensables à la transmission et à la facturation, qui répondent assurément à la définition de données relatives au trafic, sont donc exclues du champ d'application de l'article 9. Par conséquent, cette disposition n'a pas de sens lorsqu'elle envisage le traitement de données de localisation autres que les données relatives au trafic à des fins de fourniture de service à valeur ajoutée.

Une voie qui permettrait de concilier le texte de l'article 9 et la définition de la notion de service à valeur ajoutée serait de privilégier la version anglaise de la directive quant à la définition de « service à valeur ajoutée ». Pour rappel, cette définition y est ainsi libellée : « " value added service " means any service which requires the processing of traffic data or location data other than traffic data beyond what is necessary for the transmission of a communication or the billing thereof »⁸⁹. Si l'on admet que le service à valeur ajoutée est celui qui requiert éventuellement le traitement des données de localisation autres que des données trafic au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la transmission d'une communication ou sa facturation, l'article 9 prend tout son sens et régleme le recours au traitement de ces données. Il nous semble néanmoins que la seconde partie de la définition ne peut concerner les données de localisation autres que les données trafic puisque seules les données trafic sont utilisées à des fins de transmission et de facturation.

2. Exceptions au principe

Il existe néanmoins certaines exceptions à cette interdiction de traitement des données de localisation. Les données de localisation autres que les données trafic peuvent ainsi être traitées :

- a. après qu'elles ont été rendues anonymes
- b. dans le cadre de la fourniture de services à valeur ajoutée

On trouve dans le considérant 35 quelques exemples de services à valeur ajoutée : les services personnalisés

89. Un « service à valeur ajoutée » signifie « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation autres que les données relatives au trafic au-delà de ce qui est nécessaire pour la transmission d'une communication ou sa facturation ».

d'information sur la circulation et de guidage des automobilistes.

Le traitement est toutefois soumis à certaines conditions :

– Il est subordonné au consentement des utilisateurs ou des abonnés concernés. Pour savoir si le consentement devra être obtenu de l'abonné ou de l'utilisateur, il y a lieu de se référer au considérant 31 de la directive évoquée supra : la réponse sera fonction des données à traiter et du type de service à fournir mais aussi de la possibilité ou non, sur les plans technique, procédural et contractuel, de distinguer le particulier qui utilise un service de communications électroniques de la personne, physique ou morale, qui s'y est abonnée⁹⁰.

Ce consentement peut être retiré :

- soit temporairement : comme l'indique l'article 9, § 2, « lorsque les utilisateurs ou les abonnés ont donné leur consentement au traitement des données de localisation autres que les données relatives au trafic, ils doivent garder la possibilité d'interdire temporairement, par un moyen simple et gratuit, le traitement de ces données pour chaque connexion au réseau ou pour chaque transmission de communication »;
- soit définitivement : aux termes de l'article 9, § 1, « les utilisateurs ou les abonnés ont la possibilité de retirer à tout moment leur consentement pour le traitement des données de localisation autres que les données relatives au trafic ».

– Le fournisseur du service doit informer les utilisateurs ou les abonnés, avant d'obtenir leur consentement, du type de données de localisation autres que les données relatives au trafic qui seront traitées, les objectifs et la durée de ce traitement, et sur le fait que les données seront ou non transmises à un tiers en vue de la fourniture du service à valeur ajoutée.

– Il n'est admis que dans la mesure et pour la durée nécessaires à la fourniture du service à valeur ajoutée.

– Le traitement des données de localisation autres que les données relatives au trafic doit être restreint aux personnes agissant sous l'autorité du fournisseur du réseau public de communications ou service de communications électroniques accessible au public, ou du tiers qui fournit le service à valeur ajoutée.

c. lorsqu'il s'agit de traiter des appels d'urgence

L'article 10, b, de la directive invite les États membres à mettre en place des procédures transparentes définissant les conditions auxquelles le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessible au public pourra passer outre à l'absence de consentement d'un abonné ou d'un utilisateur en ce qui concerne le traitement de données de localisation, ligne par ligne, pour permettre aux organismes chargés de traiter les appels d'urgence, tels que ceux adressés aux services de police, d'ambulance et des pompiers, de réagir à ceux-ci.

90. Quelques auteurs indiquaient que cette question pouvait être délicate, par exemple, dans le cas où l'abonné est l'employeur et l'utilisateur, l'employé (Y. POULLET, S. LOUVEAUX et M. V. PEREZ ASINARI, *op. cit.*, p. 157). La directive n'apporte pas vraiment de réponse claire à cette question. Tout en omettant de spécifier qu'il convient *a priori* de privilégier l'obtention du consentement de l'un ou de l'autre, elle laisse le soin au fournisseur de services de déterminer quelle est la solution la plus appropriée en fonction des critères fournis mais semble à tout le moins exclure l'exigence d'un double consentement, à savoir un consentement de la part de l'utilisateur et de l'abonné.

d. article 15 de la directive

L'article 15 de la directive prévoit que les États membres peuvent, sous

certaines conditions, adopter des mesures législatives visant à limiter la portée des droits et des obligations visés à l'article 9 de la présente directive.

45

Conclusion

La directive 2002/58/CE est un texte d'une portée capitale dans une démocratie moderne.

Tout d'abord, elle tente de trouver le juste équilibre entre l'autonomie de l'individu, juridiquement qualifiée de « liberté fondamentale », et les intérêts des acteurs publics et privés traitant des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques. La communication libre entre individus est une des *conditio sine qua non* d'une société ouverte et pluraliste. Elle est nécessaire à l'épanouissement personnel et étaye d'autres libertés, telles que les libertés d'expression, d'association, d'orientation religieuse ou philosophique. Il est légitime d'affirmer que, probablement plus que dans tout autre secteur, le « pouvoir » de contrôle exercé sur les données à caractère personnel est immense. Une situation dans laquelle le citoyen n'aurait pas une totale confiance dans les moyens de communication, risquerait de créer un système de visibilité et de surveillance non désiré. En tentant de concilier les différents intérêts en jeu et les droits fondamentaux, les dispositions de la directive particularisent les principes fondamentaux de la directive 95/46/CE, à savoir la légitimité et la proportionnalité.

Ensuite, la directive a pour mission d'équilibrer le potentiel économique qu'offrent les nouveaux médias et les risques qu'ils représentent pour la vie privée. La communication libre est certes un des éléments essentiels d'une société stable et ouverte. Elle importe égale-

ment pour la bonne santé du marché. Dans une société d'information, des moyens de communication fiables sont primordiaux si l'on veut créer un environnement de confiance. La validité de cette thèse ne se limite pas au marché des services de communications électroniques ; elle s'applique à tout service qui dépend des moyens de communication. De plus, dans une telle société, les réseaux de communication constituent le seul lieu d'interaction entre le vendeur et le client. La prolifération des nouvelles technologies de communication augmente les risques, non seulement en termes quantitatifs, mais aussi en termes qualitatifs. Il suffit de penser au phénomène de « convergence » des médias, qui d'ailleurs n'est pas sans risque pour la vie privée. La directive, bien qu'elle fasse partie du « electronic communication package », a donc aussi une vocation importante de « protection des consommateurs », puisqu'elle se propose de contribuer à la construction d'un environnement de communication fiable.

Par rapport à la directive 97/66/CE, la nouvelle directive est novatrice en ce sens qu'elle prévoit des règles indépendante de la technologie mise en œuvre. Ce cadre neutre devrait être garant de la certitude juridique et rendre superflue toute modification de la législation en fonction des avancées technologiques. Cette neutralité nous paraît essentielle au maintien d'un minimum de certitude juridique. Toutefois, force est de constater qu'il est parfois malaisé de définir la réalité complexe en

termes « neutres », et qu'on en revient vite aux dispositions abstraites et maladroites (nous pensons ici à l'article 5, § 3 de la directive). L'effet paradoxal qui en découle est que, pour pallier les incertitudes liées à l'évolution technologique future, on recourt à des termes imprécis qui sont eux-mêmes source d'incertitude juridique.

Nous déplorons également le grave déficit de lisibilité et de cohérence que présente la directive. Les dispositions relatives au champ d'application (articles 1 et 3), aux moyens d'accès et aux traitements invisibles (article 5), aux traitements des données qui assurent la transmission et la localisation (articles 8 et 9), aux communications non sollicitées (article 13), etc... sont formulées de manière très vague. Il ne s'agit pas seulement d'un problème linguistique : à maintes reprises, nous avons relevé des incohérences internes (par exemple, la définition de données de localisation avec le régime de traitement défini dans la directive qui prend en compte la notion d'abonné). De plus, nous nous demandons si le libellé des dispositions relatives à la protection des « intérêts légitimes des personnes morales », en l'absence de toute indication interprétative, est acceptable dans une directive fondée sur l'article 95 du Traité.

La directive souffre non seulement d'un manque de clarté interne, mais

également d'une confusion « externe ». La relation avec d'autres directives, notamment la directive 95/46/CE, reste confuse. Nous avons commenté ce dernier point afin de clarifier l'incertitude qui existe au niveau de l'application territoriale, étant donné que les réseaux de communication ne s'arrêtent pas aux frontières géographiques de l'Europe. En effet, on note une évolution puisque les textes juridiques semblent souscrire au principe du « country of destination ». Toutefois, en l'absence de référence spécifique à ce principe, il nous semble qu'une lecture cohérente par rapport à la portée de la directive 95/46/CE reste possible. Au niveau conceptuel, nous constatons également des incohérences avec les concepts utilisés par la directive 2000/31/CE. Tout ceci risque d'entraîner une perte d'efficacité de la directive, susceptible de se traduire à son tour par une perte de légitimité fonctionnelle. Autrement dit, la directive perd en légitimité dès qu'elle n'est plus apte à atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés.

Nous craignons que cette incertitude, loin de résulter en une harmonisation, ne débouche sur une polarisation des régimes nationaux dans une Europe qui comptera bientôt 25 Etats membres. Il est à espérer que le Groupe 29 adoptera une position proactive et une opinion claire et pragmatique pour trouver des solutions aux problèmes les plus aigus.