

LA DIRECTIVE 2002/58/CE VIE PRIVÉE ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET LA DIRECTIVE 95/46/CE RELATIVE AU TRAITEMENT DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL : COMMENT LES (RÉ)CONCILIER ?

Karen ROSIER

Avocate au Barreau de Namur

Assistante à la faculté de droit des FUNDP

Chercheuse au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), FUNDP

Sommaire : I. Introduction. II. Quelle interaction entre les directives 95/46/CE et 2002/58/CE ? II.1. La quasi absence des concepts clés de la directive 95/46/CE. II.2. Champ d'application. II.2.1. Champ d'application territorial. II.2.2. Champ d'application matériel. II.2.3. Champ d'application personnel. II.3. Destinataires des informations. III. Impact des différentes lectures que l'on peut faire des liens entre les deux directives. III.1. Quant au champ d'application. III.1.1. Champ d'application territorial. III.1.2. Champ d'application matériel. III.1.3. Champ d'application personnel. III.2. La communication de données relatives au trafic et de données de localisation par le fournisseur de service de communications électroniques à des tiers. III.3. L'obligation d'information. III.4. Protection des personnes morales. IV. Conclusion.

Résumé : Les directives 2002/58/CE et 95/46/CE ont toutes deux vocation à régir le traitement de données à caractère personnel dans le cadre du secteur des communications électroniques. L'article 1 de la directive 2002/58/CE annonce un rapport de subsidiarité entre les deux directives, la directive 95/46/CE s'appliquant pour tout ce qui n'est pas spécifiquement régi par la directive 2002/58/CE.

Au premier abord, le rapport entre ces deux directives est donc celui d'une *lex specialis* – la directive 2002/58/CE – par rapport à la directive de portée générale qu'est la directive 95/46/CE dont le champ d'application n'est pas restreint au secteur des communications électroniques. Pourtant, le contenu des dispositions de la directive 2002/58/CE nous laisse penser que ce rapport n'est pas aussi clair. Il ressort, en effet, tant du langage utilisé dans les dispositions de la directive 2002/58/CE que dans la définition de son champ d'application, que le législateur européen s'est écarté de cette approche et a établi des principes qui conduisent à une application parallèle de cette directive et de la directive 95/46/CE, sans avoir égard aux spécificités de la directive 95/46/CE.

Cette inconstance dans le texte de la directive 2002/58/CE génère une incertitude quant à la manière dont il convient d'interpréter les exigences de celle-ci, notamment en ce qui concerne son champ d'application, les obligations qu'elle impose et la portée des dispositions visant les personnes morales. Elle se reflète d'ailleurs dans la transposition de la directive 2002/58/CE au sein des États membres au niveau de laquelle on constate que les obligations de la directive 2002/58/CE ont un champ d'application et une portée bien différents d'un État membre à l'autre selon que celui-ci maintient ou non un lien entre les deux directives.

I. INTRODUCTION (1)

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 (2) complète le cadre de la réglementation européenne en matière de traitement de données à caractère personnel.

À l'instar de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (3), la directive 2002/58/CE entend protéger le droit au respect de la vie privée et assurer la libre circulation des données dans le secteur des communications électroniques. À ces finalités, s'ajoute celle de la libre circulation d'équipements et des services de communications électroniques.

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 télécommunications (4). Elle a principalement pour objectif d'étendre aux communications électroniques le champ d'application de la directive 97/66/CE qui avait été élaborée à un moment où la révolution de l'Internet n'avait pas encore eu lieu. Bien que, selon le groupe institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE (le « Groupe 29 »), cette directive 97/66/CE devait s'appliquer au trafic d'Internet et aux courriers

(1) La présente contribution s'inspire en partie de l'article publié par l'auteur et par M. Jan DHONT sous l'intitulé « Directive vie privée et communications électroniques : premiers commentaires... », *Ubiquité*, 2003, vol. 15, pp. 7 et s. Elle prolonge la réflexion amorcée dans cet article sur la question de l'interaction entre les deux directives.

(2) Ou « Directive vie privée et communication », *J.O.C.E.*, n° L 20, 31 juillet 2002, p. 0037 – 0047.

(3) 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.

(4) *J.O.C.E.*, n° L 024, 30 janvier 1998, p. 0001 – 0008.

électroniques, il subsistait une incertitude que l'on a voulu balayer 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 (5).

Le législateur européen ne s'est toutefois 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 Commission (6) 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 et innovations d'importance, telle l'introduction d'une réglementation spécifique relative 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.

Nous nous concentrerons, dans le cadre de cette contribution, sur les problèmes que peut susciter l'interaction entre la directive 2002/58/CE et la directive 95/46/CE.

Dans un premier chapitre, nous poserons les balises de cette problématique en nous penchant sur ce qu'implique *a priori* le texte de la directive 2002/58/CE à ce propos.

Dans un deuxième temps, nous mettrons en évidence quelques spécificités de la directive 2002/58/CE qui nous font penser qu'elle repose sur des concepts et principes qui s'écartent de ceux de la directive 95/46/CE. Nous nous pencherons à cet égard sur quelques considérations terminologiques illustrant notre propos. Nous prolongerons ensuite notre réflexion en confrontant les champs d'application respectifs des deux directives sur les plans territorial, matériel et personnel. Enfin, nous soulignerons la différence d'approche entre les deux directives en ce qui concerne les personnes à protéger.

Au sein d'un troisième chapitre, nous examinerons l'incidence de cette problématique sur la définition de ces champs d'application et sur la portée de certaines dispositions dans la directive. Ainsi nous interrogerons-nous sur l'impact que peut avoir l'interaction entre les deux directives au niveau de la mise en œuvre de certains mécanismes tels la sous-traitance, la communication de données à des tiers ainsi

(5) Sur cette question qui est commune à l'ensemble des directives du nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques voyez : A. DE STREEL et R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *J.T.-dr.eur.*, 2003, p.194.

(6) Proposition 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, COM (2000) 385, *J.O.C.E.*, n° C/265E du 19 décembre 2000, p. 215.

que sur la fourniture d'informations et le niveau de la protection à assurer aux personnes morales.

Enfin, les constats opérés dans notre contribution nous permettrons de livrer, au sein de la conclusion de cette contribution, notre point de vue sur la manière de concevoir l'interaction entre les deux directives concernées.

II. QUELLE INTERACTION ENTRE LES DIRECTIVES 95/46/CE ET 2002/58/CE ?

Si l'on s'en tient aux premiers articles de la directive 2002/58/CE et à son considérant 10, les principes régissant l'interaction entre les deux directives sont les suivants :

- Les deux directives s'appliquent au *secteur des communications électroniques*. La directive 2002/58/CE précise en son considérant 10 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.
- Les deux directives régissent le traitement de *données à caractère personnel* dans ce secteur. Ainsi l'article 1, § 2 de la directive 2002/58/CE annonce que « *la présente directive harmonise les dispositions des États membres nécessaires pour 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 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* ». L'article 3 va dans le même sens lorsqu'il précise encore une fois que « *La présente directive s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté* ».
- Aux termes de l'article 1, § 1 de la directive, les dispositions de la directive 2002/58/CE précisent et complètent la directive 95/46/CE.
- Le considérant 10 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.

Au vu de ces dispositions, on doit donc comprendre que la directive 2002/58/CE ne vise à réglementer que les traitements de données à ca-

ractère personnel, en établissant des règles particulières par rapport à celles définies dans la directive 95/46/CE.

Toutefois, d'autres dispositions contenues dans la directive font douter de ce que les liens entre les deux directives soient purement ceux d'une directive générale et d'une directive particulière appliquant les principes de la première au secteur des communications électroniques.

Ce doute naît tout d'abord du langage utilisé dans la directive 2002/58/CE : les concepts clés de la directive 95/46/CE y sont pratiquement inexistantes. Ensuite, les champs d'application des deux directives sont définis en des termes très différents. Enfin, en matière d'information, la directive 2002/58/CE ne relaie pas le souci de voir celle-ci toujours adressée à la personne concernée.

II.1. LA QUASI-ABSENCE DES CONCEPTS CLÉS DE LA DIRECTIVE 95/46/CE

Comme évoqué ci-avant, la directive 2002/58/CE ne se réfère que très peu aux concepts clés de la directive 95/46/CE, tels la notion de « responsable de traitement », de « données à caractère personnel » ou de « légitimité » du traitement. Ainsi les notions de « données de localisation », de « données relatives au trafic », de « fournisseur de service de communications électroniques » par exemple ne se rattachent pas explicitement à celle de données à caractère personnel. De même, la directive 2002/58/CE impose des obligations et des restrictions au fournisseur de services de communications électroniques sans préciser que celui-ci est le responsable de traitement ou qu'il n'est sujet au respect de ces obligations que dans l'hypothèse où il est effectivement un responsable de traitement au sens de la directive 95/46/CE.

Si l'on s'en tient à la terminologie utilisée, la directive 2002/58/CE se présente davantage comme une régulation parallèle qui s'applique, la plupart du temps, cumulativement aux règles relatives aux traitements de données à caractère personnel définis dans la directive 95/46/CE. Ce constat provient également de la définition du champ d'application de la directive au niveau personnel, matériel et territorial et qui s'écarte des critères d'application retenus dans la directive 95/46/CE.

II.2. CHAMP D'APPLICATION (7)

La directive 2002/58/CE devrait avoir un champ d'application identique à celui de la directive 95/46/CE, restreint au secteur des communications électroniques. La directive 95/46/CE a, en effet, vocation à s'appliquer aux traitements de données indépendamment du secteur d'activités concerné. Plusieurs dispositions de cette directive laissent toutefois penser qu'il en va autrement.

II.2.1. *Champ d'application territorial*

Il apparaît à lecture de l'article 3 de la directive 2002/58/CE que le critère d'application déterminant réside dans le fait que les données à caractère personnel sont 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 son article 1 qu'il entend régler le sort « *des services de communications électroniques dans la Communauté* ». La directive 2002/58/CE serait ainsi d'application à un fournisseur d'accès Internet localisé hors de l'Union européenne offrant des services aux individus situés dans la Communauté. Le critère de rattachement territorial est donc la localisation du destinataire.

Ce faisant, la directive ne semble donc pas faire siens les critères d'application territoriale de la directive 95/46/CE que sont la localisation de l'établissement du responsable du traitement, ou, en l'absence d'un tel établissement sur le territoire européen, l'utilisation des moyens automatisés (ou non) situés sur le territoire d'un État membre (8). Or la directive 2002/58/CE se présente également comme une *lex specialis* de la directive 95/46/CE qui ne fait que compléter celle-ci pour le secteur particulier des communications électroniques (9). Il serait donc logique que les mêmes critères d'application régissent l'application des deux directives.

L'incertitude quant à l'interprétation à donner à l'interaction entre les deux directives s'illustre par le fait que les États membres ne transposent pas la directive 2002/58/CE de façon uniforme. Nous

(7) Pour une analyse du champ d'application de la directive voyez : J. DHONT et K. ROSIER, « Directive vie privée et communications électroniques : premiers commentaires... », *Ubiquité*, 2003, n°15, pp. 12 et s.

(8) Directive 95/46/CE, article 4.

(9) Cf. directive 2002/58/CE, article 1, §2 : « Les dispositions de la présente directive précisent et complètent la directive 95/46/CE aux fins énoncées au paragraphe 1 ».

identifions deux tendances à cet égard : transposer la directive 2002/58/CE soit dans le cadre de la législation nationale sur les communications électroniques, soit dans le cadre de la législation sur les données à caractère personnel.

Sur le plan du champ d'application territorial, ces deux approches ont un impact. Dans le premier cas, la loi nationale ne reprend pas le critère d'application de la directive 95/46/CE tandis que dans le second bien.

Par exemple, l'article 6 de la directive 2002/58/CE sur le traitement des données relatives au trafic est transposé en droit français à l'article L34-1 du Code français des postes et des communications électroniques. Les dispositions de ce code ne font pas mention d'un critère de rattachement particulier. Par contre, l'Italie a transposé cette directive dans son code relatif au traitement de données à caractère personnel. De ce fait, et bien que les dispositions dont question empruntent la terminologie utilisée dans la directive 2002/58/CE, les critères d'application du code, en ce compris pour les dispositions transposant la directive 2002/58/CE, sont ceux qui s'inspirent de la directive 95/46/CE (10).

La loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques est moins tranchée : d'une part, la loi ne mentionne pas de critère d'application territorial puisqu'elle parle de réseau, d'opérateurs, d'abonnés et d'utilisateurs sans autre précision géographique. D'autre part, la loi utilise, de temps à autre, le terme « responsable de traitement » (11) ou fait référence à la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée (12) ce qui amène à penser que la loi vise des fournisseurs de services sujets à la loi belge et donc agissant dans le cadre d'un établissement situé sur le territoire belge.

(10) Section 5 du décret n°196 du 30 juin 2003 :

« This Code shall apply to the processing of personal data, including data held abroad, where the processing is performed by any entity established either in the State's territory or in a place that is under the State's sovereignty.

This Code shall also apply to the processing of personal data that is performed by an entity established in the territory of a country outside the European Union, where said entity makes use in connection with the processing of equipment, whether electronic or otherwise, situated in the State's territory, unless such equipment is used only for purposes of transit through the territory of the European Union. If this Code applies, the data controller shall designate a representative established in the State's territory with a view to implementing the provisions concerning processing of personal data ».

(11) Voyez l'article 132 de la loi du 13 juin 2005 relatif aux logiciels espions.

(12) Voyez par exemple les articles 131 et 132 de la loi du 13 juin 2005 relatifs respectivement aux traitements de données relatives au trafic et aux données de localisation.

II.2.2. Champ d'application matériel

La question qui se pose au point de vue du champ d'application matériel est de savoir si les dispositions de la directive 2002/58/CE ne sont applicables qu'aux traitements qui impliquent effectivement le traitement de données à caractère personnel.

Comme mentionné *supra*, eu égard notamment à l'article 1 de la directive 2002/58/CE aux termes duquel «*les dispositions de la présente directive précisent et complètent la directive 95/46/CE*», on devrait en déduire que celle-ci édicte des conditions spécifiques pour le *traitement des données à caractère personnel* dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté (13). Les services des fournisseurs de communications électroniques, comme des services de routage, de transferts aux serveurs proxy, de communications téléphoniques, etc... ne seraient donc en principe concernés que pour autant qu'ils traitent des données à caractère personnel.

On peut toutefois douter de cette interprétation. En effet, si la directive fait référence de manière générale à toutes les définitions contenues dans la directive 95/46/CE, les termes de « traitement » et de « données à caractère personnel » qui sont des concepts clés de cette directive générale ne sont pas pris en compte pour définir les concepts propres à la directive 2002/58/CE.

Comme épinglé *supra*, lorsque la directive 2002/58/CE envisage les notions de « données relatives au trafic » ou « données de localisation », elle s'abstient de préciser que les données concernées sont les données à caractère personnel.

Ainsi, l'article 2, b de la directive définit la première notion comme étant « toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation ».

Doit-on y voir une différence d'approche entre la donnée relative au trafic ou la donnée à caractère personnel ? En effet, là où on qualifie une donnée de caractère personnel en fonction du fait qu'elle est ou non relative à une personne physique identifiée ou identifiable, la donnée relative au trafic est définie par rapport au contexte dans lequel elle est traitée. Ainsi une donnée revêt un caractère personnel lorsque l'on peut l'attribuer à tel individu alors que pour être qualifiée de données relatives au trafic, il faudra évaluer si la donnée est nécessaire à l'acheminement de la communication.

(13) Directive 2002/58/CE, article 3 (1).

La même réflexion vaut en ce qui concerne les « données de localisation » qui, aux termes de l'article 2, de la directive, sont « *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* », sans qu'il ne soit précisé qu'il doit s'agir de données à caractère personnel.

Dans la proposition de directive sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58/CE (14), la donnée relative au trafic est toujours envisagée indépendamment du concept de donnée à caractère personnel. En son article 1, § 2, cette proposition de directive précise que : « *la présente directive s'applique aux données relatives au trafic et aux données de localisation concernant les personnes tant physiques que morales, ainsi qu'aux données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur enregistré* ».

Cette disposition nous paraît illustrer le fait que le législateur tend à réglementer le traitement de données qui de par leur utilisation, se révèlent être des données relatives au trafic, et ce qu'elles concernent des personnes morales ou des personnes physiques. Peu importe alors de savoir si ces données sont relatives à une personne physique identifiée ou identifiable... Par ailleurs, cette proposition de directive impose le traitement de données de nature à permettre, le cas échéant, d'établir un lien entre ces données et un utilisateur ou un abonné déterminé.

Ce détachement par rapport au concept de donnée à caractère personnel est encore illustré par l'article 5, § 3 de la directive 2002/58/CE, qui protège des « informations » stockées dans un équipement terminal sans même qu'il apparaisse que le législateur ait d'une quelconque façon entendu ne viser que des données à caractère personnel (15).

On peut donc se demander si le législateur a réellement entendu limiter l'application de la directive 2002/58/CE aux cas où la directive 95/46/CE trouve à s'appliquer en vertu de son article 3.

À suivre la logique de la directive 95/46/CE, le critère de l'identification recourant à des moyens raisonnables peut être en effet utilisé pour qualifier de personnel les informations, les données relatives au trafic et les données de localisation dont le traitement tombe

(14) Proposition de directive sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58/CE, COM (2005) 438 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/Lex/Uriery/LexUsirery-do?uri=CELEX:52005PC0438.FR:NOT>.

(15) Voyez le considérant 24 qui ne se réfère également qu'aux « informations » stockées sur un terminal.

sous le champ d'application de la directive 2002/58/CE. En effet, le traitement des données anonymes ne devrait pas entrer dans ce champ d'application dès lors que ce traitement ne présente *a priori* pas de danger pour les libertés de l'individu ou pour la protection de sa vie privée.

D'un autre côté, il sera souvent plus opportun, en pratique, d'appliquer les conditions requises pour le traitement de ces données indépendamment de la question de savoir si elles constituent ou non des données à caractère personnel. En effet, comment savoir *a priori* si les informations stockées dans un équipement terminal sont des données à caractère personnel ? Le problème se pose non seulement en ce qui concerne le type de données concernées (sont-elles liées à une personne) mais également en ce qui concerne le fait que cette personne est une personne physique ou une personne morale (16).

C'est peut-être pour cette raison que le texte de la directive ne fait pas écho à l'exigence d'une donnée relative à une personne physique identifiée ou identifiable : il est plus simple de ne pas s'embarrasser de cette question et de traiter toutes les données ou informations telles que visées dans la directive 2002/58/CE indépendamment du fait qu'elles sont ou non des données à caractère personnel. Il semble que la volonté du Parlement européen qui est à l'origine de cette disposition ait été de s'attaquer aux dispositifs invisibles de suivi, tels les mouchards (17), sans considération particulière pour le type de données traitées dans ce cadre (18).

Ainsi, comme le suggère Y. Pouillet, on pourrait lire dans ces dispositions de la directive 2002/58/CE une volonté de se concentrer sur le dispositif ou encore l'équipement terminal en ce qu'il peut avoir un effet « privacide » et non sur la personne qui l'utilise, comme c'est plutôt le cas dans la directive 95/46/CE. Dans cette optique, il suffirait donc qu'un lien puisse être fait entre un terminal et, à travers celui-ci, une personne, son utilisateur – même non identifié ou identifiable-

(16) W. MAXWELL (ed.), « The communication data protection directive », in *Electronic communications : the new EU framework*, New York, Oceana Publications, décembre 2002, pp. 1.5-2.

(17) C'est-à-dire un logiciel malveillant qui s'installe dans un ordinateur dans le but de collecter et transférer des informations sur l'environnement dans lequel il s'est installé, très souvent sans que l'utilisateur n'en ait connaissance (définition donnée sur www.wikipedia.org).

(18) Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une 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, 2000/0189 COD, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002SC0124:FR:NOT>.

pour justifier l'application des articles 6, 9 ou encore 5, § 3 de la directive 2002/58/CE (19).

On le voit, l'interprétation à donner n'est pas évidente. Cette incertitude transparaît à nouveau dans le cadre de la transposition de la directive au sein du droit national des États membres.

Ainsi, les dispositions du Code français des postes et des Communications électroniques s'inscrivent-elles dans un cadre réglementaire tout à fait distinct de celui de la transposition de la directive 95/46/CE en droit français réalisée via des modifications apportées à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Tant les dispositions de ce code que les notions qui y sont définies (telles celles de « données relatives au trafic » ou de « données de localisation ») ne sont pas liées à celles de cette loi. Tel est également le cas de la loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et qui ne précise nullement que les dispositions transposant les articles 5, § 3 (cookies), 6 (données relatives au trafic) et 9 (données de localisation) de la directive 2002/58/CE par exemple ne concerneraient que des données à caractère personnel. D'ailleurs, ce texte de loi dispose de tant à autre que les conditions imposées sont d'application sous réserve des conditions complémentaires découlant de l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (20). Ceci démontre que, dans l'esprit du législateur belge, il y a clairement application parallèle et cumulative des deux législations.

Le Code italien de la protection des données personnelles adopte la terminologie utilisée dans la directive 2002/58/CE mais précise en tête du chapitre consacré aux communications électroniques que celui-ci s'applique au traitement de données à caractère personnel en connexion avec la fourniture de services sur des réseaux publics de services de communications électroniques accessibles au public (21). Il en est de même concernant la loi luxembourgeoise qui indique, en son article 1^{er} de la loi du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle, que « *sous réserve des dispositions générales concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère*

(19) Y. POULLET, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », Colloque de Montreux des 14 et 15 septembre 2005, <http://www.weblaw.ch/juslatter>, p. 21.

(20) Voyez les articles 122, § 3, 123 et 129 de la loi du 13 juin 2005.

(21) Section 121 de ce Code.

personnel ou régissant les réseaux et services de communications électroniques, les dispositions suivantes s'appliquent spécifiquement au traitement de ces données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux de communications publics ». Ce faisant, ces deux législations semblent donc s'inscrire dans une logique de subsidiarité.

II.2.3. Champ d'application personnel

Les champs respectifs d'application personnelle des directives 95/46/CE et 2002/58/CE semblent diverger également.

En effet, si la directive 95/46/CE s'applique, principalement, aux responsables de traitement, la directive 2002/58/CE semble s'appuyer sur d'autres critères : la plupart des dispositions s'adressent à des « *fournisseurs d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques (22)* ». La directive ne requiert pas expressément que ceux-ci puissent effectivement être qualifiés de responsables de traitement.

En réalité, le champ d'application personnel de la directive 2002/58/CE est marqué par l'environnement technologique dans lequel la directive s'inscrit. En effet, bien que la plupart des dispositions de la directive s'adressent spécifiquement aux fournisseurs d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques, l'élément déterminant du champ d'application personnel est la nature des services offerts par le fournisseur.

Les critères suivants, totalement étrangers à la directive 95/46/CE, apparaissent comme ceux déterminant le champ d'application personnel de la directive 2002/58/CE.

II.2.3.1. Le type de services fournis : services de transmission et non de contenu

Les critères d'application de la directive 2002/58/CE sont de nature fonctionnelle, et non de nature organique : l'application de la directive

(22) Le service de communications électroniques est « *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* » (Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.*, L 108 du 24 avril 2002, p. 33, article 2, (c)).

ne dépend pas de l'identité du fournisseur mais surtout de son activité (23). Toutefois, certaines dispositions s'adressent explicitement aux fournisseurs d'un réseau public de communications ou des services de communications (24).

Le législateur européen distingue les services qui concernent la fourniture d'un contenu de ceux qui concernent la transmission ou la communication de ce contenu (25). Ainsi, en principe, les services de la société de l'information sont régis par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique en ce qu'ils constituent des services de contenu alors que les activités de transmission sont régies par la directive 2002/58/CE. Ce cloisonnement n'est cependant pas absolu : il n'est pas exclu que la directive 2002/58/CE s'applique néanmoins aux services de la société de l'information lorsque ceux-ci consistent en la transmission de contenu. Le Groupe de l'article 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 service Internet est amené à appliquer la directive 2000/31/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) (26).

Par ailleurs, certaines exigences de la directive concernent expressément des services de contenu. 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 mais quiconque installe des cookies ou adresse des communications non sollicitées. Il en est de même en ce qui concerne les services à valeur ajoutée qui peuvent être fournis dans le cadre des articles 6 et 9 de la directive et qui peuvent consister en un service de contenu.

(23) Commentaire de l'article 3 de la directive 2002/58/CE de Y. POULLET in *Concise European IT Law*, ss. Dir. A. BÜLLESBACH, Y. POULLET, C. PRINS, Kluwer International, 2006, pp. 163-164.

(24) 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).

(25) Directive 2002/21/CE, considérant 5.

(26) Avis 7/2000 du Groupe de l'article 29 sur la proposition de la Commission européenne d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques du 12 juillet 2000 - COM (2000) 385, 2 novembre 2000, WP 36, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp36fr.pdf, p. 5 ; 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.152.

II.2.3.2. Caractère *public* du réseau de communications électroniques

La directive ne s'applique pas aux activités de ce fournisseur autres que celle de la fourniture de services de communications électroniques qui ont un caractère public. 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, ce que le Groupe de l'article 29 a été amené à regretter (27). On voit d'ailleurs dans l'affaire Swift sur laquelle il s'est penché récemment qu'il n'a pu être question d'appliquer à SWIFT la directive 2002/58/CE dans la mesure où le réseau de communication concerné revêtait un caractère privé (28).

II.2.3.3. Caractère *point à point* de la transmission

La directive ne vise le traitement des données que dans le cadre des services d'acheminement d'informations point à point (29). On pense concrètement à la téléphonie fixe et mobile, aux services d'Internet et aux courriers électroniques (30).

Sont par contre exclues du champ d'application de la 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* » (31).

II.2.3.4. Caractère *rémunéré* du service

Seuls les services fournis « *normalement contre rémunération* » sont visés, c'est-à-dire non seulement les services payants mais également ceux qui sont directement ou indirectement subventionnés par une activité économique. Ainsi, selon le Groupe de l'article 29, les services

(27) Avis 7/2000 du Groupe de l'article 29, *op.cit.*, p. 3. Ce regret a été réaffirmé dans l'avis 8/2006 du Groupe de l'article 29 concernant le réexamen du cadre réglementaire pour les réseaux et services de communications électroniques, axé sur la directive sur la protection de la vie privée dans le secteur de communications électroniques, 26 septembre 2006, WP 126, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp126_fr.pdf, p. 3.

(28) Avis 10/2006 du Groupe de l'article 29 sur le traitement des données à caractère personnel par la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), 22 novembre 2006, WP 128, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/doca/wpdocs/2006/wp128_fr.pdf.

(29) « Les informations qui font partie d'un service de radiodiffusion fourni sur un réseau public de communications le 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.

(30) Considérant 6.

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

gratuits offerts par des fournisseurs d'accès entrent dans le champ d'application de la directive (32).

II.2.3.5. Caractère *électronique* de la communication

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 allusion 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* » (33).

On le voit, ces critères sont tout à fait étrangers à la qualité de responsable de traitement sur laquelle s'appuie principalement la directive 2002/58/CE pour définir son champ d'application. En l'absence de référence expresse à la notion de responsable de traitement, y a-t-il lieu à appliquer ce critère en sus des autres susmentionnés ou de considérer que seuls les critères issus de l'article 3 de la directive 2002/58/CE sont applicables ?

Par ailleurs, certaines dispositions de la directive ne visent pas spécifiquement les fournisseurs d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques. Ainsi en est-il des articles 13 (courriers non sollicités) et 5, § 1 (confidentialité des communications électroniques) et 5, § 3 (installation de dispositifs comme les logiciels espions et cookies) qui s'adressent à tout un chacun ou encore de l'article 14 qui s'impose aux fournisseurs d'équipement de réseaux.

Même dans le cadre de ces dispositions, il n'est pas fait référence à la notion de responsable de traitement. Comme on l'a remarqué dans le cadre de notre réflexion par rapport au champ d'application territorial de la directive 2002/58/CE, le concept de la localisation responsable de traitement ne joue pas de rôle déterminant. Il semble donc que l'on puisse en déduire que la directive serait applicable à toute personne qui est l'auteur des comportements visés dans ces dispositions indépendamment de savoir si celles-ci agissent en qualité de responsable de traitement.

(32) Avis 7/2000 du Groupe de l'article 29, *op.cit.*, p. 5.

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

C'est la conclusion à laquelle parvient Y. Poulet dans son plaidoyer pour une troisième génération de réglementation de protection des données. Ce dernier considère que la directive s'adresse au fournisseur de services de communication en tant qu'il constitue l'interface obligé entre l'utilisateur et les nombreux intermédiaires, connus ou inconnus, qui interviennent dans l'acheminement des communications (34).

Ainsi la loi belge qui transpose l'article 13 de la directive n'a pas égard au fait que l'expéditeur devrait avoir la qualité de responsable de traitement : cette disposition est, en effet, transposée dans la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (du 11 mars 2001 qui transpose principalement la directive 2000/31/CE dite « E-commerce »), sans qu'il ne soit fait référence à la loi du 8 décembre 1992 qui transpose la directive 95/46/CE.

Quant à l'article 5, § 1 transposé aux articles 124 et 125 de la loi belge du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, ils font également l'impasse sur la notion de responsable de traitement. L'article 129 qui transpose l'article 5, § 3 illustre toute l'ambiguïté de l'interaction avec la législation issue de la directive 95/46/CE lorsqu'il précise d'une part que « *l'utilisation de réseaux de communications électroniques pour le stockage des informations ou pour accéder aux informations stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur final est autorisée uniquement à condition que l'abonné ou l'utilisateur final concerné reçoive conformément aux conditions fixées dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée et à l'égard des traitements de données à caractère personnel, des informations claires et précises concernant les objectifs du traitement et ses droits sur la base de la loi du 8 décembre 1992[...]* ». Ainsi, les conditions d'information issues de la loi du 8 décembre 1992 transposant la directive 2002/58/CE sont exigées expressément ce qui montre bien encore une fois que, dans l'esprit du législateur belge, cela ne va pas de soi...

II.3. DESTINATAIRES DES INFORMATIONS

On constate que la directive 2002/58/CE ne relaie pas nécessairement le souci de la directive 95/46/CE d'informer les personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel. En effet, si la directive 2002/58/CE prévoit dans certaines de ces dispositions une obligation d'information préalablement à un traitement, celle-ci peut être adressée soit à l'abonné, soit à l'utilisateur. Nous

(34) Y. POULET, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », Colloque de Montreux des 14 et 15 septembre 2005, publié dans cet ouvrage.

pensons en particulier aux articles 5, § 3 et 6, § 4 de la directive 2002/58/CE.

Le seul commentaire ayant trait à cette alternative concerne l'obtention du consentement préalable requis pour fournir des services à valeur ajoutée ou pour la commercialisation des communications électroniques et précise 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* ».

On le voit, la directive n'a pas non plus pour objectif de fournir l'information (ou de demander le consentement) automatiquement à la personne concernée, comme c'est le cas dans le cadre de la directive 95/46/CE. Il s'agit donc là encore d'une différence notable par rapport à la logique de cette directive générale dont la directive 2002/58/CE devrait spécifier les principes d'application dans le secteur des communications électroniques.

On constate à cet égard des solutions illustrant ces deux logiques au sein des dispositions nationales transposant l'article 6. Ainsi la loi italienne transposant la directive 2002/58/CE (Décret législatif n°. 196 du 30 juin 2003) exige en son article 123 le consentement de la personne concernée par les données qu'il s'agisse de l'abonné ou de l'utilisateur, sans apporter de nuances à cette exigence. Par contre, l'article L34-1 du Code français de la poste et des communications électroniques exige le consentement de l'abonné. L'article 122 § 3 de la loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques requiert « *le consentement de l'abonné ou, le cas échéant, de l'utilisateur final* », selon que les données se rapportent au premier ou au deuxième.

III. IMPACT DES DIFFÉRENTES LECTURES QUE L'ON PEUT FAIRE DES LIENS ENTRE LES DEUX DIRECTIVES

Nous avons donc vu que le rapport entre les deux directives peut être potentiellement envisagé dans une logique de spécification ou dans le cadre d'une application cumulative. Dans la première logique, la directive 2002/58/CE ne serait applicable que dans les hypothèses où la directive 95/46/CE serait elle-même applicable en vertu de son champ d'application territorial et matériel, c'est-à-dire lorsqu'il y aurait traitement de données à caractère personnel effectué par un res-

ponsable de traitement soumis à la directive en vertu de l'article 4 de la directive 95/46/CE. En outre, en vertu du principe de subsidiarité, la directive 95/46/CE est applicable pour tout ce qui n'est pas spécifiquement régi par la directive 2002/58/CE. Tel ne serait pas le cas dans la seconde option : les directives auraient des champs d'application propres et obéiraient à des logiques qui ne seraient pas forcément similaires. Elles s'appliqueraient parallèlement, indépendamment l'une de l'autre.

Selon que l'on s'en tient à l'une ou l'autre interprétation, on perçoit une grande différence dans les cas d'application et la portée de certaines dispositions de la directive 2002/58/CE. Ceci vaut tant pour la définition du champ d'application de cette dernière que pour d'autres mécanismes tels la communication de données à des tiers, la fourniture de l'information ou encore la protection des personnes morales.

Pour chacun des thèmes abordés, nous tenterons de mesurer l'impact de l'une ou l'autre interaction entre les directives sur la portée des dispositions analysées.

III.1. QUANT AU CHAMP D'APPLICATION

III.1.1. Champ d'application territorial

Comme expliqué *supra*, le législateur européen n'a, selon nous, pas clairement dégagé de critère d'application territorial ni déterminé de critère qui permettraient, à l'instar de l'article 4 de la directive 95/46/CE, de déterminer la ou les lois nationales des États membres applicables suivant un critère commun à tous ces États. L'incertitude qui en résulte nous conduit à penser que deux interprétations sont possibles :

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

Ainsi on peut se demander si la directive 2002/58/CE s'applique à des communications non sollicitées envoyées dans le cadre d'un service de communications des États-Unis aux individus qui sont localisés dans la Communauté qui seraient, 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 qui est localisé hors de la Communauté.

Si l'on considère que les critères d'application de la directive 95/46/CE doivent s'ajouter à ceux de la directive 2002/58/CE, cela signifiera que la directive 2002/58/CE ne sera applicable que lorsque les critères définis au chapitre I de la directive de 1995 et en particulier ceux de l'article 4 sont rencontrés.

Si l'on fait, par contre, abstraction de la directive 95/46/CE, le résultat revient au principe du « *country of destination* », principe que l'on retrouve dans l'Ordonnance de Bruxelles et qui est, du point de vue de la protection de consommateur, très efficace. Dans ce cas, peu importe la localisation du fournisseur de services, c'est le fait de fournir les services visés par la directive 2002/58/CE au sein de la Communauté qui seul est déterminant.

On peut se demander toutefois si cela conduit réellement à une différence entre les champs d'application respectifs des directives selon que l'on opte pour l'une ou l'autre interprétation.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que les critères d'application propres à la directive 95/46/CE la rendent applicable au responsable de traitement établi hors du territoire européen dès lors que ce dernier utilise des moyens localisés sur le territoire européen autres qu'à des fins de transit. Bien que la réflexion à ce sujet au niveau européen ne soit pas encore amorcée, il nous paraît possible de considérer que le fait d'offrir un service de communication électronique à des personnes localisées sur le territoire européen implique l'utilisation de moyens localisés sur le territoire européen tout en allant plus loin que le simple transit. De ce fait, la directive 2002/58/CE serait applicable aux fournisseurs de services de communication électronique tant en vertu des critères de la directive 95/46/CE qu'en vertu de l'article 3 de la directive 2002/58/CE. La directive 2002/58/CE serait ainsi d'application à un fournisseur de routage de communications électroniques hors la Communauté. De même, un fournisseur d'accès Internet localisé en dehors de l'Union européenne offrant des services aux individus situés dans la Communauté serait en toute hypothèse assujéti par la directive de 2002.

Par contre, qu'en est-il de l'installation de cookies ou de l'envoi de communications non sollicitées qui ne constituent pas des services de communications électroniques ?

Les deux champs d'applications territoriaux seront différents selon qu'il s'agit de l'installation d'un *cookie* ou de l'envoi de communications non sollicitées. En effet, pour ce qui est de l'envoi de *cookies*, le Groupe de l'article 29 est d'avis que l'installation d'un *cookie* pour la collecte des 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 applicable (35). L'envoi de communications non sollicitées, par contre, semble difficilement pouvoir être analysé de la même façon et seule la directive 2002/58/CE serait applicable.

Dans l'hypothèse où on ne tient compte que des critères résultant de l'article 3 de la directive 2002/58/CE, le champ d'application géographique de celle-ci se révèle donc être plus large que celui de la directive 95/46/CE. Certains auteurs reconnaissent dès lors à la directive 2002/58/CE une vocation à s'appliquer à des personnes établies hors du territoire européen et soulignent par la même occasion toute la logique de cette extraterritorialité dans le contexte mondial de l'Internet (36).

Notons que cela pose le problème de la responsabilisation d'acteurs étrangers que l'on pourra difficilement attirer devant des juridictions européennes. Si l'application de la directive 95/46/CE aux cas de l'installation de *cookies* entraîne l'obligation pour le « responsable du traitement » 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.

III.1.2. Champ d'application matériel

D'un point de vue théorique, les deux interactions possibles se différencient par le fait que dans l'hypothèse où l'on s'en tient au champ d'application de la directive 95/46/CE, les dispositions de la directive 2002/58/CE ne s'appliquent que lorsqu'il y a effectivement traitement de données à caractère personnel. Une application cumulative des directives n'exige, par contre, pas que cette condition soit remplie.

Ainsi, dans cette dernière hypothèse, les articles 6 et 9 de la directive, par exemple, seraient applicables dès que les données traitées répondent aux définitions données aux articles 2, b et 2, c de la directive 2002/58/CE, indépendamment de savoir si elles constituent des données à caractère personnel. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne l'article 5, § 3 de la directive. Si ces données constituent, en outre, des données à caractère personnel, les dispositions de la directive 95/46/CE trouveraient à s'appliquer en sus des articles de la directive 2002/58/CE précités.

(35) Document de travail du Groupe de l'article 29 sur l'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, 30 mai 2002, WP 56, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_fr.pdf, p. 11 ; W. MAXWELL, *op.cit.*, p. 1.5-25.

(36) Y. POULLET, *Transborder dataflows and extraterritoriality: the European position*, <http://alexandrie.droit.fundp.ac.be>, p. 13.

D'un point de vue pratique, on peut toutefois douter que les fournisseurs de services puissent effectivement souvent écarter les dispositions de la directive 2002/58/CE dans la mesure où il peut leur être difficile de distinguer, dans les activités concernées, entre données à caractère personnel et celles qui ne le sont pas.

III.1.3. Champ d'application personnel

Selon que l'on considère que les critères d'application de la directive 95/46/CE sont ou non à prendre en considération pour déterminer le champ d'application de la directive 2002/58/CE, l'étendue du champ d'application de cette dernière varie également considérablement.

En effet, dans le cadre de la directive 95/46/CE, il suffit de vérifier quelle est la personne qui détermine, seule ou avec d'autres, les moyens et finalités du traitement. Autrement dit, l'exercice implique qu'à chaque traitement de données identifié, on associe le ou les responsables du traitement.

La logique de la directive 2002/58/CE semble *a priori* inverse : à partir de l'identité des acteurs identifiés et des services qu'ils prestent, on vérifie si la directive s'applique. Concrètement, cela implique que la directive 2002/58/CE pourrait être applicable à des personnes qui n'ont pas la qualité de responsable de traitement. En effet, il suffit qu'un opérateur de communication électronique traite des données identifiées dans la directive 2002/58/CE dans le cadre de la prestation de services décrits ci-avant pour que les dispositions de la directive lui soient applicables : on ne vérifiera pas, par exemple, si c'est lui ou une société mère de son groupe qui détermine les moyens ou les finalités du traitement.

III.2. LA COMMUNICATION DE DONNÉES RELATIVES AU TRAFIC ET DE DONNÉES DE LOCALISATION PAR LE FOURNISSEUR DE SERVICE DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES À DES TIERS

L'adoption d'autres critères pour déterminer le champ d'application personnel de la directive 2002/58/CE a également d'autres conséquences.

En effet, le rattachement de la directive 2002/58/CE à la directive 95/46/CE ouvre la possibilité d'une application de différents mécanismes envisagés par cette dernière. Nous pensons en l'occurrence à la communication de données à caractère personnel à des sous-traitants ou à des tiers.

On peut en effet se demander si, là où l'article 6 de la directive 2002/58/CE n'envisage pas cette possibilité, le recours à la directive 95/46/CE ne l'autoriserait pas.

Cette question nous paraît particulièrement pertinente en ce qui concerne la prestation d'un service à valeur ajoutée.

L'article 6 de la directive 2002/58/CE permet en effet au fournisseur d'un service de communications électroniques accessible au public de traiter les données relatives au trafic afin de fournir un service à valeur ajoutée mais n'envisage pas la possibilité que cette prestation soit fournie par un tiers ou par un sous-traitant.

Selon nous, ce terme vise « *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* » (37).

La directive cite comme exemple de services à valeur ajoutée des conseils sur les forfaits tarifaires les plus avantageux ou sur le guidage

(37) Aux termes de l'article 2, g de la directive 2002/58/CE, 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 ». 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 mentionnée dans la version française car elle seule permet de donner un sens à l'article 9 de la directive relatif aux données de localisation autres que les données relatives au trafic.

En effet, l'article 9 de la directive règle le traitement des données de localisation qui ne sont pas des données relatives au trafic, c'est-à-dire les données non traitées en vue de la transmission ou de la facturation et indiquant la position géographique de l'équipement. 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, selon la version française de la directive, 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 relatives au 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. Cette disposition n'a, par conséquent 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 services à valeur ajoutée. Par contre, si on se rallie à la version anglaise de la directive et que l'on admet que le service à valeur ajoutée est celui qui requiert le traitement des données de localisation autres que des données relatives au 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 régit le recours au traitement de ces données.

routier, des informations sur l'état de la circulation, des prévisions météorologiques ou des informations touristiques (38).

Il est donc tout à fait envisageable que des tiers, autres que le fournisseur d'un service de communications électroniques accessible au public, souhaitent fournir de tels services ou que ce fournisseur entende faire appel à un sous-traitant pour prester de tels services.

Si l'on devait raisonner dans le contexte de la directive 95/46/CE, la communication de données relatives au trafic à des tiers serait possible dès lors que cette communication s'inscrit dans la finalité de traitement envisagée et que toutes les autres conditions (information, absence d'un transfert illégal en dehors du territoire de l'Espace économique européen, etc.) sont remplies. De même, la sous-traitance est clairement réglementée.

Qu'en est-il dans le cadre qui est celui de la directive 2002/58/CE ? Un opérateur fournisseur d'accès pourrait-il communiquer les données relatives au trafic de ses clients à une société tierce qui se propose de leur offrir un outil d'aide à la navigation sur internet ?

Ceci n'est pas permis expressément. Ce n'est qu'au prix d'une exégèse des considérants de la directive que l'on pourrait parvenir à soutenir que de telles communications et sous-traitances sont envisageables.

Le considérant 32 de la directive 2002/58/CE indique, en effet, que les données traitées à des fins de fourniture de services à valeur ajoutée ne doivent pas spécifiquement l'être par le fournisseur de services de communication qui récolte ces données. Cette disposition qui aborde le cas de la sous-traitance du traitement mentionne expressément le cas du fournisseur de services à valeur ajoutée en parallèle avec la sous-traitance réalisée par le fournisseur de services de communications. Autrement dit, le considérant envisage la sous-traitance de traitement par le fournisseur de services de communications et par le fournisseur de services à valeur ajoutée.

Peut-on déduire de ce seul considérant que les données relatives au trafic peuvent être transmises par le fournisseur de services de communications électroniques à un tiers prestataire des services à valeur ajoutée et être traitées par lui en tant que responsable de traitement ? Cela semble contradictoire avec 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 et seulement aux fournisseurs d'un service de communications électroniques. L'insertion du considérant 32 de la directive semble donc considérer un possible traitement

(38) Directive 2002/58/CE, considérant 18.

par un tiers fournisseur de service 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 qui sont sans doute moins « sensibles » que les données de localisation, et ce même si l'article 6 § 3 ne le prévoit pas expressément.

En ce qui concerne la communication de données relatives au trafic à un sous-traitant, le considérant 32 de la directive 2002/58/CE admet là par contre expressément 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* ». Cette allusion à la directive 95/46/CE restaure donc un lien avec les dispositions de celles-ci relatives à la sous-traitance. Le responsable du traitement devra notamment conclure un contrat avec le sous-traitant au sein duquel devra figurer le principe de la responsabilité de ce dernier. On notera toutefois au passage que le terme « responsable de contrôle » est inconnu de la directive 95/46/CE et est symptomatique de l'absence d'une véritable coordination entre le texte de la directive 2002/58/CE et celui de la directive 95/46/CE.

Le manque de clarté de la directive 2002/58/CE quant à la possibilité d'envisager une communication des données relatives au trafic et à la sous-traitance des services à valeur ajoutée se manifeste dans certaines législations nationales par une absence d'une telle communication. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 122 de la loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Pourtant si la directive 2002/58/CE devait s'inscrire dans la philosophie de la directive 95/46/CE il aurait été logique de le permettre.

III.3. L'OBLIGATION D'INFORMATION

Différentes dispositions de la directive 2002/58/CE impliquent la fourniture d'informations.

La portée de cette obligation d'information diffère selon que l'on considère qu'il existe un rapport de subsidiarité entre les deux directives ou que leurs exigences s'appliquent cumulativement.

Ainsi, en vertu de l'article 6, §4, le fournisseur de service doit informer l'abonné (ou l'utilisateur) quant aux types de données relatives au trafic qui sont traitées ainsi quant à la durée de ce traitement. Ceci signifie-t-il que seules ces informations doivent être fournies ou que les informations définies à l'article 10 de la directive 2002/58/CE sont également à communiquer ? L'application du principe de subsidiarité commanderait la première solution alors qu'en cas d'application parallèle des deux directives, la seconde option trouverait à s'appliquer.

En effet, dans ce cas la directive 95/46/CE s'appliquera en complément des dispositions de la directive 2002/58/CE lorsque les dispositions applicables en vertu de la directive 95/46/CE ne sont pas contradictoires avec les conditions particulières définies dans la directive 2002/58/CE. La loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques va, par exemple, en ce sens en considérant que les dispositions issues de la directive 2002/58/CE s'appliquent sans préjudice de l'application de celles de la directive 95/46/CE, notamment en ce qui concerne l'information à fournir aux personnes concernées dans le cadre des services à valeur ajoutée (article 122 § 3 de la loi belge du 13 juin 2005).

Le même raisonnement peut être appliqué dans tous les cas où une information doit être fournie à un abonné ou à un utilisateur (voyez par exemple, les articles 9, § 1, 5, § 3, 12, § 1 de la directive 2002/58/CE).

Il nous paraît d'ailleurs sensé que, dans le cadre du traitement de données relatives aux communications électroniques, les personnes concernées soient informées de l'identité du responsable du traitement, des finalités du traitement et également de toute autre information nécessaire pour assurer la transparence et la loyauté de celui-ci. Il serait paradoxal que l'information soit réduite à ce qui est prévu dans la directive 2002/58/CE dans l'hypothèse où les données traitées sont des données relatives au trafic ou des données de localisation par exemple.

III.4. PROTECTION DES PERSONNES MORALES

Contrairement à la directive 95/46/CE, la directive 2002/58/CE concerne également la protection des intérêts légitimes des personnes morales. Le deuxième paragraphe du premier article indique, en effet, que les dispositions de la directive « *prévoient la protection des intérêts*

légitimes des abonnés qui sont des personnes morales ». Elle régit donc le traitement de données qui n'entrent pas strictement dans le champ d'application de la directive 95/46/CE.

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 quant à ce sujet mais n'excluent pas leur application aux personnes morales. 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).

Reprenons l'exemple de l'obligation d'information de l'article 6, § 4 de la directive 2002/58/CE qui impose au fournisseur de service d'informer l'abonné ou l'utilisateur relativement aux données traitées et à la durée du traitement.

Dans la mesure où l'abonné est une personne morale, elle devra donc être informée au même titre que si elle était une personne physique. La question se pose de savoir 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. Dans la logique de la subsidiarité, tel ne devrait pas être le cas alors qu'en cas d'application cumulative des deux directives, rien ne l'interdit.

En effet, le considérant 12 de la directive 2002/58/CE prévoit que la directive 2002/58/CE 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, qui est garantie dans le cadre de la législation communautaire et nationale en vigueur. Ceci implique que si les États membres ne sont pas obligés de rendre applicables les dispositions de la directive 95/46/CE, ne serait-ce que partiellement et ponctuellement, il leur est loisible de le faire.

IV. CONCLUSION

Comme nous avons pu le relever dans le cadre de cette contribution, de nombreuses questions d'interprétation jalonnent un examen attentif des dispositions de la directive 2002/58/CE. La détermination du champ d'application de la directive 2002/58/CE est elle-même source

de nombre de questionnements qui rejaillissent sur la portée d'autres dispositions de la directive 2002/58/CE.

La conséquence de ces incertitudes se révèle d'ailleurs au niveau des dispositions nationales des États membres ayant transposé la directive. Il en résulte des orientations très différentes concernant le cadre juridique dans lequel la directive 2002/58/CE est incorporée au sein des droits nationaux. Ainsi, nous avons relevé deux tendances de transposition : l'insertion des dispositions issues de la directive 2002/58/CE dans des législations relatives à la protection des données à caractère personnel et d'autres dans le cadre de législations relatives aux communications électroniques.

Il nous paraît d'emblée évident que la directive 2002/58/CE souffre de l'insertion de dispositions qui soit auraient pu plus logiquement trouver place dans d'autres textes (tels la réglementation des communications électroniques dans le cadre de la directive sur le commerce électronique), soit ont été ajoutées en fin de course (cf. l'article 5, § 3) au préjudice de la cohérence de l'ensemble des dispositions. Toutefois, il ne nous semble pas que ce soit là la seule raison à ce constat.

Le contexte technologique dans lequel la directive 2002/58/CE s'inscrit, semble pouvoir éclairer les difficultés qu'elle rencontre à s'approprier toute la logique des principes développés dans la directive 95/46/CE.

On peut, en particulier, se demander si la notion de « données à caractère personnel » est réellement appropriée au monde des communications électroniques. Le fait que la directive 2002/58/CE s'articule non seulement autour de la notion d'utilisateur mais également de celle d'abonné montre qu'elle ne focalise pas sur la personne concernée par les données traitées. Prenons l'exemple d'un employeur abonné et de ses employés utilisateurs. L'application stricte des principes issus de la directive 95/46/CE voudrait que l'on protège l'employé-utilisateur dont les données sont traitées et non l'abonné. Or comme nous l'avons souligné au cours de cette contribution, l'information à fournir ou le consentement à obtenir dans le cadre de certaines dispositions de la directive 2002/58/CE ne l'est pas toujours à l'utilisateur.

Ainsi, si l'on peut concevoir qu'à l'origine d'une communication électronique il y a toujours une personne physique, l'on aperçoit aisément que cette communication sera, du point de vue du fournisseur d'accès, celle d'un abonné, sans qu'il y ait lieu à se demander s'il est également l'utilisateur ou qui est l'utilisateur des services.

Sur un plan pratique, peut-on d'ailleurs raisonnablement exiger qu'un fournisseur de services de communications électroniques se plie à l'exercice de déterminer si une donnée relative au trafic est relative à

une personne physique ou non. De même, cela a-t-il un sens de considérer qu'il faille, lorsque l'on fait usage de dispositifs tels qu'un logiciel espion, distinguer selon les données recueillies ?

Ajoutons que l'application extra-territoriale de la directive 2002/58/CE se conçoit également. Si la directive 95/46/CE partait d'une volonté d'imposer aux responsables de traitement établis sur le territoire européen des principes à respecter en matière de traitement de données, la directive 2002/58/CE se profile davantage comme une protection de l'utilisateur de services de communications électroniques situé sur le territoire européen. Comment protéger les utilisateurs localisés sur le territoire européen dans le cadre d'un Internet mondial autrement qu'en tentant d'imposer à tout prestataire de services qui s'intéresse au marché européen de respecter les règles édictées ?

Ces difficultés liées au contexte d'application de la directive 2002/58/CE peuvent, à notre estime, expliquer que l'on se soit éloigné d'une application stricte des dispositions de la directive 95/46/CE.

Ceci étant, comment concilier les deux directives, voire les réconcilier ?

À notre humble opinion, il semble qu'une application parallèle des deux directives a tout son sens, les dispositions 2002/58/CE complétant les dispositions de la directive 95/46/CE dans le secteur des communications électroniques. Dans cette optique, l'application de ces dispositions nous semble devoir être cumulative, en tenant compte des champs d'application distincts et d'exigences inédites par rapport à la directive 95/46/CE ou qui complètent celles de ces dernières dans des cas de figure propres au secteur. Nous pensons dès lors que si, comme l'annonce la directive 2002/58/CE en son article 1, § 1, ses dispositions précisent et complètent la directive 95/46/CE, elle ne se limite toutefois pas au *traitement des données à caractère personnel* dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté. On assiste donc à un abandon de ce concept clé dans un contexte technologique où il perd de sa pertinence. Cette évolution dans la réglementation des traitements de données est d'ailleurs souhaitable comme l'a défendu Y. Poulet à l'occasion de la conférence internationale des commissaires à la protection des données des 14 et 15 septembre 2005 (39).

(39) Y. POULLET, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », Colloque de Montreux des 14 et 15 septembre 2005, <http://www.weblaw.ch/juslatter>, pp.23-24 et pp. 33 et s.