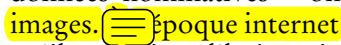


## La démocratisation des traitements de données personnelles

Cédric MANARA <sup>1</sup>

*Professeur associé, EDHEC Business School  
(Centre de recherches LegalEDHEC)*

En 1996, un drame amoureux se produit dans la vie de F. Ce garçon vivait avec une demoiselle nommée S., jusqu'à ce qu'elle décide de le quitter. Dans la période qui suit cette rupture, F. prend un abonnement internet – nous sommes en 1996, époque à laquelle il est peu courant d'avoir une connexion – et, à l'aide de son modem bas débit, met en ligne des photos très intimes de son « ex »<sup>2</sup>. Ces photos n'étaient pas à l'origine en version numérique : il les a scannées une par une avant de les publier sur internet, ce qui a dû lui prendre plusieurs heures.

Cette action de dépit sera sanctionnée<sup>3</sup>. F. fut condamné pour avoir mis ou conservé en mémoire informatique des données nominatives sans l'accord exprès de l'intéressée qui directement ou indirectement fait apparaître ses mœurs. À l'époque la décision reçut une certaine attention des commentateurs, pour avoir pour la première fois étendu le régime des données nominatives – on ne disait pas encore « personnelles » – à des images.  époque internet n'est pas le moyen de communication populaire qu'il est aujourd'hui, mais un outil encore balbutiant réservé à quelques initiés.

1. [www.cedricmanara.com](http://www.cedricmanara.com).

L'auteur remercie les organisateurs du colloque et les responsables de la publication des actes de celui-ci. Le texte proposé ici est proche de la présentation orale, dont l'enregistrement est disponible à l'adresse <http://streaming.netedhec.com/mediasite/Viewer/?peid=cf66623883794a56bc2f1ead0a3a9961> et les diapositives accessibles par cette URL : [www.slideshare.net/cedricm/la-dmocratisation-des-traitements-de-donnes-personnelles](http://www.slideshare.net/cedricm/la-dmocratisation-des-traitements-de-donnes-personnelles)

2. Photos que le tribunal qualifiera de « photos à caractère pornographique de S. ».

3. TGI Privas, 3 sept. 1997, *LPA*, 11 nov. 1998, p. 19, note J. FREYSSINET.

Pouvait-on imaginer que cet acte de « cyber-vengeance » serait le premier d'une longue série ? Les moyens mis en œuvre à l'époque sont sans commune mesure avec les puissants outils dont nous disposons aujourd'hui : il ne s'agissait pas de photos prises comme on peut le faire avec un appareil mobile, photos qui peuvent être mises en ligne immédiatement à l'aide d'une connexion, mais de la lente numérisation de photos papier, mises en ligne à basse vitesse avec une connexion peu rapide.

1998 : un internaute publie des pages personnelles sur lesquelles il exprime son opinion sur l'église de scientologie. Le responsable de ce mouvement se plaint de voir son nom cité sur l'une de ces pages. Il considère qu'il s'agit d'un traitement de donnée automatisée auquel il n'a pas donné son consentement. Les juges saisis vont estimer que la mention de ce nom sur une page web constitue bien un traitement de données, qui nécessite à ce titre le consentement de la personne intéressée et qui doit être déclaré : c'est ainsi que l'auteur de ces pages web personnelles consacrées à l'église de scientologie est condamné pour avoir procédé à des traitements d'informations nominatives sans avoir respecté les formalités préalables à leur mise en œuvre <sup>4</sup>.

À l'époque, on découvre que si chaque page web constitue un traitement de données personnelles, alors il risque d'y avoir explosion du nombre de déclarations à opérer en France auprès de la CNIL, avec la croissance du nombre de publications amateur <sup>5</sup>.

En 2005, une étude indiquait que plus de 2 200 000 internautes français avaient créé un blog <sup>6</sup>. Est-ce pour rendre plus souple la création de ces espaces personnels de publication ou parce qu'elle ne pouvait plus endiguer le flot de déclarations ? Toujours est-il que, par une délibération prise à la fin de cette même année 2005, la CNIL a décidé de déclarer les sites web « diffusant ou collectant des données à caractère personnel mis en œuvre par des particuliers dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle » <sup>7</sup>.

4. CA Lyon, 25 fév. 2004, *Comm. com. électr.* 2004, n° 63, obs. A. LEPAGE, confirmant mais allégeant la peine prononcée par t. corr. Villefranche sur Saône, 18 févr. 2003, *Gaz. Pal.* 7-10 mai 2003, p. 12, note E. DROUARD.

5. Prémices d'un changement d'approche ? Il a été dit dans une affaire récente à propos d'un blog que produire devant le juge « un ensemble d'articles de manière décousue et dépourvue de toute cohérence chronologique ou thématique ne décrit pas l'architecture du site et [est] en conséquence [insuffisant] à démontrer l'existence d'un traitement allégué des données à caractère personnel qu'il soit automatisé ou qu'il conduise à l'insertion de ces données dans un fichier entraînant, dans le cadre juridique actuel, l'application revendiquée des dispositions de l'art. 38 de la loi du 6 janv. 1978 » (TGI Béziers, réf., 8 avr. 2011, *Juriscornet*, obs. N. POIRIER). C'est toutefois le juge de l'évidence qui s'exprimait ainsi, et sur la base de pièces – en l'occurrence un constat et des captures d'écran – qui n'étaient visiblement pas suffisantes à dire en quoi existait un traitement.

6. Médiamétrie, 15 déc. 2005.

7. CNIL, délibération du 22 nov. 2005. Exonération prise en application de l'art. 24 de la loi du 6 janv. 78 modifiée.

Cette décision normative reflète une prise en compte de la démocratisation des outils de publication – et plus encore de la démocratisation des traitements de données personnelles. La CNIL prit en compte le phénomène en adoptant cette règle nouvelle... tout en indiquant parallèlement<sup>8</sup>, toutefois, que la dispense de déclaration ne constitue pas une dispense de respecter les règles protectrices des données personnelles : le consentement des tiers est toujours nécessaire quand la loi le prévoit. Ainsi, la CNIL rappela dans une recommandation sur la mise en œuvre par des particuliers de sites web diffusant ou collectant des données à caractère personnel dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle, que :

– « l'exemption de déclaration ne permet pas de s'affranchir des règles relatives à la protection des données personnelles, et que ;

– les personnes dont les données sont susceptibles d'être diffusées doivent avoir été préalablement informées de l'identité du responsable du traitement, à savoir de la personne souhaitant procéder à la diffusion »<sup>9</sup>.

En les facilitant, les technologies ont permis la profusion des publications en ligne – ce qui s'accompagne de la multiplication des cas de mentions de personnes, de mises en ligne de photos, d'adresses, de numéros de téléphone... Là où il fallait jusqu'au tournant des années 2000 bricoler une page web avec du code html, l'écriture d'un blog est devenue aussi simple que l'envoi d'un e-mail. La généralisation des fonctions photo & vidéo sur les téléphones fait qu'il est aisé de basculer des images sur le web (sur Flickr, Picasa, DailyMotion, YouTube...), déjà au format numérique. Si on n'a pas soi-même un blog, on peut réagir sous forme de commentaire (sur un blog, dans un journal, sous une vidéo), écrire sur un site de *news* collaboratif (AgoraVox, contre-feux.com) ou de *social news* (Digg, Fuzz), une plateforme collaborative (Wikipedia, Yahoo Answers)... Il existe une multitude de supports permettant de stocker et/ou diffuser des données personnelles. La situation de F. en 1996 n'est plus isolée, tellement les formes de la publication personnelle sont devenues nombreuses et souples. Surtout, elles reposent le plus souvent sur l'utilisation des services d'intermédiaires techniques de stockage, formant un schéma triangulaire qui, comme on le verra plus loin, est devenu typique de la banalisation des traitements.

C'est ce phénomène de profusion des traitements de données personnelles qui est l'objet de cette contribution au colloque. Comment est-il reçu en droit ? Que révèle cette profusion des traitements ? On envisagera les formes nouvelles de traitements de données personnelles (I) avant de poser sur elles un regard juridique<sup>10</sup> (II).

8. CNIL, délibération du 22 nov. 2005.

9. On voit mal comment on peut être informé de l'identité du responsable d'un traitement par un site web personnel puisque la LCEN (art. 6.III.2 de la loi du 21 juin 2004) prévoit le droit de publier de façon anonyme : ce problème de conciliation ne sera pas traité ici.

10. Regard qui relève plus de la sociologie juridique que du droit.

## I – FORMES NOUVELLES DE TRAITEMENTS DE DONNÉES PERSONNELLES

Ces formes nouvelles peuvent être conscientes (A) ou inconscientes (B).

### A. Formes conscientes de traitements de données

Par forme consciente, on entendra les cas de traitements reconnus comme tels par la justice, ou par les plaideurs qui l'ont inscrit dans le débat judiciaire. Un premier exemple est fourni par le comportement de Gisèle N. et de la « ligue européenne de défense des victimes de notaires », condamnées pour mise en ligne de listes nominatives de notaires, classées par régions et par départements, permettant une recherche par critères<sup>11</sup>. Ces défenderesses qui prétendaient avoir des « dossiers » sur ces notaires ont été considérées comme responsables de traitements de données, mis en ligne sans le consentement des personnes intéressées<sup>12</sup>.

Dans une autre affaire, plus remarquée, la société qui avait créé le site « note2be.com » permettant à tout élève ou étudiant d'évaluer en ligne l'enseignant de leur choix, fut également condamnée. Il a été jugé qu'elle avait procédé à un traitement de données à caractère personnel sans le consentement des personnes concernées, dont elle ne pouvait démontrer la légalité qu'en démontrant « *la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi [...], sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée* »<sup>13</sup>. L'affaire permet d'illustrer le schéma triangulaire évoqué précédemment : les enseignants et étudiants n'auraient probablement pas émis de la sorte des opinions sur leurs enseignants si n'avait été au préalable mis à disposition ce service. Un outil nouveau est mis à disposition d'individus qui, collectivement, créent un fichier diffusé au travers lui. Qui est le responsable du traitement : le site lui-même, qui fournit un espace de stockage d'informations personnelles et un système pour leur diffusion, ou les internautes qui, par leur action positive, y enregistrent des informations ? Nous reviendrons sur cette question centrale.

« Note2be.com » n'est pas le seul site qui repose sur ce principe. On peut citer, dans la même veine, des sites comme « StageCritics » (permettant à un stagiaire d'évaluer son stage, son maître de stage ou l'entreprise d'accueil), ou d'autres au nom plus explicite : « NiqueTonBoss » (pour

11. CA Bourges, 11 janv. 2007, Legalis.net.

12. Au demeurant, on peut se demander s'il s'agissait bel et bien de données « personnelles », les notaires étant l'objet de fichiers à raison de leur profession...

13. TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008, *RLDI* 2008/36, n° 1211, p. 39, obs. L. COSTES ; *RLDI* 2008/38, n° 1169, comm. J. FREYSSINET ; D. 2008.843, note C. MANARA.

dénoncer l'employeur qui utilise des logiciels contrefaisants),<sup>14</sup> « DontDateHimGirl.com » (site par lesquelles des dames ou demoiselles à qui une personne a promis le grand amour avant de fuir peuvent en donner le nom),<sup>15</sup> « www.notation-avocats.wb.st », « Note2Bib » (pour l'évaluation des médecins), « NoteMaire »<sup>16</sup>, ou plus récemment un site explicitement dénommé « Révèle les cocus » (*sic*)<sup>17</sup>.

Quel que soit leur nom, ou leur sérieux, tous ces sites relèvent de façon claire du droit des données personnelles. Mais il existe aussi des formes inconscientes de traitement : alors pourtant qu'est en jeu une donnée personnelle, alors pourtant qu'elle fait l'objet d'un traitement, cela reste sans conséquence judiciaire et laisse les intéressés indifférents.

## B. Formes inconscientes de traitements de données

Dans ce qui fut la toute première affaire française relative à internet, au premier semestre 1996<sup>18</sup>, un chef d'entreprise avait porté plainte pour diffamation suite à des propos tenus sur un forum. Il fut jugé que « *toute personne ayant pris la responsabilité de faire diffuser publiquement, par quelque mode de communication que ce soit, des propos mettant en cause la réputation d'un tiers doit être au moins en mesure, lorsque comme en l'espèce cette divulgation est constitutive d'un trouble manifestement illicite, de justifier des efforts et démarches accomplies pour faire cesser l'atteinte aux droits d'autrui ou en limiter les effets* »... mais il ne fut jugé « que » cela. Alors qu'il y avait mention d'un nom sur une page web – ce qui était aussi la situation factuelle dans la décision de 1998 évoquée en introduction – il n'y eut pas lieu à application du droit des données personnelles. Si la requête n'en a pas été faite devant le juge, **est-ce** par négligence de la partie concernée, ou parce que celle-ci considérait qu'un tel traitement n'était pas contraire à ses droits ?

Cet exemple n'est pas isolé. Un site au nom évocateur, « annuaire-des-cons.com », visait à recenser les personnes que les utilisateurs de ce site estimaient relever de cette catégorie. Une personne demanda et obtint en

14. G. CHAMPEAU, « NiqueTonBoss : un étrange site de dénonciation du piratage », *Numerama*, 2 mars 2010 ([www.numerama.com/magazine/15173-niquetonboss-un-etrange-site-de-denonciation-du-piratage.html](http://www.numerama.com/magazine/15173-niquetonboss-un-etrange-site-de-denonciation-du-piratage.html)).

15. C. MANARA, « Du commerce amoureux au commerce électronique », *Juriscom.net*, 31 mars 2006 ([www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=809](http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=809)).

16. Le site notemaire.com propose de noter son maire, *Le Nouvel Observateur*, 7 mars 2008 ([http://tempsreel.nouvelobs.com/actualites/politique/20080307.OBS3948/le\\_site\\_note\\_maire.com\\_propose\\_de\\_noter\\_son\\_maire.html](http://tempsreel.nouvelobs.com/actualites/politique/20080307.OBS3948/le_site_note_maire.com_propose_de_noter_son_maire.html)).

17. Dont l'art. 1 des conditions générales d'utilisation, intitulé « Services », est ainsi libellé : « *Revelelescocus.com permet de dénoncer de manière complètement anonyme une personne victime de tromperie ou d'infidélité* ». Ce site accessible à l'adresse <http://revelelescocus.com/> cache peut-être une opération marketing.

18. TGI Paris, réf., 16 avr. 1996, *Yves R.*, D. 1997, somm. p. 72, obs. J. Y. DUPEUX.

référé la fermeture du site<sup>19</sup>. Si le tribunal s'est fondé sur les articles 808 et 809 du Code de procédure civile pour prendre sa décision, il n'a pas visé le droit des données personnelles, comme le fit par exemple le juge des référés parisiens dans l'affaire *Note2be*.

Ce qui est singulier dans ces affaires, c'est l'absence de perception que le droit des données personnelles pourrait être mis en cause. Ce phénomène n'est pas isolé, comme le montrent de nombreux cas de *celebrity squatting*<sup>20</sup>. La situation est typiquement la suivante : une personne enregistre les prénom et nom d'un tiers connu à des fins frauduleuses. La tennismann Amélie Mauresmo<sup>21</sup>, le Comte de Paris<sup>22</sup>, des directeurs de société comme Mme Liliane Bettencourt,<sup>23</sup> MM. Garnier<sup>24</sup>, Serge Dassault<sup>25</sup>, Michel-Edouard Leclerc<sup>26</sup> ou Jacques Servier<sup>27</sup>, des hommes – François Bayrou<sup>28</sup> – et femme – George Pau-Langevin<sup>29</sup> – politiques furent victimes de tels enregistrements faits de mauvaise foi. Dans les procédures d'urgence qu'ils ont engagées, il leur a suffi de convaincre le juge des référés du caractère manifestement illicite des enregistrements de noms de domaine pour que celui-ci s'estime compétent et prononce une mesure de transfert, en application des articles 808 et 809 du Code de procédure civile. Dans certaines de ces affaires, la requête visait aussi des textes spéciaux, comme les règles du Code des postes et des communications électroniques relatives à l'attribution des noms en « .fr », ou le droit des marques... mais jamais le droit des données personnelles, quelle que soit la situation. Un révélateur de l'inconscient des plaideurs, qui n'ont pas estimé qu'il pouvait s'agir d'un traitement qui leur porterait atteinte ?

Les exemples ne sont pas limités aux personnes célèbres mais foisonnent dans la « vie électronique ». Prenons le cas d'eBay, qui compte 12 millions d'utilisateurs en France, dont un grand nombre de personnes physiques : chaque vendeur, chaque acheteur, y est évalué par la personne avec laquelle il a passé un contrat. Chacun donne une note, et accompagne celle-ci de

19. TGI Nice, réf., 28 mars 2002, *Comm. com. électr.* 2002, n° 137, obs. A. LEPAGE ; D. 2002, AJ p. 2255, obs. C. MANARA. Le créateur du site *annuaire-des-cons.com* a été condamné « à cesser [...] toute mention ou référence » aux demandeurs.

20. E. DURIEUX, *Le celebrity squatting*, Juriscom.net, 8 avr. 2002.

21. TGI Nanterre, réf., 13 mars 2000, « mauresmo » et « ameliemauresmo.com », *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 63 par C. CARON ; D. 2000, p. 275, obs. A. LEPAGE.

22. TGI Paris, réf., 5 janv. 2009 / TGI Paris, 2 déc. 2009, « comtedeparis.fr », inédit.

23. TGI Nanterre, réf., 29 juin 2000, « lilianebettencourt.com », inédit.

24. CA Versailles, 5 sept. 2001, Legalis.net.

25. CA Paris, 29 janv. 2003, « dassault.com », *Bull. Joly Sociétés* 2003, n° 6, p. 686, note P. LE CANNU.

26. TGI Nanterre, réf., 28 juin 2004, « michel-edouard-leclerc.fr », Legalis.net.

27. Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, 25 mars 2011, n° DFR2011-0004, « jacques-servier.fr » et « jacquesservier.fr ».

28. TGI Paris, réf., 12 juill. 2004, « francois-bayrou.fr », Legalis.net.

29. TGI Paris, réf., 31 mai 2007, « georgepaulangevin.org », inédit.

quelques mots. Ces millions d'évaluations de pair à pair faites en ligne n'ont, semble-t-il, jamais donné lieu à aucun contentieux porté en justice<sup>30</sup>.

Autre phénomène : celui des invitations sur les réseaux sociaux. Si l'on dissèque une invitation envoyée par le plus célèbre d'entre eux, Facebook, on observe qu'un utilisateur de ce site fournit des données d'un de ses contacts, afin que ce dernier rejoigne son « réseau ». Le site envoie à ce contact une invitation par e-mail, indiquant de qui elle émane, et rappelant quelles sont les autres personnes qui ont déjà préalablement une invitation du même type. Le traitement de données personnelles n'aurait pas lieu s'il n'y avait pas à l'origine un individu qui nourrissait la base de données du site<sup>31</sup>.

Un autre phénomène, en plein essor, est celui du *cloud computing*, par lequel on envoie des données en ligne, sur des applications virtuelles, telles que des traitements de texte en ligne. Le partage de données à des fins collaboratives ou autres, permises par ces applications déportées, tombe lui aussi en théorie dans la catégorie des traitements de données personnelles, dont le nombre est multiplié par le développement de ces outils et de leurs usages... et pourtant *sans rapport aucun* avec le nombre de contentieux à leur propos !

Une telle absence de corrélation intrigue : les atteintes au droit des données personnelles sont aussi, et toujours plus, le fait de personnes physiques, elles se réalisent grâce au concours, ou aux moyens, d'éditeurs de services en ligne, mais *ne sont pas nécessairement vécues comme des atteintes aux données personnelles*. Ceci signifie-t-il donc que change le regard juridique sur ces traitements banalisés ?

---

30. Voir, pour une situation tangente dans laquelle l'auteur d'un livre était insatisfait de la présentation faite de son ouvrage sur PriceMinister, et attaquant (sans succès) cette plateforme sur le fondement de l'art. L. 121-1 du Code de la consommation : CA Paris, 25 fév. 2011, inédit (« la présentation du nombre de ventes affecté au nom du vendeur auquel est attribuée une note dont il est expliqué, dans les comparaisons de fonctionnement du site, comment cette note est donnée, par rapport à l'effectivité du service vendu (déterminé en fonction du temps de livraison, la qualité de la livraison et l'état du livre) et le nombre d'objets vendus par ce marchand, ne conduit nullement le consommateur à déterminer son choix du livre en pensant que le chiffre ainsi mentionné se rapporte au nombre d'exemplaires vendus par l'auteur ; qu'en l'absence de tout risque de confusion dans l'esprit du consommateur, il n'existe aucune tromperie sur la quantité ni davantage sur les qualités substantielles de l'œuvre »).

31. La question de la loi applicable est ici volontairement laissée de côté, pour ne s'intéresser qu'à ce nouvel exemple de schéma triangulaire de traitement de données.

## II – DÉMOCRATISATION DES TRAITEMENTS : REGARD JURIDIQUE

Les développements qui précèdent ont permis d'identifier et de documenter l'existence de situations triangulaires, dans lesquelles une personne physique enregistre des données relatives à une autre grâce à des moyens techniques fournis par une personne morale. Ce schéma singulier amène à se demander qui est le responsable du traitement (A), pour ensuite chercher à comprendre pourquoi une loi protégeant pénalement les libertés individuelles et la vie privée est si peu mise en œuvre au regard de l'explosion du nombre de traitements (B).

### A. Identification du responsable des traitements « modernes » de données

Avec leur « démocratisation », de mêmes traitements de données peuvent être réalisés avec des finalités différentes, ce dans un schéma triangulaire qui n'était pas celui prévu à l'origine par la loi de 1978. Dans ce schéma triangulaire dans lequel il n'y aurait pas de traitement sans la mise à disposition d'un outil technique, mais dans lequel il n'y aurait pas non plus de traitement si un individu ne venait se servir de cet outil et y apporter des informations nominatives, qui doit juridiquement être considéré comme responsable ?

La loi française sur les données personnelles prévoit que « *constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé* »<sup>32</sup>, et que « *le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est [...] la personne [...] qui détermine ses finalités et ses moyens* »<sup>33</sup>. C'est donc en partant de ces deux critères que sont les finalités d'une part, et les moyens d'autre part, qu'une réponse juridique pourra être trouvée.

Les critères sont exprimés à la forme plurielle : il ne s'agit pas « du » moyen, mais « des » moyens. Une personne qui enregistre des données dans un fichier hébergé sur un serveur tiers utilise pour ce faire en premier son ordinateur personnel ou son téléphone, et en second lieu une application fournie par un tiers permettant le stockage à distance.

Quant aux finalités, elles varient selon les situations. Reprenons pour l'illustrer deux des situations précédemment évoquées : celle de l'enregistrement du patronyme d'un tiers en tant que nom de domaine, et celle de

32. Loi du 6 janv. 1978, art. 2.

33. Loi du 6 janv. 1978, art. 3.



l'invitation à rejoindre le réseau d'un utilisateur de Facebook. Dans le premier cas, le *registrar* (société qui « vend » des noms de domaine) enregistre, à la demande d'un de ses clients, le nom d'un tiers suivi d'un domaine de premier niveau tel que « .com » ou « .fr ». Dans le second cas, l'utilisateur envoie une invitation à une personne qu'elle connaît ou non, en vue de l'ajouter à ses « amis ». Pour ce faire, elle communique les données à Facebook qui ensuite va envoyer un message au tiers concerné.

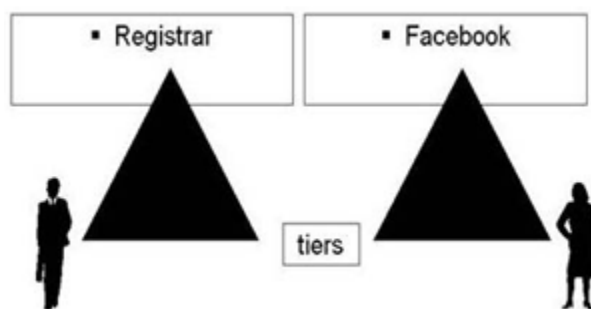


Illustration du schéma triangulaire permettant la réalisation d'un traitement

Dans la première situation, le *registrar* n'a pas de *contrôle* sur l'opération faite par son client. Il a été jugé qu'il n'a pas le devoir de contrôler les enregistrements effectués<sup>34</sup>. Dans la deuxième situation, le prestataire a *intérêt* à ce que l'invitation soit acceptée par le destinataire, ce qui aura pour conséquence d'augmenter le nombre d'utilisateurs, et surtout d'accroître l'effet réseau qui confère sa valeur au service proposé par le prestataire<sup>35</sup>.

Dans la première situation, un moyen technique est mis à disposition d'un internaute qui en fait une utilisation entièrement discrétionnaire ; dans le second cas le prestataire bénéficie de la communication par ses utilisateurs de données personnelles relatives à des tiers. Dans la première hypothèse le traitement de données personnelles est le *fait* de la personne qui enregistre le nom de domaine, qui est responsable du traitement, car elle en détermine les finalités et les moyens (elle choisit un *registrar* pour porter atteinte aux droits d'une tierce personne). Dans l'autre, ce n'est pas l'abonné, mais le site qui met à disposition des outils de communication d'invitation, avec pour objectif ultime d'en bénéficier lui-même. La finalité est différente et propre au prestataire.

34. TGI Paris, 26 août 2009, D. 2009, p. 2219, note C. MANARA ; *RLDI* 2009/53, comm. n° 1751, E. TARDIEU-GUIGUES et n° 1757, L. COSTES.

35. A. JONES et B. SUFRIN, *EC Competition Law: Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 430.

Une décision de justice vient au soutien de cette dernière analyse. Rendue en Belgique, elle n'en est pas moins pertinente pour le juriste français, car elle a été rendue sur le fondement de la transposition locale de la directive communautaire sur les données personnelles, dont les termes sont proches de ceux de la loi française. Le site Nice People incitait ses « membres » à envoyer des invitations à leurs amis, en leur disant que plus ils auront d'amis inscrits, plus ils gagneront de points. Ils incitaient leurs utilisateurs à saisir les adresses e-mail de ces amis, afin que ces derniers les aident. La question s'est posée devant le juge de savoir *qui* était le responsable du traitement : s'agissait-il de la personne qui envoie, qui saisit matériellement les données, ou s'agissait-il du site lui-même ? La juridiction belge a considéré que l'intermédiaire technique ne s'est pas limité à stocker des données, mais est allé plus loin, initiant le traitement, s'y impliquant, et en bénéficiant : il est donc responsable du traitement<sup>36</sup>.

*A contrario*, dans le premier cas, dans lequel les données sont stockées ou transférées à la demande d'une personne physique, celle-ci est la responsable du traitement, traitement à propos duquel les personnes dont les données sont concernées réagissent *rarement sinon jamais*.

Un tel constat de l'absence de réaction n'est peut-être pas neutre juridiquement. On pourrait y voir une application de l'article 7 de la loi de 1978 qui prévoit une exception au consentement, normalement nécessaire, de la personne dont les données sont traitées : il s'agit de la « réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ». Rapporté au présent objet d'étude, cela pourrait signifier que le consentement est donné *a posteriori* par la personne intéressée, quand elle découvre l'existence d'un contenu en ligne parlant d'elle<sup>37</sup>.

Autrement dit, dans tous les cas où il y a utilisation d'un service internet à des fins de communication – création d'un contact sur un webmail tel que hotmail ou gmail, création d'un document partagé avec d'autres sur internet, mise en ligne d'une page web, enregistrement d'un nom de domaine... – il n'y aurait pas de réaction à l'existence d'un traitement de données personnelles parce qu'il ne serait pas vécu comme tel. Un tel décalage entre le phénomène et l'absence de suite est intrigant.

36. « L'appelant n'est pas un simple intermédiaire technique dont le seul but consiste à transférer l'information à un tiers vis-à-vis duquel il n'a aucun lien. Tout au contraire, l'appelant est impliqué dans ce transfert, non seulement sur le plan technique, mais également quant à ses finalités, le but recherché étant que la personne ainsi contactée s'inscrive sur le site de l'appelant ».

37. Le fait que la personne soit elle-même active en ligne, et poste des contenus relatifs à des tiers sur les réseaux sociaux, la rendant plus encline à accepter de la part des autres ce qu'elle fait elle-même.

## B. Raisons de la rareté de la mise en cause des responsables de traitements

Il y a donc confrontation de deux phénomènes. Le premier est celui de l'explosion du nombre de traitements électroniques de données personnelles et le second la quasi-inexistence de réactions judiciaires, très nette en ce qui concerne les personnes physiques auteurs de ces traitements, légèrement moins marquée s'agissant des personnes morales mais tout aussi significative.

Cela signifierait-il qu'il existerait une tolérance pour des violations des règles relatives aux données personnelles que nous sommes tous tour à tour susceptibles de commettre ? Ou n'y aurait-il pas mobilisation de règles à propos de données jugées *moins* personnelles parce qu'elles sont partagées par des individus avec lesquels l'on a des liens de proximité (liens familiaux, amicaux, rapports de travail) ? Dans cette dernière approche, ce que la loi désigne comme traitement de données personnelles ne serait pas nécessairement compris par les destinataires de cette norme comme tels par ceux qui sont concernés par ces traitements.

Autre angle d'analyse du phénomène de démocratisation, plus défaitiste : face au flot immense de données en circulation, les individus auraient fini par renoncer à agir, ou accepter la perte de contrôle de certaines données les concernant<sup>38</sup>.

La loi de 1978 fut prise pour viser les grands systèmes centralisés d'information, afin de protéger les individus contre les tiers, rares à l'époque, qui disposaient d'une forte puissance de calcul susceptible d'engendrer la création de fichiers indésirables ou leur recoupement. Il s'agissait de protéger le plus grand nombre contre une « classe dominante », celle de ceux qui disposaient d'un outil informatique. L'objectif était de brider le fonctionnement de ces systèmes de manière à ce qu'ils ne retournent pas ces outils contre les personnes. C'est dans ce contexte, et à cette fin, que la loi fut adoptée en France. Le terme « *informatique* », premier mot de la loi de 1978<sup>39</sup>, est à cet égard explicite, qui renvoie à une sorte de Léviathan difficilement descriptible, peu connu et maîtrisé.

---

38. V. en ce sens A. GUADAMUZ, *Information self determination in the Google age*, Technollama, 19 avr. 2010 : « *In the Google Age, where terabytes of information are stored and distributed in server farms along the electronic cloud, privacy has become a quaint concept. It is still an important notion, but if we are honest we have to recognize that we have lost control over our information, regardless of any data protection law that is passed or will be passed, the genie is out of the bottle, information replicates and strives to be free* » ([www.technollama.co.uk/information-self-determination-in-the-google-age](http://www.technollama.co.uk/information-self-determination-in-the-google-age)).

39. Loi du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 1<sup>er</sup> : « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ».

Depuis, « *l'informatique* » s'est démocratisée, les individus utilisent au quotidien un ordinateur et un téléphone plus puissant que les machines des années 1970. « *L'informatique* » n'est plus un système détenu par quelques-uns et dont on cherche à éviter qu'il soit mis en œuvre contre tous : on l'utilise pour communiquer, s'informer, échanger... Cet outil est devenu l'instrument des libertés que la loi de 1978 cherchait à protéger, et l'un des moyens de l'exercice de la vie privée, ainsi que l'a clairement indiqué le Conseil constitutionnel qui a jugé en 2009 que la liberté de communication nécessitait d'accéder à internet et de l'utiliser, « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* »<sup>40</sup>.

« *L'informatique* » était le fait d'une minorité de personnes morales, nous disait le législateur de 1978 ; elle est entre les mains de l'immense majorité des personnes physiques, nous dit trente ans plus tard le Conseil constitutionnel. C'est ainsi que la démocratisation des traitements de données personnelles participe de la mise en œuvre même des principes fondamentaux dont la loi de 1978 avait en vue la protection. Ce transfert de la puissance de calcul du plus petit vers le plus grand nombre ne s'accompagne pas d'un accroissement des contentieux fondés sur la protection des données personnelles. Cela ouvre-t-il une période nouvelle dans laquelle le rapport des individus à leurs données et la protection de celles-ci évoluent ? Si le constat qui est ici établi se vérifie dans les années à venir, il pourrait être annonciateur d'un changement de paradigme du cadre juridique des données personnelles.

---

40. Décision « Hadopi » du 10 juin 2009, n° 2009-580, D. 2009, 2045, note L. MARINO.