



Présente :

**Vie privée et communications électroniques :
Une union faite de compromis ?**

Par

**Me Caroline Carpentier
Avocat au barreau de Bruxelles**

c.carpentier@swing.be

Date de mise en ligne : 03 février 2004

Vie privée et communications électroniques :

Une union faite de compromis ?

La directive 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil en date du 12 juillet 2002¹. Elle devait être transposée en droit interne pour le 31 octobre 2003...

Ce texte vise à garantir un niveau égal de protection des données à caractère personnel et de la vie privée aux utilisateurs de services de communications électroniques accessibles au public, indépendamment des technologies utilisées (considérant 4). L'objectif sous-jacent est d'assurer la libre circulation des données à caractère personnel dans la Communauté européenne.

Dans cette optique, de nouvelles obligations sont imposées aux fournisseurs de services de communications électroniques, notamment pour assurer la sécurité et la confidentialité des communications, ainsi qu'en matière de communications non sollicitées à des fins de marketing direct. Ces réglementations seront examinées au point II.

I. Contexte législatif

Au niveau communautaire, la prise de conscience de la nécessité de protéger les droits fondamentaux des individus à l'encontre des traitements de leurs données à caractère personnel s'est traduite par l'adoption de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995². Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 11 décembre 1998³, qui complète et modifie la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel⁴.

¹ 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, *J.O.C.E. n° L 201 du 31/07/2002*, p. 37.

² 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, *J.O.C.E. n° L 281 du 23/11/1995*, p. 31.

³ Loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *M.B.*, 03/02/1999.

⁴ *M.B.*, 18/03/1993.

Les dispositions générales relatives à la protection des données à caractère personnel sont, dès lors, contenues dans la loi du 8 décembre 1992.

Néanmoins, l'introduction de nouvelles technologies dans les réseaux publics de télécommunications et les risques particuliers liés à ces nouvelles technologies ont imposé l'adoption de mesures de protection spécifiques à ce secteur.

Ces dispositions sont reprises dans la directive 97/66/CE, qui a fait l'objet d'une transposition éparse en droit belge, d'une part dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques⁵ et, d'autre part, dans divers arrêtés royaux relatifs à la téléphonie vocale ainsi qu'aux annuaires téléphoniques.

Cependant, au vu de la convergence croissante entre les secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, il est rapidement apparu que la directive précitée devait être modifiée, de manière à garantir les droits fondamentaux des personnes concernées, indépendamment de la technologie utilisée. A cet égard, la nécessité d'adopter un cadre réglementaire commun à tous les réseaux de transmission et aux services associés, quelle que soit la technologie utilisée, a été soulignée lors de l'adoption de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002⁶ (directive « cadre »).

C'est dans cet esprit qu'est intervenue la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002⁷, qui a abrogé la directive 97/66/CE en date du 31 octobre 2003.

II. Champ d'application de la directive 2002/58/CE

Les dispositions spécifiques prévues par le nouveau texte communautaire ne sont plus limitées au secteur des télécommunications, mais couvrent « *tout traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté* », conformément à l'article 3.

La notion de « *service de communications électroniques* » est définie à l'article 2, c) de la directive « cadre » comme : « *le service fourni normalement contre*

⁵ M.B., 27/03/1991.

⁶ 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, *J.O.C.E. n° L 108 du 24/04/2002*, p. 33.

⁷ 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, *J.O.C.E. n° L 201 du 31/07/2002*, p. 37.

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 ».

Par conséquent, seuls sont visés par cette réglementation les services de transmission, et non les services de contenu.

En outre, il est également précisé que la directive ne s'appliquera qu'aux communications d'informations échangées ou acheminées entre un nombre déterminé de parties, conformément à l'article 2, d) de la directive. Les nouvelles dispositions ne concernent pas, par conséquent, les services de radiodiffusion, sous réserve des hypothèses dans lesquelles un lien peut être établi entre l'information et l'utilisateur ou l'abonné identifiables qui la reçoivent. Tel sera le cas, par exemple, en matière de services de vidéo à la demande, pour ce qui concerne la transmission de signaux.

Par ailleurs, il est intéressant de relever qu'alors que la loi du 8 décembre 1992 n'avait traité qu'à la protection des données à caractère personnel des personnes physiques, la directive 2002/58/CE – reprenant en cela l'un des acquis de la directive 97/66/CE - prévoit des mesures relatives au traitement des données des personnes morales. Cette prise en considération des intérêts légitimes des personnes morales était effectivement nécessaire, dès lors que les abonnés à un service de communications électroniques peuvent être aussi bien des personnes physiques que morales.

III. Aperçu des principes essentiels en matière de traitement de données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques

La présente analyse vise à préciser les principaux droits et obligations découlant de la directive 2002/58/CE, sans prétention d'en constituer un relevé exhaustif.

a) Les principes de sécurité et de confidentialité

1. La directive prévoit l'obligation à charge des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public de **prendre les mesures d'ordre technique et organisationnel appropriées pour**

garantir la sécurité de ses services, le cas échéant conjointement avec le fournisseur du réseau public de communications en ce qui concerne la sécurité du réseau. Le niveau d'efficacité de ces mesures sera évalué au regard du risque existant et en fonction des « *possibilités techniques les plus récentes et du coût de leur mise en œuvre* », en application de l'article 4, § 1^{er}.

Si ces critères permettent une certaine souplesse dans l'appréciation de la responsabilité des fournisseurs de services, il me paraît qu'ils gagneraient toutefois à être précisés ou circonscrits lors de la transposition de cette disposition en droit belge, afin d'éviter des débats interminables sur l'étendue des possibilités techniques applicables et les moyens financiers des fournisseurs de services.

En outre, les fournisseurs de services doivent informer les abonnés des risques particuliers de violation de la sécurité du réseau, ainsi que des moyens éventuels d'y remédier et du coût probable de ces moyens, dans l'hypothèse où les mesures mentionnées ci-dessus s'avéreraient insuffisantes.

2. **L'obligation de confidentialité** s'applique tant aux communications qu'aux données relatives au trafic y afférentes.

L'on entend par « données relatives au trafic » : « *toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation* », conformément à l'article 2, b).

Il est interdit à toute autre personne que les utilisateurs d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférentes, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance, sans le consentement des utilisateurs concernés.

Une exception est néanmoins prévue en présence d'une autorisation légale, notamment en matière d'enregistrement destiné à fournir la preuve d'une transaction commerciale ou de toute autre communication commerciale. L'on peut regretter, avec le Professeur Wery, que le législateur communautaire ne se soit pas attaché à clarifier davantage ces critères⁸.

⁸ E. Wery, "La directive "vie privée et communications électroniques" est publiée au JO", 06/08/2002, disponible sur le site http://www.droit-technologie.org1_2.asp?actu_id=635.

En outre, le stockage technique nécessaire à l'acheminement d'une communication est permis, à la condition que la confidentialité des informations reste garantie.

3. En ce qui concerne les dispositifs permettant de stocker des informations sur l'équipement terminal d'un utilisateur ou d'un abonné, tels que les « *cookies* », leur utilisation sera autorisée à la condition de fournir à celui-ci une information claire et précise, portant notamment sur la nature des informations stockées et sur les finalités du traitement, ainsi qu'un droit d'opposition.

Dans cette hypothèse, une exception est également prévue pour le stockage ou l'accès techniques exclusivement destinés à effectuer ou faciliter la transmission d'une communication, ou lorsqu'ils sont strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur.

b) Les principes applicables au traitement des données relatives au trafic

Les données relatives au trafic doivent être **effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication**, en application de l'article 6, § 1^{er}. Elles peuvent néanmoins faire l'objet d'un traitement plus long si l'abonné ou l'utilisateur a été informé des types de données traitées et de la durée du traitement, et pourvu que celui-ci réponde aux deux finalités suivantes :

- 1) la facturation et l'établissement des paiements pour interconnexion (art. 6, § 2) ;

La durée du traitement est cependant limitée, dans ce cas, à la fin de la période au cours de laquelle la facture peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir le paiement.

- 2) La commercialisation des services de communications électroniques ou la fourniture de services à valeur ajoutée (art. 6, § 3) ;

Si le traitement est effectué conformément à l'une de ces deux finalités, tant le traitement que sa durée devront être proportionnels à la fourniture ou à la commercialisation des services. En outre, et contrairement à l'hypothèse précédente, le consentement de l'abonné ou de l'utilisateur devra être obtenu, et ceux-ci devront avoir le droit de s'opposer à tout moment au traitement.

Si le concept de **service à valeur ajoutée** constitue une nouveauté par rapport à la directive 97/66/CE, l'on ne peut manquer d'être surpris par la définition qu'en donne l'article 2, g) de la directive : « *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* ».

Une interprétation littérale de ce texte pourrait, dès lors, conduire le lecteur à considérer que les services à valeur ajoutée impliquent le seul traitement des données relatives au trafic ou à la localisation qui sont indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation.

Néanmoins, plusieurs arguments me semblent de nature à établir que cette disposition dit le contraire de ce qu'elle signifie :

- le considérant 18 de la directive mentionne, à titre d'exemples de services à valeur ajoutée, notamment, les services de guidage routier, de prévisions météorologiques ou d'informations touristiques.

Or, la fourniture de tels services implique, en toute logique, le traitement de données plus précises que celles qui sont strictement nécessaires à la transmission d'une communication ou à sa facturation.

- Les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 6 énoncent, respectivement, les dispositions applicables aux données de trafic nécessaires à la transmission d'une communication et celles applicables aux données de trafic nécessaires à la facturation.

Si l'article 6, § 3 visait exclusivement les données indispensables à la transmission d'une communication ou à la facturation de celle-ci, pourquoi imposerait-on une obligation supplémentaire relative à l'obtention du consentement de l'abonné ou de l'utilisateur, alors que l'on se trouverait dans l'une des situations déjà visées à l'article 6, §§ 1^{er} ou 2 ?

- La notion de « *service à valeur ajoutée* » est également mentionnée à l'article 9, relatif aux données de localisation autres que les données relatives au trafic.

La combinaison des articles 2, b) et 2, c) permet de déterminer que les données de localisation autres que les données relatives au trafic constituent, précisément, des données indiquant la

position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur, qui ne sont pas traitées en vue de la transmission d'une communication ou de sa facturation.

Par conséquent, à suivre l'interprétation littérale de l'article 2, g), la notion de « *service à valeur ajoutée* » n'aurait pas sa place au sein de l'article 9, dès lors qu'elle ne viserait pas un traitement de données additionnel à celui qui serait nécessaire à la transmission d'une communication ou à sa facturation.

- La version anglaise de l'article 2, g) est particulièrement éclairante : « *« 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* ».

Il me paraît, dès lors, que la définition singulièrement restrictive de la notion de « *service à valeur ajoutée* », telle qu'elle est reprise dans la version française, résulte en réalité d'une erreur de traduction.

En effet, la définition anglaise peut être comprise comme suit : « *service à valeur ajoutée : tout service qui exige un traitement de données relatives au trafic ou de données de localisation autres que les données relatives au trafic, excédant ce qui est nécessaire pour la transmission d'une communication ou sa facturation* ».

Cette interprétation présente, en outre, l'avantage de justifier la mention des services à valeur ajoutée dans les dispositions spécifiques aux données de localisation autres que les données relatives au trafic.

Il faut, dès lors, espérer que le législateur belge sera attentif aux contradictions inhérentes à la définition du concept de « *service à valeur ajoutée* », et qu'il n'hésitera pas se détacher du texte de l'article 2, g).

c) Les principes applicables au traitement des données de localisation autres que les données relatives au trafic

L'introduction de dispositions particulières à ce type de données est une nouveauté par rapport à la directive 97/66/CE.

Le traitement de ces données n'est autorisé que si ces données ont été rendues **anonymes**, ou, dans l'hypothèse de la fourniture d'un service à

valeur ajoutée, moyennant le **consentement**, révocable à tout moment, de l'utilisateur ou de l'abonné, conformément à l'article 9.

Ce consentement ne porte pas préjudice à la faculté de l'utilisateur ou de l'abonné d'interdire temporairement, par un moyen simple et gratuit, le traitement de ces données pour chaque connexion au réseau ou pour chaque transmission de communication.

L'obligation d'information est également élargie, dès lors que le fournisseur de services doit indiquer à l'utilisateur ou à l'abonné non seulement le type de données traitées et la durée du traitement, mais également les finalités de celui-ci ainsi que la communication éventuelle de ces données à des tiers.

d) Les dispositions « anti-spamming » : le principe de l' « opt in »

Au vu des nombreux coûts et désagréments engendrés pour les consommateurs par des communications électroniques non sollicitées à des fins de marketing direct, le législateur communautaire a abandonné le principe de l' « opt out », selon lequel ces communications étaient autorisées pour autant que l'abonné n'y ait pas marqué d'opposition expresse.

La directive 97/66/CE n'imposait toutefois le système de l' « opt in » que lors de « l'utilisation de systèmes automatisés d'appels sans intervention humaine (automates d'appel) ou de télécopieurs (fax) », en application de l'article 12, § 1^{er}. Pour les communications effectuées par d'autres moyens, les Etats membres avaient le choix entre le système de l' « opt out » et celui de l' « opt in ».

Dorénavant, le **consentement préalable** de l'abonné doit également être obtenu dans l'hypothèse de l'envoi d'un **courrier électronique**, cette notion étant définie de manière très large par l'article 2, h) : « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (article 13, § 1^{er}).

Sont donc visés non seulement les e-mails, mais également les SMS ou autres MMS.

Notons qu'à nouveau, la faculté est laissée aux Etats membres de favoriser le système de l' « *opt out* » ou de l' « *opt in* » en ce qui concerne les communications non sollicitées effectuées par d'autres moyens.

Il est remarquable que cette disposition ait été transposée dans notre droit interne dès l'adoption de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁹, qui transpose également la directive 2000/31/CE « commerce électronique »¹⁰.

L'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique¹¹ prévoit cependant les circonstances dans lesquelles il peut être dérogé à la nécessité d'obtenir le consentement préalable de l'abonné :

1°/ lorsque les données ont été obtenues auprès des **clients du prestataire, personnes physiques ou morales**, si les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- le prestataire a obtenu directement leurs coordonnées électroniques dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée ;
- il exploite ces coordonnées électroniques à des fins de publicité exclusivement pour des produits ou services analogues à ceux qu'il fournit ;

Le Professeur Verbiest relève à juste titre que des difficultés pourraient apparaître dans la détermination de ce que l'on peut considérer comme « *produits ou services analogues* »¹². Les travaux préparatoires de l'arrêté royal fournissent toutefois certaines indications à cet égard, qui devront être précisées par la jurisprudence.

⁹ M.B., 17/03/2003.

¹⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.C.E. n° L 178 du 17/07/2000, p.1.

¹¹ M.B., 28/05/2003.

¹² T. Verbiest, "Publicité par courrier électronique: de nouvelles règles du jeu", 04/06/2003, disponible sur le site http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=759.

- les clients bénéficient du droit de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation, dès le moment où leurs coordonnées électroniques sont recueillies.
- 2°/ lorsque les données ont été recueillies auprès de **personnes morales**, pour autant que les coordonnées électroniques utilisées à cette fin soient **impersonnelles**.

Tel sera le cas, par exemple, des adresses de courrier électronique telles que « info@(...) », « commandes@(...) » ou « service-clientele@(...) ». En revanche, les adresses électroniques attribuées par l'entreprise à des personnes physiques ne peuvent être assimilées à des coordonnées impersonnelles, même dans l'hypothèse où elles seraient liées au nom de domaine de l'entreprise (par exemple « nom.prénom@entreprise.be »).

Des questions se posent toutefois actuellement quant à la détermination du régime applicable à l'utilisation des données collectées avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003, dès lors que le législateur n'a pas prévu de régime transitoire¹³. Il y a donc fort à parier que c'est aux cours et tribunaux qu'il reviendra de résoudre ce problème, comme le suggère la décision rendue le 26 novembre 2003 par le Tribunal de commerce de Nivelles¹⁴.

e) Le traitement des données à caractère personnel dans le cadre des annuaires d'abonnés

Le principe de l' « opt in » s'applique également à cette hypothèse, à la différence de ce qui était prévu dans la directive 97/46/CE.

Les abonnés disposeront ainsi du droit de décider si les données à caractère personnel les concernant, et lesquelles de ces données, peuvent figurer dans un annuaire public, après avoir été préalablement avisés de la fonction de cet annuaire.

Ils bénéficient également du droit d'accès, de correction et d'opposition au traitement de ces données. De surcroît, le droit de supprimer les données devra désormais pouvoir être exercé à titre gratuit, alors que

¹³ T. Verbiest, "De l'opt-out à l'opt-in: la jurisprudence et la Commission Vie Privée stigmatisent l'absence de régime transitoire", 4 décembre 2003, disponible sur le site http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=858.

¹⁴ Com. Nivelles (cess.), 26 novembre 2003, R.G. n° A/03/01852; voir égal. l'avis de la Commission pour la protection de la vie privée du 29 octobre 2003.

l'article 11, § 2 de la directive 97/46/CE autorisait les Etats membres à exiger un paiement, à la condition toutefois que la somme demandée ne présente pas de caractère dissuasif.

IV. Conclusion

Si l'on peut se féliciter de la rapidité avec laquelle le législateur belge a légiféré en matière de dispositions « *anti-spamming* », l'on doit cependant regretter sa carence quant à la transposition des autres normes prescrites par la directive 2002/58/CE.

La Commission a d'ailleurs engagé dès à présent une procédure d'infraction à l'encontre de la Belgique en raison de la non-transposition de ce texte communautaire ainsi que des autres directives contenues dans le nouveau paquet réglementaire relatif au secteur des communications électroniques¹⁵.

Toutefois, il est intéressant de relever que la Cour de Justice des Communautés européennes s'est prononcée récemment à titre préjudiciel sur l'effet direct de certaines dispositions de la directive 95/46/CE, qui fixe le cadre général applicable en matière de protection de la vie privée¹⁶.

Elle a ainsi admis que certaines dispositions étaient énoncées de manière suffisamment inconditionnelle et précise pour pouvoir être invoquées par un particulier et appliquées par les juridictions nationales.

Dès lors, il ne paraît pas déraisonnable d'appliquer le même raisonnement, par analogie, aux dispositions de la directive 2002/58/CE, qui pourraient également se voir reconnaître un effet direct pour autant qu'elles répondent aux conditions fixées par la jurisprudence.

Or, si la plupart des droits et obligations repris dans cette directive étaient déjà prévus dans la directive 97/46/CE, la nouvelle législation a introduit de nouveaux concepts ainsi qu'une protection renforcée des droits fondamentaux des personnes physiques et des intérêts légitimes des personnes morales, notamment par l'imposition du système de l'« *opt in* » en matière de communications non sollicitées et d'annuaires publics.

¹⁵ Ce paquet réglementaire contient notamment la directive 2002/21/CE (directive-cadre), la directive 2002/20/CE (directive "autorisation"), la directive 2002/19/CE (directive "accès") et la directive 2002/22/CE (directive "service universel"), qui devaient être transposées pour le 24 juillet 2003.

¹⁶ C.J.C.E., 6 novembre 2003, affaire C-101/01, *Lindqvist*.

En toute hypothèse, il serait sans doute opportun de réunir, lors du processus de transposition de la directive en droit interne, toutes les dispositions applicables en matière de protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel dans le cadre d'une législation unifiée, afin de satisfaire le principe de la sécurité juridique tant vis-à-vis des opérateurs professionnels que des utilisateurs.

C'est, en effet, au seul prix de la confiance légitime des utilisateurs dans les nouvelles technologies de communication que celles-ci pourront prendre un réel essor.

Caroline Carpentier

(Avocat au Barreau de Bruxelles (association Uyttendaele, Gérard & Doutrelepon) - Professeur invité à l'Institut des hautes études des communications sociales)