

INFORMATIQUE

> Pour un droit commercial de l'exploitation des données à caractère personnel

par Pierre Storrer, Avocat au barreau de Paris

1. Point de départ. L'idée de ce point de vue est née de la rencontre entre une intuition et un arrêt récent, et remarquable, de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

L'intuition fut celle-ci : assistant récemment à des débats de (très) haut niveau sur le futur de la législation européenne relative à la protection des données à caractère personnel (groupe de travail constitué par l'Association Trans Europe Experts, en vue d'analyser la proposition de règlement européen sur les données personnelles et de peser sur les discussions relatives à ce texte), il nous parut à un moment assez vain (malgré la qualité des débatteurs) d'invoquer presque « religieusement », mais de façon un peu désespérée (ce qui, somme toute, va bien ensemble), les grands principes issus de textes tout aussi fondamentaux que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2007/C 303/01. V. art. 8, 1 : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel » ; 2 : « Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées le concernant et d'en obtenir la rectification » ; et 3 : « Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ») ou le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (V. art. 16, 1 : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant »), dont les pétitions de principe font écho à l'impératif catégorique posé par notre fameux article 9, alinéa 1^{er}, du code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

Ces plus ou moins « vieilles bedaines » dégonflées de nos ambitieuses (et finalement creuses) déclarations d'intention sont-elles encore pertinentes, même auréolées de leurs bons sentiments, pour saisir l'actualité, et ses enjeux, de la protection des données à caractère personnel ? Est-il encore utile de claironner que : « les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme ; qu'ils doivent, quelles que soient la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée » (Dir. n° 95/46/CE du 24 oct. 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, consid. 2) ? Que « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental (...) au service de l'homme » (Prop. règl. n° 2012/0011 (COD), 25 janv. 2012, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre

circulation de ces données, règlement général sur la protection des données, consid. 1 et 2) ou qu'une « éthique du numérique » soit inscrite dans notre Constitution (CNIL, Les perspectives pour 2012-2013 : la régulation des données personnelles au service d'une véritable « éthique du numérique », 10 juill. 2012) ?

2. Des données dans le commerce. Soyons justes : la directive de 1995 ajoute au passage précité que les systèmes de traitement des données personnelles doivent encore « contribuer au progrès économique et social, au développement des échanges » ; de même que la proposition de règlement reprend à son compte, dans son intitulé, la promotion de la « libre circulation de ces données », ce qui est bien le moins, considération prise de l'idéologie « concurrentialiste » et consumériste du droit européen.

Mais, dans les faits, fi de consentement positif ou présumé de la personne, de finalité ou de proportionnalité du traitement des données, même sous couvert de *privacy by design* (V. Prop. Règl. préc., art. 23) : les données une fois collectées, qu'y pouvons-nous ? Parvenues « dans les nuages », quelle frontière peut les protéger ? Car la réalité est aujourd'hui celle-ci : les données à caractère personnel sont « entrées dans le commerce », aiguissent un appétit commercial (*cloud computing, big data*, etc.) au-dessus des forces de notre droit positif (même si, eu égard aux données liées aux services financiers, un Règl. n° 611-2013 du 24 juin 2013 concernant les mesures relatives à la notification des violations des données personnelles, considère que leur transgression doit s'apprécier selon la nature et la teneur des données concernées, « notamment s'il s'agit de données relatives à des informations financières comme les numéros de carte de crédit et coordonnées bancaires », consid. 12)... cependant que notre « antique » loi de 1978, même révisée, ne vise, sauf erreur, la commercialité des données qu'en cette unique occurrence : toute personne physique « a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur » (art. 38, al. 2).

Or voilà - et c'est le second terme de notre « rendez-vous » - que la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu, le 25 juin 2013, un extraordinaire arrêt (n° 12-17.037, D. 2013. 1615. V. aussi, *infra*, p. 1867, note G. Beaussonnie). Au visa de l'article 1128 du code civil (texte rare : « Il n'y a que les choses

qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions », ensemble l'article 22 de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 (déclaration auprès de la CNIL des traitements automatisés de données à caractère personnel), est cassé l'arrêt d'appel ayant rejeté la demande en nullité de la vente d'un fichier de clientèle informatisé non déclaré à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), motif pris que « la loi n'a pas prévu que l'absence d'une telle déclaration soit sanctionnée par la nullité ». Or, « en statuant ainsi, alors que tout fichier informatisé contenant des données à caractère personnel doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL et que la vente par la société Bout-Chard d'un tel fichier qui, n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, avait un objet illicite, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

3. Un droit (contractuel) dans le code commerce ? Formidable arrêt, en effet, qui suggère (ce n'est qu'une idée en l'air à ce stade et dans les limites de ce point de vue) que le régime juridique des données à caractère personnel, considérées dans leur environnement mercantile mondialisé, gagnerait peut-être à être abordé sous un angle commercialiste - et, pourquoi pas, inscrit dans le(s) code(s) de commerce, dont quelques rares dispositions éparses évoquent à la marge ces données -, afin de saisir enfin la réalité de l'exploitation (circulation, cession, location) desdites données (comp. J. Rochfeld, *La vie tracée* ou le Code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes?, in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 619 s.). Un dispositif propre aux contrats commerciaux (dont des clauses *ad hoc* permettraient d'éclairer, de revaloriser, de

densifier le consentement de leur auteur) portant sur les données personnelles ne serait-il pas à construire? Ne reviendrons-nous pas, ce faisant, à la distinction essentielle contenue tant dans l'intitulé de la directive de 1995 que dans la loi du 6 août 2004 modifiant la loi de 1978, qui ventile entre « protection des personnes » et « traitement des données »?

Cet aphorisme de Nietzsche est merveilleux: « Deviens qui tu es » (Ainsi parlait Zarathoustra, 4^e partie, *L'offrande du miel*, trad. H. Albert, Paris, Mercure de France, 1903). Il est sans doute hasardeux de le détourner, mais allons-y (après tout, les convictions philosophiques ressortissent des catégories particulières de données visées à l'art. 8, 1, de la Dir. de 1995): données à caractère personnel (qui n'êtes pas recueillies à des fins publiques légitimes - et transparentes, V. aff. *Prism*, D. 2013. 1736, entretien A. Debet - d'identification, de prévention ou de répression pénale, d'études statistiques, etc.), devenez ce que vous êtes désormais, ce « miel des ruches dorées » que Zarathoustra espère trouver sur la « haute montagne ».

En somme, données personnelles, devenez ce que vous êtes vraiment, des données « dans le commerce » qu'une législation commerciale (commerciale et contractuelle car, tout bien pesé, le meilleur instrument de régulation du commerce et de l'industrie est encore le contrat) gouvernerait utilement. Mais, de grâce, retrouvez aussi (et par là même peut-être) votre cause (ou votre objet) immanent(e) : la personne qui vous constitue...