

Les critères d'applicabilité de la Loi Informatique et Libertés

Par

Grégoire GOUSSU, Avocat Associé et

Claudia OUDEY, Avocat à la Cour

Cabinet Proskauer Rose

www.proskauer.com

Introduction

Compte tenu de la complexité croissante de l'organisation des entreprises et des échanges d'informations, les données à caractère personnel sont amenées à circuler entre les pays sans préoccupation des frontières. La question de la détermination de la loi applicable devient donc de plus en plus sensible que se soit pour la personne dont les données à caractère personnel sont collectées ou pour le responsable du traitement. Ainsi, quel est le droit applicable au cas d'école suivant : une collecte réalisée sur le territoire français par une société située aux États-Unis dont les serveurs sont en Angleterre ? La détermination de la loi applicable en cas de traitement de données est une question toujours d'actualité, comme le montre l'ordonnance de référé en date du 14 avril 2008¹.

Avant la Loi du 6 août 2004², la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 ne comportait aucune disposition spécifique permettant de déterminer son champ d'application territorial. Il convenait alors de se tourner vers les règles de droit international de droit commun pour déterminer la loi applicable.

Désormais, sous l'impulsion du droit communautaire, l'article 5 de la Loi Informatique et Libertés telle que modifiée prévoit deux critères alternatifs permettant de déterminer son champ d'application, facilitant ainsi la détermination de la loi applicable aux traitements et à leurs responsables et offrant une solution à certains conflits de lois.

L'article 5 de la Loi Informatique et Libertés dispose ainsi que :

«I. Sont soumis à la présente loi les traitements de données à caractère personnel :
1° Dont le responsable est établi sur le territoire français. Le responsable d'un traitement qui exerce une activité sur le territoire français dans le cadre d'une installation, quelle que soit sa forme juridique, y est considéré comme établi ;

2° Dont le responsable, sans être établi sur le territoire français ou sur celui d'un autre État membre de la Communauté européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français, à l'exclusion des traitements qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire ou sur celui d'un autre État membre de la Communauté européenne.

II. - Pour les traitements mentionnés au 2° du I, le responsable désigne à la Commission nationale de l'informatique et des libertés un représentant établi sur le territoire français, qui se substitue à lui dans l'accomplissement des obligations prévues par la présente loi ; cette désignation ne fait pas obstacle aux actions qui pourraient être introduites contre lui ».

¹ TGI Paris, ord.réf., 14 avril 2008, Bénédicte S c/ Google Inc., Google France.

² qui transpose les dispositions 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.

La loi française relative à la protection des données est donc applicable dès lors que (i) le responsable du traitement est situé en France ou (ii) si ce dernier n'est pas situé en France ou sur le territoire d'un État membre de l'Union Européenne, il recourt à des moyens de traitement localisés en France. Ces critères s'appliquent sans condition de nationalité de la personne dont les données sont collectées.

1. Rappel des critères déterminant la loi applicable au traitement de données à caractère personnel

1.1 Le critère du lieu d'installation du responsable du traitement

Lorsque le traitement de données à caractère personnel est effectué par un responsable de traitement établi sur le territoire français, la Loi Informatique et Libertés s'applique au traitement réalisé par celui-ci. L'article 5 dispose que : « *le responsable d'un traitement qui exerce une activité sur le territoire français dans le cadre d'une installation, quelle que soit sa forme juridique, y est considéré comme établi* ». Sur ce point, Alex Türk a, dans le rapport du sénat³ dont il est l'auteur, indiqué que l'activité devait être « *effective* ». La notion d'installation reste cependant souple et permet d'appréhender de nombreuses situations juridiques.

D'un point de vue méthodologique, il convient donc de déterminer, pour savoir si la loi française est applicable, qui est le responsable du traitement. A ce titre, la Loi Informatique et Libertés apporte une aide, puisqu'elle définit en son article 3 la notion de responsable du traitement : « *Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens* ».

En conséquence, une multinationale ayant son siège sociale aux États-Unis mais disposant d'un bureau à Paris devra, concernant les traitements réalisés par ledit bureau, sous réserve que l'activité de ce dernier soit effective, se conformer à la loi française assurant la protection des données à caractère personnel et effectuer les formalités préalables auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

1.2 Le critère des moyens utilisés

La Loi Informatique et Libertés introduit un critère alternatif à celui de l'établissement.

Dès lors que le responsable du traitement n'est établi ni sur le territoire français ni sur celui d'un État de l'Union Européenne mais a recours à des moyens de traitement localisés sur le territoire français, le traitement est soumis à la loi française. Le représentant ainsi situé à l'étranger doit alors désigner un représentant établi sur le territoire français.

Aucune précision sur ce qu'il faut entendre par « *moyen* » n'est apportée par la loi, si ce n'est le fait que ceux utilisés à des fins de transits sont expressément exclus.

L'absence de définition du terme « *moyen* » rend délicate l'utilisation de ce critère dans des situations concrètes, notamment en raison du développement de nouvelles technologies et de leur complexité.

³ Rapport n°218 sur le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel fait par Alex Türk en date du 19 mars 2003.

Par moyen, il nous semble que l'on doit comprendre les équipements informatiques et les ressources humaines. Le Groupe de l'article 29, dans son Avis WP 148 sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche adopté le 4 avril 2008, considère d'ailleurs, comme des moyens au sens de la Directive 95/46/CE, « *les ordinateurs personnels, les terminaux, les serveurs* » mais ajoute que « *l'utilisation de « cookies » et de logiciels similaires par un prestataire de services en ligne peut également être considérée comme un recours à des moyens situés sur le territoire d'un État membre* ».

Le critère des moyens utilisés qui se voulait subsidiaire et avait pour vocation d' « *éviter une délocalisation des établissements responsables dans des « paradis informatiques* »⁴ permet d'appréhender l'évolution de la technologie et de s'adapter à la complexité des procédés employés.

2. Un mécanisme plus lourd qu'il n'y paraît

D'un point de vue théorique, ces deux critères semblent s'articuler facilement et être d'une mise en œuvre simple pour les responsables de traitement.

Cependant, le deuxième alinéa de l'article 5.I de la Loi Informatique et Libertés introduit une distinction supplémentaire entre les traitements réalisés par un responsable situé sur le territoire de la Communauté européenne et un responsable situé en dehors. En effet, quid des traitements de données à caractère personnel réalisés au sein de l'Union Européenne, et plus précisément, quelle est la loi applicable à un traitement de données personnelles réalisé sur le territoire français par un responsable de traitement situé en Italie ou encore à un traitement réalisé en Allemagne par une société ayant des établissements dans chacun des États membres ?

La lecture a contrario de l'article 5 de la Loi Informatique et Libertés indique que le traitement dont le responsable est établi sur le territoire d'un État membre de la Communauté, sans être établi en France, est soumis à la loi en matière de protection des données à caractère personnel dudit pays, au détriment du droit français. Les déclarations éventuelles à réaliser par le responsable du traitement ou les informations à fournir seront donc celles prévues par la loi du pays dans lequel est établi le responsable du traitement et ce, quand bien même il utiliserait des moyens sur le territoire français.

En revanche, dès lors qu'il a un établissement sur le territoire français, ou qu'il n'a pas du tout d'établissement dans l'Union Européenne, le responsable du traitement sera soumis à la loi française.

Ceci n'est que la traduction des principes dégagés par la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 dont l'article 4 prévoit : « *1. Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque :*

a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre ; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable ;

b) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public ;

c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non,

⁴ Rapport de 2003 fait par Alex Türk n°218.

situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté.

2. Dans le cas visé au paragraphe 1 point c), le responsable du traitement doit désigner un représentant établi sur le territoire dudit État membre, sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même ».

Ainsi, alors même que la directive a permis d'obtenir une protection homogène des données à caractère personnel sur l'ensemble du territoire communautaire, de nombreuses entreprises restent dans l'obligation de se soumettre aux contraintes de plusieurs législations nationales, soit parce qu'elles sont établies dans plusieurs pays, soit parce qu'elles ne sont pas établies dans l'Union Européenne.

On peut facilement imaginer la lourdeur et les difficultés liées à une telle situation qui impose de jongler avec plusieurs législations et de réaliser des formalités préalables auprès de différentes autorités en charge d'assurer la protection des données personnelles.

Ces contraintes apparaissent au demeurant d'autant plus difficiles à justifier que l'entreprise ne disposant que d'un seul établissement en Europe, pourra, elle, échapper aux déclarations multiples sans que cela soit considérée comme une menace pour la protection des données à caractère personnel.

Il serait donc sans doute souhaitable, puisque les principes sont les mêmes dans toute l'Union, de parvenir à la mise en place d'un véritable « passeport européen » des données personnelles.

* * *

Tableau récapitulatif d'applicabilité de la Loi informatique et libertés du 6 janvier 1978

	Moyens de traitement situés sur le territoire français	Aucun moyen de traitement situé sur le territoire français
Responsable de traitement établi sur le territoire français	OUI	OUI
Responsable de traitement non établi sur le territoire français mais sur celui d'un État membre de l'Union européenne	NON	NON
Responsable de traitement non établi en France ni dans un État membre de l'Union européenne	OUI	NON