



HAL
open science

Géolocalisation et droit

Marcel Foulon, Yves Strickler

► **To cite this version:**

Marcel Foulon, Yves Strickler. Géolocalisation et droit. Entretiens droit et espace de Toulouse - édition 2011, Région Midi-Pyrénées, Université Toulouse1-Capitole et Centre National d'Etudes Spatiales, Sep 2011, Toulouse, France. hal-01077516

HAL Id: hal-01077516

<https://hal.science/hal-01077516>

Submitted on 25 Oct 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Où donc s'arrêtera l'homme séditieux ?
L'espace voit d'un œil par moment soucieux,
L'empreinte du talon de l'homme dans les nues ;
Il tient l'extrémité des choses inconnues ;
Il épouse l'abîme à son argile uni ;
Le voilà maintenant marcheur de l'infini.
Où s'arrêtera-t-il, le puissant réfractaire ?
Jusqu'à quelle distance ira-t-il de la terre ?
Jusqu'à quelle distance ira-t-il du destin ?
L'âpre Fatalité se perd dans le lointain »

Victor Hugo (Plein ciel. La légende des siècles, coll. Bouquins page 816)

Entretiens droit et espace de Toulouse - édition 2011

« Géo-localisation et droit »

par Marcel Foulon, président de Chambre à la cour d'appel de Paris,
et Yves Strickler, professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, directeur du
CERDP (EA n° 1201)

Toulouse le 21 septembre 2011

Le droit et la loi, telles sont les deux forces... Le droit parle et commande du sommet des vérités ; la loi réplique du fond des réalités ; le droit se meut dans le juste, la loi se meut dans le possible ; le droit est divin ; la loi est terrestre. Ainsi, la liberté c'est le droit ; la société c'est la loi...

La loi a la crue, la mobilité, l'envahissement et l'anarchie de l'eau, souvent trouble ; mais le droit est insubmersible.

Pour que tout soit sauvé, il suffit que le droit surnage dans une conscience.

On n'engloutit pas Dieu.

Victor Hugo (Actes et paroles)

Il ne faut pas de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires.

Portalis (Discours préliminaire sur le projet de Code civil)

Les rapports entre la technique, fille de la science, et le droit, sont restés inexistant pendant la plus longue période de l'humanité. Cette ignorance, réciproque, se comprenait aisément : qu'aurait pu dire une technique toujours naissante, balbutiante à un droit établi, épanoui depuis l'époque romaine et qui pouvait répondre à toute question, qu'elle soit technique ou non ?

Ce droit dans sa superbe, avait réponse à tout, même en l'absence de loi. « Quand on est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie ». Cette affirmation de principe de Portalis dans son discours préliminaire du Code civil allait aboutir à l'article 4 dudit Code : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Ainsi, le juge doit, sous peine de déni de justice, juger et ce même lorsque la loi ne prévoit rien. Cette hypothèse restait alors très théorique... car quel litige nouveau pourrait-il survenir alors que des siècles de droit et de coutume avaient tout prévu ?

... Portalis, comme les autres, ne s'était pas aperçu que, 10 ans plus tôt (en 1790), l'anglais John Hunter avait pratiqué la première insémination artificielle. Aldous Huxley, en prendra conscience, en 1931 dans son roman « le meilleur des mondes ». Huxley qui, dans sa nouvelle introduction de 1946, précisera que « c'est uniquement au moyen des sciences de la vie, que la qualité de la vie pourra être modifiée radicalement ». Et aucun auteur de science fiction (Huxley y compris) ne pressentira l'informatique, l'Internet... ou le GPS qui envahira soudainement notre vie, sans que nous y ayons été préparés et sans d'ailleurs que les citoyens, blasés j'imagine par la fulgurance des techniques nouvelles, ne s'en émeuvent, ne voyant dans cet outil qu'un moyen de se mieux déplacer.

Mais ce « Global Positioning System » qui, comme son nom l'indique, permet de savoir où se trouve un individu laisse-t-il intact nos libertés, d'autant qu'il s'ajoute à de nombreuses autres techniques de la vie de tous les jours qui peuvent avoir le même effet ?

Quelle doit donc être la position du juriste, du législateur, du juge, face à ce déferlement de moyens techniques nouveaux qui, s'ils sont neutres en eux mêmes, ne le sont pas dans les conséquences, recherchées ou non, de leur utilisation ?

La première certitude est qu'ils ne doivent pas s'engluer dans les querelles dites philosophiques, de technocratie, de technophilie voire de « technolâtrie » d'un côté, de « techno phobie » de l'autre.

La deuxième certitude est que « la science ne pense pas, et ne peut pas penser »¹. Autrement dit : « Ce n'est pas dans la science qu'est le bonheur mais dans l'acquisition de la science »².

La troisième certitude, est la conséquence de la deuxième : si la science est neutre, sa mise en œuvre et son utilisation ne le sont pas. « Quelque soit la puissance de la révolution scientifique l'homme ne doit pas être subsidiaire de la science »³. Cette idée avait déjà été énoncée en 1948 par le doyen Savatier⁴, à propos de la seule biologie : « Le droit aussi est une science de l'homme, c'est-à-dire, de ce complexe de corps et d'esprit ou tout de même l'esprit domine. Et ce n'est pas à la biologie [à la science] de diriger le droit mais au droit de diriger la biologie » [la science].

La quatrième et dernière certitude, enfin, est que le législateur ne doit pas céder à sa propension, devenue récemment malade, de recourir abusivement à la loi. Cette dernière certitude doit être dès à présent explicitée tant elle est importante pour une

¹ Heidegger, Université de Fribourg-en-Brigau, Cours de 1951-1952, repris dans *Qu'appelle-t-on penser ?*

² Edgar Poe.

³ Professeur Mattei, *Le Monde*, 12 octobre 1993.

⁴ D. 1948, 3.

démocratie et tant sa violation par le législateur pollue le fonctionnement normal de nos institutions.

Cette maladie s'explique tout d'abord par la peur des juges qui fut l'un des ferments de la Révolution et qui reste présente, dans le tréfonds des âmes politiques. Cambacérés lui-même le reconnaissait à l'Assemblée : « nous raisonnons tous comme si le législateur était un dieu, et comme si le juge n'était pas même un homme ».

Elle s'explique, ensuite par la célèbre formule de Montesquieu suivant laquelle « il est plus facile de faire des lois nouvelles que d'appliquer les anciennes ».

Cette maladie doit être combattue car la loi ne peut tout prévoir. « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues les maximes générales de droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁵. Il ne faut certes pas de nouvelles lois concernant le droit⁶, mais la massification des possibilités de violation des droits de chacun nécessitera peut-être et même sûrement une réglementation imposant des normes aux serveurs et à toutes les structures d'Internet. La justice ne peut en effet régler toutes les difficultés et apporter des réponses à tout ; elle a pour but de trouver un remède à des comportements anormaux, ou trancher un litige, toutes situations qui doivent donc être exceptionnelles. Le postulat de départ suppose dans ces conditions que la norme soit respectée par la majorité des citoyens. A noter que la « class action » dont dispose la justice américaine serait en partie inutile en notre matière dans laquelle la rapidité de l'intervention du juge est fondamentale. En partie uniquement, car une telle action présente tout de même une vertu préventive certaine qui est de nature à dissuader, compte tenu du caractère collectif de l'action alors ouverte, les auteurs de comportement contestables. Nous sommes par conséquent favorables à l'instauration d'une telle action en droit français.

Notre sujet est limité à la géo-localisation. Nous nous y tiendrons ; cependant l'œil est dans le ciel et regarde la terre ; en géo-localisant, il regarde et il voit. Il voit l'homme et il voit les biens. Il convient de dire un mot sur ce dernier point, qui n'a pas été abordé dans le programme.

Victor Hugo disait en 1832 qu' « Il y a deux choses dans un édifice : son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté à tout le monde ; c'est donc dépasser son droit que le détruire ».

Existe-t-il un droit de propriété sur l'image d'un bien possédé ? L'utilisation de l'image d'un bien sans obtenir voire solliciter l'autorisation de son propriétaire a opposé un temps, la première et la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. La première Chambre, sous le visa de l'article 544 C. civ., avait d'abord retenu que, par principe, « l'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »⁷. Elle a ensuite réduit son exigence en imposant au propriétaire de démontrer le trouble certain porté à son droit d'usage ou de jouissance⁸. Quant à la deuxième Chambre civile, elle a considéré que le motif utilisé par les juges d'appel, selon lequel le *droit à l'image* serait un attribut du droit

⁵ Portalis.

⁶ Portalis, cité en exergue de ce propos.

⁷ Cass. 1^{re} civ. 10 mars 1999, *Café Gondret*, *Bull. civ.*, I, n° 87, D. 1999. 319, concl. J. Sainte-Rose, note E. Agostini, *JCP* 1999. II. 10078, note P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 1999. 859, obs. F. Zénati, Ch. Caron, *Les virtualités dangereuses du droit de propriété*, Defrénois, 1999, art. 37028, p. 897.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 114, *JCP* 2001. II. 10553, note Ch. Caron, *D.* 2001. 1973, note J.-P. Gridel, Defrénois 2002, art. 37497, p. 335, note S. Piedelièvre, *RTD civ.* 2001. 618, note Th. Revet.

de propriété, était « erroné »⁹.

L'Assemblée plénière, le 7 mai 2004¹⁰ a estimé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » et qu'il ne peut « s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers » que s'il en résulte pour lui « un trouble anormal ». Avec cet arrêt, l'image du bien n'appartient pas au propriétaire de celui-ci, mais il peut réagir lorsque la diffusion de cette image est source d'un trouble pour lui. On sait que la publication, sans demande préalable au propriétaire, de la photographie d'une maison du XVIII^e siècle, accompagnée de précisions localisatrices, historiques et architecturales, ne conduit pas à un tel trouble¹¹ lorsqu'il n'est pas démontré que la reproduction perturbe tranquillité et intimité ou permet de redouter un trouble quelconque.

Il n'en demeure pas moins que le développement rapide des techniques et spécialement, de la géo-localisation, est de nature à atteindre un droit reconnu, qui est celui de la vie privée. La règle de droit visant à instaurer ou restaurer un équilibre entre des intérêts qui peuvent diverger, il convient d'observer en quoi la géo-localisation peut porter atteinte à ce droit reconnu et dans quelle mesure l'équilibre souhaité peut être atteint et garanti. La recherche d'équilibre se noue autour d'une relation de type profit-respect : profit pour l'intéressé et la société ; respect de la vie privée et des libertés individuelles.

Avant d'examiner chacune de ces techniques (deuxième partie) il convient de faire le point sur le droit français, celui qui est censé nous protéger (première partie) ; nous pourrions alors savoir si cette protection est satisfaisante et si l'arsenal législatif est suffisant. Nous verrons, ce faisant, que le droit actuel peut répondre aux problèmes posés par ces nouvelles techniques.

I. L'intégration des systèmes de géo-localisation dans le système juridique

Un très rapide mot sur les techniques précédera l'encadrement qu'en réalise le droit.

A/ Les techniques

1/ Des systèmes variés :

Ceux-ci comprennent tous les réseaux sans fils connus (type GSM - *Global System for Mobile Communications*, ou, dérivé de lui, le GPRS - *General Packet Radio Service*, ou encore, les télécommunications par satellite) ; on citera aussi les systèmes de radiofréquence que forment la RFID (Radio Frequency IDentification), « étiquette, dite intelligente, couplée à une antenne est apposée sur un objet, ou un être vivant [qui] peut être autonome d'un point de vue énergétique [car] c'est un champ électromagnétique généré par le lecteur qui lui fournit son alimentation électrique », ce qui génère un « coût relativement bas »¹². Mais on sait aussi que des systèmes se

⁹ Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, *Bull. civ.*, II, n° 175, D. 2003. 2461, note E. Dreyer, Defrénois, 2003, art. 37845, p. 1577, note J.-L. Aubert.

¹⁰ *Bulletin* n° 10, D. 2004. 1545, deux notes, J.-M. Bruguière et E. Dreyer, Defrénois, 2004, art. 38058, p. 1554, note S. Piedelièvre et A. Tenenbaum, *RTD civ.* 2004. 528, note Th. Revet.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2005, *Bull. civ.*, I, n° 297.

¹² <http://www.awt.be/web/res/index.aspx?page=res,fr,fig,130,002>

développent, qui n'opèrent pas de passage par un opérateur téléphonique¹³.

2/ Des dangers différents : la géo-localisation peut intervenir en temps réel ou pas. Le danger en termes de libertés publiques est plus pressant dans le premier cas. Mais le danger, dans les deux cas, est bien celui de l'usage de la géo-localisation confronté aux droits des personnes visées par la mesure, lorsque la technique permet l'exercice d'un contrôle. De la technique on passe alors à la dimension juridique de la question :

B/ Le droit

Le droit est fait de normes résultant de textes fondateurs qui éclairent une interrogation, qui est de savoir si la géo-localisation est ou non un élément de la vie privée, et mettent à disposition un ensemble de moyens destinés à réaliser la règle posée par le droit. Les normes, qui éclairent l'interrogation posée et soutiendront l'analyse, se déclinent en deux points qui sont celui du respect dû à la vie privée, d'une part, du droit de la responsabilité, d'autre part.

1/ Le respect de la vie privée

Il s'agit d'un droit reconnu, assortis de divers moyens destinés à assurer son effectivité.

a/ Un droit reconnu

Selon l'article 9 du Code civil :

« Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

Selon l'article 8 de la Convention EDH :

« Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »¹⁴.

Le droit à la vie privée est également reconnu pour être un droit fondamental, par la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 7 énonce : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

Les Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC) suscitent de nombreuses interrogations quant à la portée de ce droit. En effet, les

¹³ V. <http://www.sigfox.com>

¹⁴ Le paragraphe second de cet article limite les pouvoirs restrictifs de cette liberté, des autorités publiques : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

nouvelles technologies peuvent aujourd'hui collecter automatiquement des données personnelles variées, notamment dans le domaine de la publicité. Dans cette perspective, l'Union européenne est sur le point de réformer les règles de protection des données¹⁵ et Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne en charge de la Justice, propose « quatre piliers » à cette fin :

1. Le « droit d'être oublié ». Ce droit doit contraindre les entreprises à supprimer les données non nécessaires et à ne conserver que celles dont elles (et non les individus) font la preuve de leur utilité ;
2. La « transparence », car les utilisateurs doivent savoir qui recueille les données, à quelles fins et quels sont leurs droits ;
3. La « vie privée par défaut ». Il s'agit de protéger les données d'utilisations autres que celles spécifiées au départ ; une autre fin nécessite un nouveau consentement ;
4. La « protection des données indépendamment du lieu », ce qui suppose des règles de confidentialité communes pour les citoyens européens, peu importe la région du monde où ces données sont recueillies et/ou utilisées.

« Le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un devoir d'abstention : laissez-moi tranquille... demeurer inconnu ; n'être pas épié, suivi, sollicité, questionné, dépeint... ne pas être comptable des actes de son existence quotidienne... »¹⁶.

Cette règle exclut donc la vie publique. Mais des libertés antagonistes peuvent s'opposer frontalement à ce droit, ainsi la liberté de l'information. Et des contrats peuvent par ailleurs entraîner l'abandon d'une partie de ce droit, ainsi l'employeur – spécialement le transporteur, qui peut recourir à un système de géo-localisation (dont il sera question plus loin).

Il faut alors reposer la première question énoncée plus avant :

aa/ La géo-localisation est-elle un élément de la vie privée ?

La réponse à cette interrogation est évidemment positive. La géo-localisation est un élément de la vie privée.

A ce titre, la protection est totale dans un lieu privé. Ainsi, la photographie d'une personne dans son domicile prise depuis la voie publique¹⁷ : « *Considérant que la photographie litigieuse montre M. Roman POLANSKI derrière la vitre de son domicile, alors qu'il n'est pas contesté que le chalet suisse de celui-ci n'a aucun lien avec les faits qui lui sont reprochés ; que la publication d'une telle photographie, peu important ce que celle-ci montre de l'intéressé* » (en l'espèce une petite partie de son visage) « *sans l'accord de M. Roman POLANSKI, a porté atteinte à l'intimité de la vie privée de celui-ci* ».

Arrive alors la seconde interrogation :

ab/ Comment se matérialise l'atteinte au respect de la vie privée ?

A cet égard, le seul empiètement dans la vie privée suffit à démontrer la faute. Mais qu'est que « l'empiètement » ?

La question s'est déjà posée à propos du droit à l'image. La publication d'une telle photographie constitue l'empiètement. Mais en cas de non publication ? Le simple fait de prendre en photographie une personne dans un lieu public constitue-t-il une

¹⁵ Marie-Jo Thiel, dir. du CEERE, membre du GEE, Lettre n° 44 du CEERE Septembre 2011.

¹⁶ J. Carbonnier, PUF, coll. Quadrige, § 279.

¹⁷ CA Paris, 20 octobre 2010, RG n° 10-1832.

atteinte à la vie privée ? La question a été posée à la Cour d'appel de Paris¹⁸ : elle « est de savoir “si toute atteinte au droit à l'image constitue une violation de la vie privée” ou autrement dit, si une personne peut demander la destruction de sa photographie, prise sans son accord, alors que celle-ci a été réalisée dans l'unique but de la produire en justice ». Dans cette affaire, une partie avait photographié l'autre, par un cliché pris dans la rue, afin de montrer au juge que la prétendue immobilisation de celle-ci à son domicile pour raison de santé n'avait en réalité pour finalité que de justifier le comportement de cette dernière qui n'avait pas respecté les conditions de son droit de garde. La cour a considéré « qu'une telle photographie, en dehors de toute utilisation, ne constitue pas en soi une atteinte manifeste à la vie privée » et que, par suite, le conflit entre deux droits d'égale portée (droit à l'image, d'un côté, droit de la défense, de l'autre) supposait une appréciation de la proportionnalité des intérêts en présence et que l'on ne pouvait pas, sans opérer ce contrôle, ordonner la destruction de la photographie litigieuse¹⁹.

« Considérant que la photographie litigieuse montrait l'intéressée, seule, dans une attitude non dévalorisante, vêtue d'une façon banale, en train de marcher, dans une rue et en un lieu indéterminés et indéterminables, seule la date et l'heure de la prise de vue figurant sur le cliché ; qu'une telle photographie, en dehors de toute utilisation, ne constitue pas en soi une atteinte manifeste à la vie privée ;

Considérant que le premier juge, face à un conflit entre deux droits qui s'affrontent, le droit à l'image invoqué par une partie et celui de se défendre en justice allégué par l'autre, ne pouvait ordonner la destruction du cliché sans avoir recherché si l'atteinte au droit à l'image pouvait être justifiée par l'exigence des droits de ladite défense et si elle était proportionnée, au regard des intérêts en présence ».

Le raisonnement suivi dans cette affaire peut-il être utilisé en matière de géo-localisation ? Un citoyen « géo-localisé » pourra-t-il, par le simple fait qu'il a été « géo-localisé », obtenir réparation ? Une réponse affirmative signifierait que tout organisme possédant des informations de géo-localisation devrait les faire disparaître.

Il faut donc nuancer la réponse et effectuer deux recherches cumulatives :

1. Cette information est-elle utilisée ou y a-t-il volonté de l'utiliser ?

2. En cas de réponse affirmative : l'atteinte aux droits de l'intéressé est-elle justifiée ?

Le juge sera par conséquent conduit à apprécier si celui qui a ou qui veut utiliser cette information, bénéficie ou non d'un droit suffisamment fort pour justifier une atteinte aussi grave. Le juge, gardien des libertés individuelles pèsera les droits de chacun et dira si l'atteinte est ou non proportionnée. Et si elle ne l'est pas, le juge des référés pourra prendre les mesures qui s'imposent pour faire « cesser le trouble manifestement illicite » que constitue une telle utilisation, ou pour « prévenir le dommage imminent » que constitue la volonté d'une telle utilisation (art. 809 CPC), au regard des intérêts en présence²⁰.

b/ Les moyens de faire respecter ce droit

Ils sont de deux ordres. Ils résultent de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et de l'intervention possible du juge.

ba/ La CNIL

¹⁸ CA Paris, 06 juillet 2011, RG n° 11-3080.

¹⁹ CA Paris, Pôle 1, Ch. 2, 06 juillet 2011, inédit, n° 11/03080.

²⁰ Rappr. Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-16967 : installation d'un système de vidéo surveillance sans autorisation de la copropriété – trouble manifestement illicite.

Pourquoi une telle commission ? Le rôle de la CNIL, des CNIL des différents pays de la Communauté, s'explique par la massification des utilisations et l'incapacité de la justice à traiter un tel contentieux de masse. On se souvient qu'en début d'année, la CNIL a infligé une amende de 100 000 € à Google pour avoir, grâce à ses « Google 's cars » dans le cadre du service *Google Street View*, collecté des données à l'insu des particuliers (enregistrement de mots de passe, de messageries, d'échanges de courriels,...)²¹.

La loi n° 78-17 du 06 janvier 1978, dite Foyer, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, modifiée en 2004²², insiste sur l'exigence du consentement (art. 6 et art. 7), tout en ménageant des exceptions (art. 8. Par ex., art. 8, 4° : « Les traitements portant sur des données à caractère personnel rendues publiques par la personne concernée »).

L'article 23 de la loi prévoyant que le « demandeur peut mettre en œuvre le traitement [auquel il entend recourir] dès réception [d'un] récépissé » que la CNIL doit lui délivrer « sans délai », il apparaît que la déclaration à la CNIL est un préalable à l'installation d'un système de traitements portant sur des données à caractère personnel.

Article 6

Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes :

1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;

2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV (formalités préalables à la mise en œuvre des traitements) et à la section 1 du chapitre V (obligations incombant aux responsables des traitements) ainsi qu'aux chapitres IX (traitements de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé) et X (traitements de données de santé à des fins d'évaluation ou d'analyse des pratiques ou des activités de soin et de prévention) et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ;

3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;

4° Elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ;

5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

Article 7

Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes :

1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;

2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ;

²¹ *Le Figaro entreprises*, du 22 mars 2011, p. 24.

²² La loi n° 2004-801 du 06 août 2004 a doté la CNIL de pouvoirs de sanctions administratives et pécuniaires importants. Au-delà de l'avertissement, la CNIL peut désormais, après une mise en demeure infructueuse, ordonner une amende et aussi, engager une procédure d'urgence, comme un référé, art. 45 de la loi de 1978. Elle peut encore avertir le procureur de la République d'infractions dont elle aurait connaissance (art.11, Loi de 1978). En outre, « Les infractions aux dispositions de la présente loi sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du code pénal » (art. 50, Loi de 1978). Il s'agit du non accomplissement des formalités déclaratives (art. 226-16 C. pén.) de même que le détournement de finalité (art. 226-21 C. pén.) : la sanction est de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;

4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

5° 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.

bb/ L'intervention du juge

Trois aspects sous la forme de trois questions :

- Juge judiciaire ou juge administratif ?

Selon l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

On perçoit à la simple lecture de cet article que la Constitution ne donne pas au juge judiciaire la fonction de « gardien naturel des libertés individuelles » que la doctrine et la pratique lui attribuent pourtant. De sorte que la question de la compétence du juge administratif en cette matière, s'est récemment posée, à propos du droit voisin de la présomption d'innocence de l'article 9-1 du Code civil. Dans une affaire jugée avant l'été, M. David Sénat, conseiller technique du garde des sceaux, a été présenté par M. Hortefeux ministre de l'intérieur, comme l'auteur de « fuites » au sein du gouvernement. Le juge des référés du TGI de Paris saisi par M. Sénat avait condamné ledit M. Hortefeux à un euro, pour atteinte à la présomption d'innocence. Devant la Cour d'appel le préfet de Paris élevait le conflit (Ordonnance royale du 1^{er} juin 1828) en soutenant que seul le juge administratif pouvait connaître de cette affaire, puisque M. Hortefeux avait tenu ses propos en sa seule qualité de ministre. La Cour d'appel n'a pas été de cet avis et a décidé que le juge judiciaire était compétent même lorsque les propos avaient été tenus en cette qualité²³.

Une question semblable pourrait-elle se poser en notre matière ? On peut sans crainte de se tromper répondre par l'affirmative puisque, comme le disait Portalis si « *la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie* ». On pourrait ajouter que l'imagination de l'homme est, elle aussi, infinie ce que confirme le vieux dicton « *la réalité dépasse la fiction* ».

La réponse à cette question serait donc la même.

- Deuxième question, celle de la compétence territoriale²⁴ de ce juge

L'Internet pose une question judiciaire importante, qui est celle de la compétence territoriale. Il est de principe qu'en matière délictuelle, la juridiction qui connaît du différend, outre celle du lieu du défendeur, peut être celle du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (art. 46 CPC).

Ainsi, en matière délictuelle, la solution est simple : le lieu de référence est celui du dommage.

²³ CA Paris, 29 juin 2011, RG n° 10-24469 et n° 11-3229.

²⁴ Textes : art. 46 CPC, art. 5-3 du Règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (dit Bruxelles I) ; art. 5-3 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, révisée le 30 octobre 2007. V. sur ces points, N. Fricero, *L'essentiel de l'Espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Gualino, coll. Les carrés, 2011, spéc. Chapitre IV, p. 55 et s.

En matière internationale, la question est plus complexe. La deuxième chambre des référés de la cour d'appel de Paris a, en cette matière, rendu de nombreuses décisions « Google » et « eBay »²⁵.

Dans un arrêt du 1^{er} juin 2011 (un français a agi contre la BBC) elle a, comme la Chambre commerciale de la Cour de cassation, exigé que le programme (de la BBC) soit « destiné au public de France

En résumé il y a 3 réponses :

1/ Les majoritaires, dont la cour d'appel Paris (hormis la deuxième chambre précitée) : lieu de l'accessibilité + lien suffisant, substantiel ou significatif avec le territoire français ;

2/ La deuxième chambre de la cour d'appel de Paris précitée : lieu d'accessibilité. Le risque de « forum shopping » est limité par le premier considérant qui précise que le préjudice réparable sera limité à celui subi dans le pays du lieu d'accessibilité (où le dommage a été subi), le préjudice total (mondial) étant apprécié par le juge du domicile du défendeur »²⁶.

3/ La Chambre commerciale, qui exige une destination au « public de France ».

- Troisième question : juge des référés ou juge du fond ?

Un droit qui n'est pas effectif n'est pas un droit. Dans ces matières la prévention du préjudice est évidemment préférable ; et, quand le préjudice est survenu, la réparation de celui-ci consiste plus en une réparation immédiate en nature, qu'en une action en dommages et intérêts. La procédure de référé (qui la plupart du temps) ou (qui hormis le cas de l'article 9, alinéa 2 C. civ.) n'exige pas l'urgence (qui est une notion de droit) mais qui est une procédure rapide sera donc la plus adaptée :

. la prévention, par la sanction du dommage imminent (et les mesures de saisies, séquestres, etc...) ;

. la « réparation » en nature, par la sanction du trouble manifestement illicite (et les mesures de publications, l'euro de dommages et intérêts, etc...).

On rappellera la formulation de l'article 9, alinéa 2 du Code civil, qui montre l'intérêt du recours au référé :

« Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

2/ La responsabilité

a/ La responsabilité résulte, d'abord, de l'atteinte portée à la vie privée.

Fondement : art. 1382 C. civ.

« la seule constatation de l'empiètement emporte présomption de fait qu'il y a préjudice moral et qu'il y a eu faute »²⁷.

Dans l'éventualité d'une société qui passerait un contrat avec un tiers et que ce dernier excèderait ses droits, causant ce faisant un préjudice à autrui, une action en

²⁵ L'une (e-Bay) est commentée (JCP du 22 février 2010, note 216, notamment page 405 C. Chabert) ou encore CA Paris, 02 décembre 2009, RG n°09-12999 ; 16 décembre 2009, RG n° 08-13226.

²⁶ CA Paris, 1^{er} juin 2011, n° RG 10-8236 : « Considérant qu'il résulte de l'article 46 CPC, lorsqu'il s'applique en matière internationale, qu'en matière délictuelle le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur pour obtenir la réparation de l'intégralité de son préjudice, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi pour obtenir réparation du dommage subi dans l'Etat où demeure le demandeur ».

²⁷ J. Carbonnier, *op. cit.*, § 279.

responsabilité serait certes possible contre le contractant indélicat, mais il n'en demeure pas moins que la société a créé le risque. Aussi, une action pourrait-elle être engagée par la victime des faits contre la société, qui tenterait alors de s'exonérer de sa responsabilité par la démonstration de la cause étrangère que représente le comportement de son partenaire contractuel. Le fait d'un tiers ne pourra cependant être totalement exonératoire que s'il présente les caractères d'imprévisibilité (ce qui est douteux dans la situation envisagée) et d'irrésistibilité (ce qui s'appréciera en fonction des mesures mises en place par la société pour éviter l'abus, finalement, commis par le partenaire contractuel).

b/ Mais la responsabilité résulte aussi et ensuite du droit commun de la responsabilité contractuelle lorsque le « serveur » (voire l'hébergeur) commet une erreur volontaire ou non de la géo-localisation.

Il s'agit alors de savoir si l'obligation qui est celle du fournisseur est de moyens ou de résultat.

Dans un litige concernant l'accès à des services Internet, un contrat prévoyait, sous la rubrique « responsabilité », que « Vous reconnaissez, notamment compte tenu de la nature même du réseau donnant accès à l'Internet et des interventions nécessaires pour assurer son fonctionnement et sa qualité, qu'aucune garantie quelle qu'elle soit, expresse ou implicite, notamment quant à l'absence d'interruption ou d'erreur du service AOL ou aux performances et aux résultats découlant de l'utilisation de celui-ci ne vous est donnée par AOL. En particulier, AOL ne peut offrir et n'offre pas la garantie que vous pourrez vous connecter au service AOL où et quand vous l'aurez choisi pour des raisons et contraintes liées au réseau lui-même. Toutefois, AOL fera ses meilleurs efforts pour assurer la fourniture de l'accès au service AOL ».

La Cour de cassation a estimé qu'une telle clause « n'avait d'autre finalité que de limiter la responsabilité du fournisseur et d'exclure a priori toute garantie en cas de mauvais fonctionnement dans l'utilisation du service d'AOL ». Elle approuve la cour d'appel d'avoir considéré que cette clause « dégageait la société AOL de son obligation essentielle, justement qualifiée d'obligation de résultat » d'assurer effectivement l'accès au service promis et qu'elle était donc abusive²⁸.

c/ La situation n'est pourtant par tout à fait la même ici, car il faut compter avec l'impact produit par le caractère militaire de la source :

En effet, le GPS est un système qui avait été développé pour les militaires américains. Dans cette perspective, certaines informations peuvent être volontairement dégradées par l'organe de gestion du système et, ainsi, limiter l'usage en termes de précision maximale, aux seuls détenteurs de codes particuliers. Après l'accident du *Vol 007 Korean Airlines*, abattu par un chasseur de l'Union soviétique le 1^{er} septembre 1983 pour avoir violé l'espace aérien soviétique, le président Ronald Reagan, a décidé d'ouvrir la technologie GPS à l'usage civil. Mais pendant longtemps, les civils n'avaient accès qu'à une précision de l'ordre de 100 mètres ; jusqu'à une décision du président Bill Clinton, qui en 2000, a largement ouvert le service.

Des considérations d'intérêt national pourraient cependant conduire à une limitation, temporaire ou non, ciblée ou non, du service. En cas de conséquence dramatique (une personne, faisant confiance à son GPS provisoirement crypté sur une zone, qui

²⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, inédit au Bulletin, pourvoi n° 05-20.637.

tomberait dans un ravin en pensant s'engager sur une route), les considérations d'intérêt public et la puissance de la souveraineté de l'Etat, seraient de nature à empêcher la mise en œuvre de toute responsabilité pour la victime d'un tel événement. En dehors de ce cas, on dira que son usage est gratuit (sauf l'achat de l'appareil de base) mais n'offre pas de garantie ni de responsabilité en cas d'accident, contre le Département de la Défense américain, qui gère le système. Cet outil n'est qu'une aide et non un moyen de navigation fiable à 100%.

II. Les techniques de géo-localisation et les atteintes possibles à nos libertés

Le 21 juin 1943, le Comité sur la radio goniométrie change de nom pour devenir le Comité sur le radar. Nous sommes dans la période de l'occupation ; il s'agit, pour les autorités illégitimes, de lutter contre les résistants.

Depuis, les techniques ont évolué et, parmi tous les moyens que nous évoquerons, la localisation est un effet toujours possible des moyens disponibles. Ceci étant, du point de vue de la visée qui anime celui qui fait appel à ce moyen technique, la localisation n'est pas forcément l'objectif recherché. Il est même des situations pour lesquelles la réponse à cette question du but recherché dépend en réalité de l'utilisateur : que l'on songe à « google earth » qui permet de cibler un endroit précis, et par exemple, d'observer son « chez soi » (comme d'ailleurs et certes, le « chez les autres ») à la manière de Yann Arthus-Bertrand, càd depuis le ciel !

Nous distinguerons les cas dans lesquels la géo-localisation est le but recherché de ceux pour lesquels elle ne l'est pas.

A/ La géo-localisation est le but recherché

Le but recherché étant clair, le droit se doit de vérifier le respect du consentement de la personne directement concernée par l'utilisation de la technique de géo-localisation. A défaut, ce serait faire de l'individu un simple objet de la technique, à la manière de ce qu'écrivait André Gide, dans *Les nourritures terrestres*, à propos d'un voyage en mer²⁹ :

« Inertie de moi : qu'y suis-je ? – Un bouchon – un pauvre bouchon sur les flots.
Abandon à l'oubli des vagues ; volupté du renoncement ; être une chose ».

L'objectif de géo-localisation est parfois accepté par l'intéressé, voire réputé l'être. Il est, d'autres fois, imposé à l'individu ; c'est alors la dimension pénale de la question qui domine.

1/ Consentement donné ou réputé donné

Plusieurs situations doivent être analysées.

a°/ Les transports

L'utilisation de la géo-localisation en droit du travail n'est pas sans conséquence.

En l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation, on peut observer les décisions rendues par les cours d'appel (inédites), qui montrent que le contentieux de la

²⁹ Livre VII^e.

géo-localisation porte fréquemment sur la durée du temps de travail et les déplacements réalisés. La question est celle de l'équilibre entre l'utilisation du GPS comme moyen de preuve et sa portée en termes d'atteinte à la vie privée du salarié. Dans un intéressant arrêt, la CA Paris³⁰ montre les limites légales apportées à cet usage : dans cette affaire, l'employeur avait versé aux débats des éléments provenant du système de géo-localisation équipant ses véhicules. Le salarié contestait la licéité de l'installation du dispositif sur le véhicule qu'il utilisait. La cour a vérifié cette licéité en indiquant que l'employeur justifiait de l'accord préalable des délégués du personnel, de l'information personnelle et préalable du salarié, ainsi que d'une déclaration simplifiée numéro 51 à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Mais les juges ont constaté que, dans ce dossier, l'employeur n'avait pas expressément déclaré à la Commission nationale de l'informatique et des libertés qu'il entendait utiliser le système de géo-localisation à des fins de surveillance des salariés. Ceci est possible, mais **doit** être précisé dans la déclaration³¹. Or, « l'article 2 de la norme simplifiée numéro 51 n'autorise pas l'utilisation du GPS à des fins de surveillance des déplacements des salariés mais prévoit uniquement que le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, à condition que ce suivi ne puisse être réalisé par d'autres moyens ; qu'en outre, la finalité de l'installation du GPS sur les véhicules de société, telle qu'annoncée par la société [...] aux délégués du personnel et aux salariés, se limitait à une optimisation du service client et de la répartition des tâches entre les employés ». Ainsi, les relevés GPS versés aux débats ont été écartés des débats et ont été tenus pour constituer « un moyen de preuve illégal ».

On ajoutera que la mise en place d'un tel système par l'employeur ne doit pas se limiter, sans raison, à un seul salarié. Une cour a pu considérer que la mesure, alliée à d'autres faits, lui permet de présumer la réalité d'un harcèlement³². Finalité/proportionnalité ; information/consentement ; voilà les éléments qui forment la clé de lecture de la jurisprudence des cours rendues depuis le début de l'année 2011.

Aux Etats-Unis, le phénomène prend de l'ampleur, et met en évidence les tensions entre le droit de propriété de l'employeur et le droit à la vie privée des salariés. Un article paru en 2001 dans le *Washington Journal of Law* indique que les procédures engagées à l'encontre de l'usage, par un employeur, du système de GPS, ne connaissent guère de réussite, mais que les plaintes des employés sont en progression constante³³. On perçoit aussi que la question de l'information et du consentement des employés est déterminante. Ainsi, en Californie, la mise en place d'un système de géo-localisation sans le consentement de la personne concernée est un délit et, dans le Connecticut, il est interdit de mettre en place un tel système de contrôle électronique des personnes qui en sont l'objet, sans les avoir préalablement informées³⁴.

Le système n'est cependant pas forcément à l'avantage exclusif de l'employeur qui le

³⁰ Pôle 6, Ch. 10, 28 juin 2011, inédit, n° 09/08641.

³¹ Pour les déclarations (art. 23) et déclarations simplifiées (art. 24), voir la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée.

³² Montpellier, Ch. soc. 4, 16 février 2011, inédit, n° 10/03667.

³³ Kendra Rosenberg, *Location surveillance by GPS : balancing an employer's business interest with employee privacy*, *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, vol. 6, Issue 2 autumn 2010, p. 143 et s., disponible sur : digital.lib.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/479

³⁴ *Ibid.*, p. 149.

met en place : le salarié peut utiliser les données recueillies pour appuyer sa demande (par ex. en vue de démontrer la réalisation d'heures supplémentaires³⁵).

b°/ Le GPS : on citera « iAd » (Apple) qui permet de communiquer des références de magasins à proximité de l'utilisateur, « Around me » qui permet de repérer des points d'intérêt proche de l'utilisateur. Plus troublant, « Sense Networks », de la société Macrosense. Il s'agit de géo-localiser « socialement » les personnes selon l'âge, le sexe, la situation financière, pour définir les zones d'occupation ou de déplacement des profils ainsi sélectionnés³⁶.

c°/ La protection de l'individu

Dans cette perspective de protection, il est des degrés dans l'utilisation de la technique, de la surveillance des nourrissons, au fait de « pucer » les enfants (une crèche à Paris aurait prévu d'installer un système de puce intégrée dans les vêtements des enfants³⁷ ; on imagine la perception de la chose par un adolescent...), jusqu'au troisième voire au quatrième âge, qui n'est pas en reste, avec la technologie de l'appel au secours (sous forme de bracelet-montre) où le consentement de l'intéressé ne pose en réalité pas de souci, sans omettre la surveillance d'une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer³⁸.

Cette finalité de protection est aussi dans la raison d'être de l'*e-call* (appel d'urgence), qui vise à localiser un véhicule, pour pouvoir intervenir d'urgence en cas d'accident de la circulation.

Enfin, le *tracking* est quant à lui tourné vers les biens et non les personnes : il a pour objet de géo-localiser un véhicule pour le suivre ou le retrouver en cas de vol.

Dans les trois derniers cas qui viennent d'être énoncés, il s'agit de retrouver un véhicule ou de porter assistance à une personne, et dans chacun de ces cas, l'opération est mise en œuvre de manière à la fois ponctuelle et à la demande de la personne concernée.

Les cas qui précèdent ces hypothèses posent plus de questions en termes de libertés publiques. On peut mettre à part la question des puces injectées pour les entrées et consommations dans les boîtes de nuit : cet usage biométrique n'est pas de la science-fiction, l'expérience a été tentée dans une boîte de nuit de Barcelone (*Baja Beach Club*) pour proposer l'implantation de puces sous-cutanées à radiofréquence, ayant une fonction de porte-monnaie électronique. Entre l'aspect intrusif de ce geste et l'avantage obtenu, le bénéfice est ridicule. L'atteinte apportée au corps humain est ici injustifiable (art. 16-3 C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »).

2/ Consentement imposé : la matière pénale

Nous aborderons ici certains éléments, et évoquerons simplement le système anglais qui consiste à relier tous les véhicules de police et les très nombreuses caméras du Royaume à un ordinateur central, permettant à la police, en temps réel, de faire toutes

³⁵ CA Rennes, Ch. 8, 18 mars 2011, inédit, n° 157, 09/06999.

³⁶ A. Türk, page 75.

³⁷ A. Türk, page 62.

³⁸ A. Türk, page 63.

sortes de contrôles. Nous rappellerons aussi qu'en cette période de commémoration du dixième anniversaire de l'attaque contre les Tours jumelles de New-York, les législations pénales ont beaucoup évolué sous l'influence du terrorisme.

a/ Surveillance électronique et surveillance électronique mobile. Le second de ces systèmes implique, plus que le premier, le traitement de données à caractère personnel. Apparaissent à l'article R. 61-14, 10° CPP, parmi les catégories d'informations enregistrées dans le traitement : « Les coordonnées de géo-localisation des zones d'exclusion, des zones tampon et des zones d'inclusion, ainsi que les horaires d'assignation »

Mais en cas de recherche de l'individu, la géo-localisation par son portable est possible et est effectuée³⁹.

b/ Quelle est ici l'étendue du consentement recherché ? Le prévenu doit, selon le Code pénal, donner son « accord » au placement sous surveillance électronique ; accord vraiment libre !!

L'article 132-26-1 du Code pénal prévoit que, « Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement [...], elle peut décider que la peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime du placement sous surveillance électronique à l'égard du condamné [qui répond à certaines conditions, par ex. fait preuve d'assiduité à une formation professionnelle] ». Mais :

« La décision de placement sous surveillance électronique ne peut être prise qu'avec l'accord du prévenu préalablement informé qu'il peut demander à être assisté par son avocat, le cas échéant désigné d'office par le bâtonnier à sa demande, avant de donner son accord. S'il s'agit d'un mineur non émancipé, cette décision ne peut être prise qu'avec l'accord des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale.

c/ LAPI : il s'agit d'un système de Lecteur Automatisé des Plaques d'Immatriculation, permettant en réalité d'aller au-delà de la seule plaque : le dispositif vidéo embarqué dans les véhicules de police prennent aussi la photographie des occupants du véhicule⁴⁰.

B/ La géo-localisation n'est pas le but recherché

La géo-localisation n'est pas le but recherché, mais les techniques permettent, le cas échéant, d'observer ou d'extraire ladite localisation !

Il s'agit du téléphone mobile : le responsable du système peut exercer un contrôle, qui sera « décalé » dans le temps, étant entendu que le contrôle en temps réel est plus attentatoire à la liberté individuelle⁴¹.

Il en va de même des cartes bancaires, du télépéage autoroutier, de la carte « passe navigo », du péage automatique (mis en place à Londres), ou encore, du « Smart

³⁹ Par ex. pour retrouver un évadé : CA Caen, Chambre des appels correctionnels, 20 avril 2011, inédit, n° 11/00356 & n° 11/00393 ; pour tenter de retrouver le voleur d'un téléphone portable : 25 mars 2011, inédit, n° 09/01248 & n° 11/00287 ; pour démontrer la présence d'une personne sur les lieux d'un accident : CA Chambéry, Chambre des appels correctionnels, 15 décembre 2010, inédit, n° 10/00410.

⁴⁰ A. Türk, page 75.

⁴¹ A. Türk, page 55. Selon le journal « Global Times » du jeudi 3 mars 2011, les autorités pékinoises vont tester un système permettant de localiser instantanément les 17 millions d'utilisateurs de téléphones portables de l'opérateur *China Mobile* et de suivre à la trace leurs mouvements dans la capitale (*Le Monde*, 05 mars 2011, p. 2).

gride » qui est un réseau de distribution électrique intelligent, permettant à l'opérateur de savoir si, au vu de la consommation, l'occupant est présent ou non et ainsi, « optimiser la production et l'acheminement de l'électricité »⁴². Dans une même perspective d'optimisation économique, les dispositifs PAYD ainsi dénommés selon « le terme anglais générique de *Pay As You Drive* (PAYD) n'ont pas la géo-localisation pour but, mais utilisent cette technique pour vérifier le kilométrage, la durée de temps de conduite, les périodes de conduite, voire la vitesse des véhicules. Ils peuvent, en outre, être couplés avec des capteurs renseignant notamment sur la façon de conduire »⁴³. Le but poursuivi est d'utiliser ces paramètres pour calculer la prime d'assurance due. Une délibération de la CNIL n° 2005-278 du 17 novembre 2005, avait refusé d'autoriser « un traitement basé sur la géo-localisation des véhicules dans la mesure où il supposait le traitement, par l'assureur, d'infractions relatives aux violations des limitations de vitesse, ce que ne permet pas l'article 9 de la loi de 1978, qui réserve ce type de traitement à des personnes morales gérant un service public. Par ailleurs, la Commission avait considéré que la collecte et la conservation systématiques de données relatives à la localisation des véhicules utilisés à titre privé à des fins de modulation de tarifs d'assurance automobile était de nature à porter atteinte à la liberté d'aller et venir anonymement dans des proportions injustifiées »⁴⁴. En 2010, elle l'autorise, à condition que « les infractions éventuelles ne doivent pas être identifiées et que seul le traitement de la vitesse moyenne peut être, le cas échéant, réalisé ». La durée de conservation des données de géo-localisation doit, quant à elle, être limitée à ce qui est utile au but recherché.

C'est ainsi que la CNIL avait, par une Délibération n° 2009-266 du 7 mai 2009 autorisé la mise en œuvre par la société *Total Raffinage Marketing* d'un transfert de données à caractère personnel hors de l'Union Européenne, qui comportait, s'agissant de moyens de déplacement des personnes, les données de géo-localisation, l'historique des déplacements, la vitesse de circulation, le nombre de kilomètres parcourus, les durées d'utilisation du véhicule, le temps de conduite ainsi que le nombre d'arrêts).

On peut alors dessiner les différents consentements qui s'expriment au fur et à mesure des techniques rencontrées :

Consentement « décalé » : comme dans le cas des mobiles ;

Consentements « forcés » : comme l'impose la matière pénale ;

Consentements « surpris » : comme le permettent les systèmes navigo ou Payd.

La CNIL « insiste sur les principes de proportionnalité et de finalité des contrôles mis en œuvre »⁴⁵. Elle a d'ailleurs mené une série de contrôles sur place afin de vérifier la conformité de ces traitements à la loi « informatique et libertés »⁴⁶. Le risque, qui est

⁴² A. Türk, page 56.

⁴³ Délibération de la CNIL, n° 2010-096 du 8 avril 2010 *portant recommandation relative à la mise en œuvre, par les compagnies d'assurance et les constructeurs automobiles, de dispositifs de géo-localisation embarqués dans les véhicules.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Marie-Pierre Fenoll-Trousseau, *Les nouveaux enjeux de la cybersurveillance*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2007, prat. 10.

⁴⁶ C'est ainsi que ces contrôles « ont révélé divers manquements comme la collecte de données Wi-Fi à l'insu des personnes concernées et la captation de données dite « de contenu » (identifiants, mots de passe, données de connexion, échanges de courriels). La CNIL a donc mis en demeure la société Google, en mai 2010, de régulariser sa situation. Estimant qu'il n'avait pas été répondu à ses demandes dans les délais impartis, la formation contentieuse de la CNIL a prononcé à l'encontre de la société, le

bien réel, est celui du traçage systématique de chaque individu. Le « technomonde nous invite ainsi à réfléchir sur la place de l'État, sur les moyens de résister à l'impuissance démocratique et sur l'ordre du droit »⁴⁷.

Le Code civil du Québec, l'un des plus récents Code civil, aborde la question de manière originale :

Art. 35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci y consente ou sans que la loi l'autorise.

Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

Art. 36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit ;

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée ;

3° **Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés ;**

4° **Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit ;**

5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public ;

6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

Art. 37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.

La difficulté est aussi celle de l'habitude, que permet une intrusion technologie feutrée, qui conduit à baisser sa garde et amène à ne voir que les avantages et le confort de la technique plus que les risques de déviance dans l'utilisation des procédés. La société de *Big Brother* est-elle devant nous ?

Non ; nous y sommes !

17 mars 2011, une amende de 100 000 €. La formation contentieuse de la CNIL relève que Google a pris l'engagement de cesser la collecte de données Wi-Fi par ses « Google cars » et de supprimer les données de contenu enregistrées selon elle par erreur. En revanche, elle constate qu'elle n'a pas renoncé à utiliser les données identifiant les points d'accès Wi-Fi de particuliers à leur insu. En effet, cette collecte n'est aujourd'hui plus réalisée par les « Google cars », mais s'opère directement par le biais des terminaux mobiles des utilisateurs se connectant au service de géo-localisation Latitude (*smartphones*, etc.), et ce à leur insu. La CNIL considère que ce défaut d'information constitue une collecte déloyale au sens de la loi, qui était déjà à l'œuvre avec les « Google cars », *Dépêches Juris-Classeur*, 31 mars 2011, 292.

⁴⁷ Valérie Lasserre-Kiesow, *Droit et technique*, JCP G, 24 janvier 2011, 93.