

Deuxième partie : La protection a posteriori

Il est difficile pour l'individu de pouvoir s'opposer à la collecte ou au traitement de ses D.C.P. C'est bien après la réalisation de l'atteinte que la victime aura vocation à intervenir.

Les victimes qui souhaitent voir leur préjudice réparé se heurtent à la difficulté de l'engagement de la responsabilité civile devant les tribunaux étatiques d'une part (Section 1), et à la difficulté du recours à l'arbitrage d'autre part (Section 2).

Section 1 : La difficulté de l'engagement de la responsabilité civile

Partant des transactions dans le commerce électronique, et vu la particularité de la relation entre les intervenants en matière de protection des D.C.P., l'engagement de la responsabilité des responsables du traitement devient difficile, car, malgré l'existence de **deux** fondements pour engager leur responsabilité (A), sa mise en œuvre est compliquée et difficile(B).

A- Les fondements de la responsabilité

La faute (1) constitue un fondement incontestable pour engager la responsabilité du responsable du traitement. Par ailleurs, **le droit subjectif** (2) offre à la victime un autre fondement qui demeure possible.

1- La faute ou la responsabilité délictuelle

L'article 82 C.O.C. dispose que « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause **sciemment** et **volontairement** à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer le dommage résultant de son fait, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe...».

L'article 83 ajoute que « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe... ».

La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage ».

Ces deux textes constituent la base légale de la responsabilité délictuelle en droit tunisien. En effet, pour que la victime obtienne réparation, elle doit prouver qu'elle a subi un préjudice causé par le fait ou la faute d'autrui.

On en déduit que si le responsable du traitement manque à ses obligations en causant préjudice à la personne concernée, ce dernier peut intenter une action en responsabilité délictuelle pour la réparation du dommage. Mais encore, faut-il qu'il prouve **la faute** du responsable du traitement, le **préjudice** et le **lien de causalité**.

La preuve pouvant être ramenée par tous les moyens étant donné qu'il s'agit de prouver un fait juridique.

La faute peut prendre soit la forme d'un fait **positif** comme la collecte déloyale, le traitement déloyal, la divulgation non autorisée des données ou le détournement de finalité, soit la forme d'un fait **négatif** telle que le défaut d'information lors de la collecte des données ou le refus de permission d'exercer le droit d'accès et de rectification.

Le deuxième élément pour engager la responsabilité est **la réalisation d'un préjudice** à la personne concernée. Le préjudice peut être moral ou matériel vu la valeur marchande qu'acquière les D.C.P. L'indemnité allouée doit réparer tout le dommage. La victime ne doit ni souffrir du dommage ni s'enrichir de la réparation.

Le troisième élément de la responsabilité est **le lien de causalité entre la faute et le préjudice**. C'est le lien de cause à effet entre le fait générateur de responsabilité et le dommage dont il est demandé réparation.

Cependant, les inconvénients de l'action fondée sur l'art 82 sont multiples.

D'abord, on sait que les audiences lors des jugements sont publiques outre que ces jugements peuvent être publiés. Dès lors, la victime d'une divulgation de ses données sera doublement lésée s'il intente une telle action puisque ses données, qui sont déjà divulguées, feront l'objet d'un jugement publié.

Ensuite, il paraît difficile de prouver la faute du responsable du traitement surtout lorsque le dommage est dû à une abstention telle que le défaut d'information.

Enfin, le recours ouvert à la victime n'est possible qu'après avoir subi un préjudice, alors qu'il vaut mieux éviter le dommage que de le réparer. Dans ce cas, le recours au référé peut être une solution efficace dès que ses deux conditions, à savoir l'urgence et de ne pas toucher au fond, sont réunies.

C'est une mesure plus simple et efficace contrairement à l'action en responsabilité qui s'avère complexe, coûteuse, voire même inefficace dans certains cas. L'intervention rapide du juge des référés permet d'éviter le pire.

Tout en affirmant la possibilité pour la victime de fonder son action sur la faute, une partie de la doctrine insiste sur l'idée que la victime possède un droit subjectif qui lui facilite la tâche de demander dommages et intérêts.

2- Le droit subjectif

Au-delà des règles de la responsabilité délictuelle, il convient mieux, afin d'assurer une protection plus efficace, d'ériger l'intérêt que possède toute personne au secret de sa vie privée en un droit subjectif.

L'article premier de la loi 2004 en disposant que « Toute personne a le droit à la protection des données à caractère personnel relatives à sa vie privée comme étant l'un des droits fondamentaux garantis par la constitution et ne peuvent être traitées que dans le cadre de la transparence, la loyauté et le respect de la dignité humaine et conformément aux dispositions de la présente loi » il consacre un droit subjectif de protection des D.C.P.

Bien que les définitions du droit subjectif soient différentes, elles s'accordent à ce que la victime d'une atteinte à ses D.C.P., n'a pas besoin de prouver la faute d'autrui pour engager la responsabilité de l'auteur de l'atteinte. En effet, l'article 1 de la loi 2004 ne mentionne pas la faute comme condition d'engagement de la responsabilité en cas d'atteinte au D.C.P.

L'article 1 de la loi 2004 va jusqu'à considérer qu'il s'agit d'un droit fondamental et que le traitement des D.C.P. doit se faire conformément aux dispositions de la loi. Or, on a vu que, à plusieurs reprises, la loi prévoit quelques exceptions qui peuvent atténuer cette protection, ce qui accentue la crainte que la protection des D.C.P. devienne "une caricature illusoire des droits subjectifs traditionnels".

Il faut, en effet, remarquer que les deux modes de protection, à savoir la responsabilité délictuelle et le droit subjectif ne s'excluent pas. La victime d'une atteinte aux D.C.P. peut exercer simultanément une action en justice fondée sur le droit subjectif ayant pour objet de mettre fin à l'atteinte, et une autre action en dommages et intérêts, fondée sur la faute de l'auteur de l'atteinte. Mais, vu l'aspect international du commerce électronique, il n'est pas toujours facile de mettre en œuvre cette action.

B- Difficulté de la mise en œuvre de la responsabilité

La complexité consécutive de l'extranéité de l'Internet, ne permet guère à l'internaute de prévoir le cadre législatif auquel il doit conformer son comportement sur le web. Les utilisateurs du réseau mondial sont amenés à s'interroger alors sur le **jug**e compétent lors du litige ainsi que sur la **loi** applicable à ce litige.

Le droit international privé est invité donc à gérer le trafic incité par les réseaux électroniques lorsqu'il s'agit par exemple d'une opération de commerce électronique. Puisque ce commerce est par nature transfrontalier.

1- La compétence judiciaire

Le législateur tunisien a réglementé la question de la compétence judiciaire dans le code de droit international privé (C.D.I.P.), promulgué par la loi n° 97 du 27 novembre 1998. Les articles de 2 à 9 déterminent les chefs de compétence des tribunaux tunisiens.

L'article 3 C.D.I.P. consacre la compétence ordinaire des tribunaux tunisiens lorsque le domicile du défendeur est situé sur le territoire tunisien.

Cette solution est préjudiciable à la victime d'une atteinte aux D.C.P. en matière de commerce électronique car la victime se trouve souvent obligée de se déplacer d'un continent à un autre pour intenter son action.

L'article 4 C.D.I.P. précise que les tribunaux tunisiens deviennent compétents si le défendeur, non domicilié en Tunisie, accepte d'être jugé par elles.

Cette acceptation peut être soit expresse soit tacite si le défendeur ne conteste pas la compétence des tribunaux tunisiens.

L'article 5 C.D.I.P. est d'une grande importance pour la protection des D.C.P dans le commerce électronique ; son alinéa premier dispose que «Les juridictions tunisiennes connaissent également des actions relatives à la responsabilité civile délictuelle si le fait générateur de responsabilité ou le préjudice est survenu sur le territoire tunisien ».

Cet article offre à la victime une option. En effet, elle dispose d'un choix entre le lieu du fait générateur de la responsabilité et le lieu où le préjudice est survenu.

Toutefois, le problème réside dans la délocalisation du préjudice et notre Code ignore cette éventualité.

La Cour de Justice des Communautés Européennes, aboutit à une «universalisation de la compétence des tribunaux dès lors que l'acte litigieux a été commis sur le réseau».

La jurisprudence française a affirmé cette position dans la fameuse affaire Yahoo¹.

Cette solution aboutit à admettre que la victime peut intenter son action devant n'importe quelle juridiction.

La difficulté que rencontre la victime de l'atteinte aux D.C.P., en matière de commerce électronique ne s'arrête pas au niveau de la consultation du juge compétent, mais s'étend lors de **l'exécution de la décision du juge**, surtout lorsque cette décision a été rendue dans un Etat autre que celui dans lequel elle devra être exécutée. Il s'agit du problème de **l'exequatur**.

L'exequatur est l'ensemble des règles qui ont pour objet de conférer à un jugement étranger une force exécutoire sur le territoire du for².

2- La loi applicable

La difficulté de la détermination du juge compétent est doublée par celle que trouve le juge pour déterminer la loi applicable au litige. En effet, dans une opération simple du commerce électronique, trois types d'acteurs y participent. Le fournisseur de bien ou de service, le client et un ensemble d'intermédiaires comme le fournisseur d'accès ou le serveur web. Ces personnes, qu'elles soient physiques ou morales, résident souvent dans des Etats différents. Cela aboutit à ce que le moindre litige entre deux intervenants sur le net aura pour conséquence un conflit de loi.

La compétence du juge du for (le juge tunisien par exemple) n'implique pas forcément l'application au fond de la lex fori (la loi du for, la loi

¹ Cette décision résulte d'une action en justice intentée par la LICRA (Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme) et l'UEJF (Union des Etudiants Juifs de France) à l'encontre de Yahoo.Inc pour le site [Yahoo.com] et Yahoo France pour le site [Yahoo.fr].

Il était reproché à Yahoo son service de vente aux enchères qui a proposé à la vente des objets nazis.

² En droit international privé, le for c'est le tribunal devant lequel l'affaire a été portée. L'exequatur se définit comme une procédure par laquelle une partie demande à une juridiction quelconque (juridiction du for, la juridiction tunisienne par exemple) de conférer, sur son territoire (le territoire tunisien), l'exécution à une décision de justice étrangère.

tunisienne par exemple), et vice versa. Dans une affaire de droit international privé, le juge va consulter sa propre règle de conflit pour déterminer la loi applicable. La règle de conflit est « une norme juridique qui désigne la règle à régir un litige comportant un élément d'extranéité par référence à un élément de rattachement »³.

L'article 70 alinéa 1^{er} C.D.I.P. dispose que « La responsabilité extracontractuelle est soumise à la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'est produit le fait dommageable.

Toutefois, si le dommage s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable à la demande de la victime ...».

Cet article consacre, en principe, la *lex loci delicti*. Toutefois, il laisse la possibilité à la victime, si le dommage s'est produit dans un autre Etat, d'exiger l'application du droit de cet Etat.

La mise en œuvre de cette règle dans le commerce électronique paraît difficile. En fait, le dommage causé par l'atteinte aux D.C.P. peut survenir partout dans le monde et dans ce cas, on ne peut pas voir toutes les lois du monde s'appliquer en une même affaire.

Dans ce contexte, la Cour d'appel de Paris a déclaré que « La publication d'un texte sur un site Internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressé à un destinataire précis. Ainsi par la nature même du support la possibilité d'accès est universelle, il ne saurait cependant en résulter une applicabilité de tous les droits existants au contenu du texte ce qui aboutirait à créer une totale insécurité juridique...».

L'article 70 alinéa premier C.D.I.P. déclare applicable la loi du lieu du fait générateur de la responsabilité. Il en résulte qu'un site égyptien ayant collecté et divulgué des données d'un tunisien va se voir appliquer la loi égyptienne qui ne condamne pas ces pratiques. Il est clair alors, que l'application de la loi du pays du fait générateur permettrait des abus.

Devant l'échec de la méthode conflictuelle traditionnelle, la doctrine affirme « qu'une véritable *lex electronica*...est en train de se développer ».

³ La règle de conflit de lois est une règle abstraite, indirecte (elle ne permet pas de résoudre la question de fond posée, mais uniquement de déterminer la loi compétente pour résoudre cette question de droit substantiel), et neutre (la solution substantielle n'est pas prise en compte dans la détermination de la loi)

Il s'agit d'un ensemble des normes juridiques applicable dans le commerce électronique international.

Ainsi définies, les règles de la lex electronica seront des règles spontanées qui n'ont pas une origine étatique mais plutôt, ce sont les acteurs du commerce électronique qui vont les édicter.

Parmi les procédures qui dégagent des règles de lex electronica, il y'a l'arbitrage en matière de commerce électronique.

Section 2- La difficulté du recours à l'arbitrage