

REVUE LAMY

Droit de l'immatériel

Cloud computing et droit, retour sur une année de grands changements

Par *Éric LE QUELLENEC* avec *Laurence HUIN, Arthur BENCHETRIT, Daniel KORABELNIKOV*

– Spamalot ou la quête des consentements nécessaires au filtrage des courriers électroniques
Par Claude-Étienne ARMINGAUD et Clara SCHMIT

– La vente de lecteurs multimédia qualifiée de « communication au public »
Pierre Xavier CHOMIAC DE SAS

– L'itinérance en 2017 : une application de la neutralité du net *Par Claudine GUERRIER*

– La blockchain : un secteur encore en phase d'exploration, mais très prometteur
Par Gaëlle MARRAUD DES GROTTES

– Retour sur la création de l'action de groupe en matière de données personnelles en droit français
Par Christine GATEAU et Pauline FARON

– Consultation habituelle de sites internet terroristes (suite) *Par Emmanuel DERIEUX*

138 | MENSUEL
JUN 2017

Retour sur la création de l'action de groupe en matière de données personnelles en droit français

L'action de groupe instaurée par la « loi Hamon » a constitué une avancée majeure. Elle a été consacrée en matière de protection des données personnelles par la loi « pour la modernisation de la justice du XXI^e siècle ». Elle s'imposait car, avec le développement des nouvelles technologies, les utilisateurs sont amenés à partager de plus en plus leurs données personnelles en ligne.



Par Christine GATEAU

Avocat associé
Hogan Lovells (Paris) LLP



Et Pauline FARON

Avocat
Hogan Lovells (Paris) LLP

→ RLDI 5018

Depuis le 17 mars 2014 et l'adoption de la loi dite « Hamon »⁽¹⁾, le droit français dispose désormais d'une action de groupe. Introduite au sein du Code de la consommation⁽²⁾, le législateur l'avait toutefois dotée d'un champ d'application volontairement limité puisqu'elle ne s'appliquait qu'aux « préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles », soit à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, soit lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles. La question s'est donc rapidement posée de savoir s'il ne faudrait pas étendre le champ d'application de l'action de groupe à d'autres domaines.

Avec le développement des nouvelles technologies, les utilisateurs sont amenés à partager de plus en plus leurs données personnelles en ligne. Face aux diverses cyberattaques et autres failles de sécurité qui se sont produites ces dernières années, l'idée a commencé à germer de créer en France une action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel. Restait toutefois à en déterminer le cadre et les conditions d'application. La chose n'était pas aisée dans la mesure où, en cas de violation par un professionnel de ses obligations en matière de protection des données personnelles, le préjudice subi est la plupart du temps immatériel.

Le Conseil d'État dans son étude annuelle pour 2014 (I.) et le Conseil national du numérique (« CNNum ») dans son rapport « Ambition numérique » de 2015 (II.) se sont tous deux prononcés en faveur de la création d'une action permettant à des consommateurs de contester collectivement les manquements à la législation sur les données personnelles.

Toutefois, leurs recommandations différaient quant au but de cette action et à la question de savoir si l'indemnisation des préjudices individuels subis par les consommateurs devait ou non être prévue dans le cadre de cette action.

Après des hésitations et de nombreux débats, l'action collective en matière de protection des données personnelles a finalement vu le jour dans le cadre de la loi « pour la modernisation de la justice du xxi^e siècle », adoptée le 18 novembre 2016 (III.).

I. – ÉTUDE ANNUELLE 2014 DU CONSEIL D'ÉTAT : VERS UNE ACTION COLLECTIVE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ?

Dans son étude annuelle pour 2014, le Conseil d'État partait du constat que l'essor du numérique nécessite de repenser la protection des droits fondamentaux (A.). Pour répondre efficacement à ces changements, il recommandait la création d'une « action collective » en matière de données personnelles, laquelle exclurait la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs (B.).

A. – L'essor du numérique nécessite de repenser la protection des droits fondamentaux

(1) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, « relative à la consommation ».

(2) Art. L. 623-1 et s.



Le Conseil d'État, qui a dédié son étude annuelle 2014 au numérique et aux droits fondamentaux, part du constat que le numérique « *parce qu'il conduit à la mise en données et à la mise en réseau générale du monde pose problème au regard des droits fondamentaux ; non qu'il serait un phénomène négatif en soi, mais parce qu'il met en question leur contenu et leur régime* »⁽³⁾. L'essor du numérique a ainsi entraîné des modifications dans le régime juridique de certaines libertés fondamentales préexistantes (comme la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre) mais il a également suscité la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux et parmi eux le droit à la protection des données personnelles, parfois présenté comme se rattachant au moins en partie au droit à la vie privée. Ses enjeux sont toutefois tels qu'il s'est progressivement développé comme un droit fondamental à part entière.

Selon le Conseil d'État, l'ambivalence du numérique, qui crée à la fois de nouveaux espaces de libertés tout en étant porteur de risques pour celles-ci, conduit à repenser la protection des droits fondamentaux pour les adapter aux évolutions du secteur du numérique.

S'agissant de la diffusion généralisée des données personnelles et de la tendance des acteurs économiques à les regrouper, le Haut Conseil considère qu'elles sont porteuses de nombreux risques, notamment la diffusion des données sans le consentement de l'individu concerné, la réception de publicités ciblées et personnalisées ou encore le développement de pratiques commerciales abusives se fondant sur une différenciation des clients à partir de l'exploitation de leurs données⁽⁴⁾.

La Haute Juridiction administrative considère que les principes fondamentaux qui constituent le socle du droit de la protection des données personnelles demeurent pertinents afin de lutter contre les nouveaux risques induits par le développement du numérique. Toutefois, les instruments de protection des données doivent être adaptés et renouvelés.

Selon le Conseil d'État, « *mettre le numérique au service des droits individuels* » devrait être le premier principe directeur de la protection des droits fondamentaux. Cette nouvelle logique qualifiée d'« *empowerment* » devrait notamment passer par un renforcement des droits des individus, tant aux niveaux individuel que collectif.

B. – Une « action collective » excluant la réparation des préjudices individuels subis ?

Parmi les 50 propositions formulées par les juges du Palais-Royal, quatre d'entre elles sont destinées à renforcer les capacités d'actions collectives des individus⁽⁵⁾. Celle qui ouvre cette section, peut-être la plus novatrice, est la création d'une action collective en matière de données personnelles (Proposition n° 8).

Ils constatent tout d'abord que la « loi Hamon » du 17 mars 2014, qui a introduit en droit français la procédure d'action de groupe, ne peut s'appliquer que de manière très limitée aux litiges ayant pour objet la protection des données personnelles. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 623-2 du Code de la consommation, l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation de « *préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* ». Or, en matière de données personnelles, les préjudices subis sont en règle générale immatériels, consistant le plus souvent dans des préjudices moraux liés à une atteinte injustifiée au droit à la vie privée.

En outre, l'article L. 623-1 du Code de la consommation précise que les dommages subis par les « *consommateurs* » doivent résulter d'un « *manquement [du professionnel] à ses obligations légales ou contractuelles* » soit à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, soit résultant de pratiques anticoncurrentielles. Or, les personnes subissant une atteinte à leurs données personnelles ne peuvent parfois pas être qualifiées de « *consommateurs* » dans la mesure où elles ne sont pas forcément liées par un lien contractuel avec les responsables du traitement de leurs données. C'est le cas par exemple lorsque les données sont collectées par des régies publicitaires ou encore des *data brokers*, qui sont des acteurs spécialisés dans la collecte et la revente de données. À titre d'exemple, le plus important d'entre eux affirme détenir des données sur 700 millions de personnes dans le monde⁽⁶⁾.

Face à ce constat, au moins deux solutions étaient envisageables. La première était d'étendre le mécanisme existant de l'action de groupe aux individus n'ayant pas la qualité de consommateurs ainsi qu'aux dommages extrapatrimoniaux, notamment moraux. L'assouplissement des conditions permettrait ainsi de couvrir les atteintes aux données personnelles. Toutefois, le Conseil d'État a considéré que cette solution risquerait de se heurter à la délicate question de l'évaluation des dommages moraux. C'était d'ailleurs déjà cette difficulté qui avait conduit le Parlement à restreindre l'action de groupe aux seuls dommages patrimoniaux dans le cadre de l'adoption de la « loi Hamon ».

Il s'exprimait donc en faveur de la seconde solution, à savoir la création d'une voie d'action spécifique qualifiée d'« *action collective* » afin de la distinguer de l'action de groupe. À la différence de l'action de groupe, dont le but est l'indemnisation des préjudices subis par les consommateurs, l'action collective aurait pour unique but de faire cesser la violation de la loi sur les données personnelles. Elle ne permettrait donc pas d'obtenir réparation des préjudices subis par les consommateurs individuellement.

Le terme « *action collective* » avait déjà été utilisé par le passé dans un rapport rédigé par M^{me} le conseiller à la Cour de cassation Laurence Pécaut-Rivolier, dans lequel elle préconisait la création d'une action ayant pour but de faire cesser une situation de discrimination collective au sein de l'entreprise⁽⁷⁾. Selon elle, le Tribunal de grande instance, qui pourrait être saisi à l'initiative des organisations syndicales représentatives, pourrait constater l'existence de la discrimination collective envers une catégorie déterminée de

(3) Étude annuelle du Conseil d'État 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », synthèse, p. 9.

(4) Étude annuelle du Conseil d'État 2014, précité, synthèse, p. 17.

(5) Étude annuelle du Conseil d'État 2014, précité, § 3.2.2, « Renforcer les capacités d'action collective », Propositions nos 8 à 11, p. 283-288.

(6) Étude annuelle du Conseil d'État 2014, précité, synthèse, p. 17.

(7) Pécaut-Rivolier L., Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, décembre 2013.

personnes et contraindre l'employeur à faire cesser cette situation, en mettant en œuvre des mesures adaptées, éventuellement sous astreinte⁽⁸⁾. En revanche, le Tribunal de grande instance saisi de l'action collective ne pourrait pas connaître de la réparation des préjudices individuels causés par la discrimination, laquelle resterait de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes⁽⁹⁾.

Même si les propositions de M^{me} Pécaut-Rivolier n'ont pas entièrement été suivies dans le cadre de la loi « pour la modernisation de la justice du xxie siècle », qui a créé une action de groupe en matière de discrimination⁽¹⁰⁾, sa proposition, qui s'ajoute à celle formulée par le Conseil d'État, laisse présager qu'une dichotomie aurait pu voir le jour entre, d'une part, des actions dites « de groupe », à visée principalement indemnitaire et, d'autre part, des actions dites « collectives » à visée principalement curative, permettant de mettre fin aux atteintes subies mais pas d'obtenir réparation.

Sur le modèle de ce qui a été fait pour l'action de groupe introduite en droit français par la « loi Hamon », le Conseil d'État recommandait d'accorder le droit d'initier cette nouvelle action collective à des groupements pouvant se prévaloir d'une représentativité reconnue, comme les associations de consommateurs agréées mais également des associations dont l'objet serait de défendre la vie privée et les données personnelles, qui pourraient se voir consentir un agrément *ad hoc*. Dans le domaine spécifique du droit du travail, s'agissant des traitements de données mis en œuvre par les employeurs, le Conseil d'État recommandait que les organisations syndicales puissent initier une action collective.

Cette proposition a été intégralement reprise par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique auprès de l'Assemblée nationale, dans le rapport qu'elle a remis au président de l'Assemblée nationale le 8 octobre 2015⁽¹¹⁾.

II. – RAPPORT « AMBITION NUMÉRIQUE » DU CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE : VERS UNE ACTION DE GROUPE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ?

Rédigé au terme d'une consultation nationale de cinq mois initiée à la fin de l'année 2014 (A.), le CNNum s'est également exprimé en faveur de la création d'une action de groupe en matière de données personnelles (B.).

A. – Processus participatif d'élaboration du rapport « Ambition numérique »

Le rapport « Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique » (le rapport « Ambition

numérique ») a été remis au Premier ministre par le CNNum le 18 juin 2015, à l'issue d'une consultation nationale de cinq mois (d'octobre 2014 à février 2015).

Ayant vocation à constituer les prémices de la réflexion sur le projet de loi pour une République numérique, qui sera déposé à l'Assemblée nationale un an plus tard, le 9 décembre 2015, cette consultation nationale a été réalisée sous l'égide de la secrétaire d'État chargée du numérique, M^{me} Axelle Lemaire.

Lors de la consultation nationale, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (« Cnil ») s'était par exemple exprimée en faveur de la création d'une action collective en matière de données personnelles⁽¹²⁾. Sans donner plus de détails, la Cnil avait indiqué laisser à l'appréciation du législateur la question de savoir si une telle action devait être introduite à l'occasion du projet de loi sur le numérique ou dans une réforme plus générale autour de l'action collective, dont elle ne constituerait qu'une simple déclinaison.

B. – Une action de groupe permettant la réparation des préjudices individuels subis ?

Dans la première partie du rapport, dédiée à la loyauté et à la liberté, le CNNum recommandait la consécration d'un droit fondamental à l'autodétermination informationnelle. Il reprend ainsi la proposition n° 1 de l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État.

Dans le cadre de la création de ce nouveau droit fondamental, le CNNum proposait de créer une action de groupe en matière de protection des données, dans la lignée des recommandations du Conseil d'État⁽¹³⁾. La proposition n° 5 du rapport « Ambition numérique » prévoyait que cette action devrait être intentée devant le Tribunal de grande instance par des associations agréées de protection des consommateurs.

Le CNNum précisait par ailleurs que, pour que ce recours soit pleinement activable, il devrait s'accompagner (i) d'une ouverture aux utilisateurs de services numériques non payants ; (ii) de l'extension de la capacité d'agir à des associations de défense des libertés numériques ; (iii) de la réparation des dommages immatériels, extra-patrimoniaux et des préjudices moraux et ; (iv) de la possibilité de demander la suspension immédiate des traitements concernés⁽¹⁴⁾. En outre, pour rendre ce recours pleinement effectif, le CNNum suggérait qu'une obligation de résultat soit mise à la charge du responsable du traitement, dont les contours n'étaient toutefois pas détaillés.

Dans l'ensemble, le Conseil rejoignait ainsi les propositions du Conseil d'État, notamment quant à la volonté de créer un recours collectif en matière de protection des données à caractère personnel.

Toutefois, une différence majeure séparait les positions respectives des deux institutions. Pour le CNNum, cette action devait per-

(8) Pécaut-Rivolier L., Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, précité, p. 104-105.

(9) Pécaut-Rivolier L., Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, précité, p. 105-106.

(10) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, « de modernisation de la justice du xxie siècle », art. 86 et s.

(11) Commission de réflexions et de propositions sur les droits et les libertés à l'âge du numérique, « Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique », Rapport n° 3119, recommandation n° 68, p. 150.

(12) Propositions de la Cnil sur les évolutions de la loi « Informatique et libertés » dans le cadre du projet de loi numérique, 13 janv. 2015.

(13) Conseil national du numérique, « Ambition numérique », proposition n° 5, p. 55.

(14) Conseil national du numérique, « Ambition numérique », proposition n° 5, p. 55.



mettre aux consommateurs d'obtenir la réparation de leurs préjudices individuels, notamment moraux, ce que le Conseil d'État avait au contraire expressément exclu.

Ainsi, malgré l'utilisation des termes « *action collective* » par le rapport « *Ambition numérique* », il s'était ainsi prononcé en faveur de la création d'un nouveau type d'action de groupe, c'est-à-dire une action à vocation pleinement indemnitaire.

III. – LOI « POUR LA MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXI^e SIÈCLE » : LA NAISSANCE ATTENDUE D'UNE ACTION COLLECTIVE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

De manière novatrice, la loi « *pour la modernisation de la justice du xxi^e siècle* »⁽¹⁵⁾ (« *loi justice du xxi^e siècle* ») a créé en droit français un cadre général applicable aux actions de groupe (A.). Cinq actions de groupe spécifiques ont par ailleurs été prévues par cette loi, dont la très débattue action de groupe en matière de données personnelles (B.).

A. – Un nouveau cadre général applicable aux actions de groupe en France

Dans le cadre de l'adoption de la « *loi justice du xxi^e siècle* », le législateur français souhaitait créer un cadre commun général qui serait applicable à diverses actions de groupe spécifiques. L'ambition était ainsi de créer ce qu'on pourrait qualifier de « *droit commun de l'action de groupe* » composée d'un *corpus* de règles générales, applicables aux actions de groupe spécifiques, sauf dispositions contraires.

Cette volonté nettement exprimée lors des débats ressort aujourd'hui de la structure même de la loi, qui définit dans les chapitres 1 et 2 les règles générales applicables aux actions de groupe devant les juges judiciaire et administratif, avant de définir, dans les chapitres suivants, les règles spécifiques aux différentes actions de groupe créées par cette loi. Si seules cinq actions de groupe spécifiques sont, à ce stade, prévues par la « *loi justice du xxi^e siècle* », cette liste n'est en rien limitative. Elle pourra être complétée dans le futur par l'adoption de nouvelles actions de groupe dans des domaines particuliers, lesquelles viendront se rattacher au socle commun et ainsi enrichir le dispositif.

S'agissant tout d'abord de son champ d'application, l'article 92 de la « *loi justice du xxi^e siècle* » dispose que l'action de groupe créée par cette loi est distincte de l'action de groupe en matière de consommation actuellement prévue aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation. L'action de groupe initiée sous l'empire de la « *loi Hamon* » est donc spécifiquement exclue du champ d'application de la « *loi justice du xxi^e siècle* ». Des difficultés risquent peut-être de se poser afin de distinguer précisément les champs d'application respectifs de l'action de groupe en matière de consommation et de celle créée par la « *loi justice du xxi^e siècle* ».

(15) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, « *de modernisation de la justice du xxi^e siècle* ».

L'article 60 de la « *loi justice du xxi^e siècle* » liste les cinq actions de groupe spécifiques auxquelles le socle commun créé par la « *loi justice du xxi^e siècle* » est applicable : (i) celle ouverte sur le fondement de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; (ii) l'action ouverte sur le fondement des articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail prévoyant une action de groupe en matière de discrimination au travail ; (iii) l'action ouverte sur le fondement de l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement ; (iv) l'action ouverte sur le fondement du Code de la santé publique⁽¹⁶⁾ ; et enfin (v) l'action ouverte sur le fondement de l'article 43 *ter* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* » [voir *infra*, § 4.1, (c), (ii)].

Concernant ensuite les personnes ayant qualité pour initier l'action de groupe, seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte pourront initier l'action⁽¹⁷⁾. L'action sera initiée devant le Tribunal de grande instance du lieu où demeure le défendeur. Lorsque ce dernier demeure à l'étranger ou n'a pas de domicile connu, l'action pourra être initiée devant le Tribunal de grande instance de Paris⁽¹⁸⁾.

De manière novatrice, une période de quatre mois entre la mise en demeure, qui devient obligatoire, et l'introduction de l'action judiciaire devra être respectée à peine d'irrecevabilité que le juge pourra soulever d'office⁽¹⁹⁾. Cette période pourra être utilisée pour d'éventuelles discussions transactionnelles afin de permettre une résolution amiable du litige. Une section est d'ailleurs dédiée à la médiation afin de prévoir que l'association pourra participer à une telle mesure.

S'agissant du but de l'action de groupe, la « *loi justice du xxi^e siècle* » prévoit que l'action nouvellement créée tend soit à la cessation du manquement, soit à la réparation des préjudices subis, soit à ces deux fins⁽²⁰⁾. Lorsque l'action de groupe tend à la réparation des préjudices subis, le juge statue sur la responsabilité du défendeur⁽²¹⁾. Il lui ordonne également de procéder aux mesures de publicité adaptées pour informer de cette décision les personnes susceptibles d'avoir subi un dommage⁽²²⁾. Toutefois, ce n'est que dans l'hypothèse où (i) le demandeur à l'action le demande et ; (ii) les éléments produits et la nature des préjudices permettent la mise en œuvre d'une procédure collective de liquidation des préjudices que le juge pourra déterminer les préjudices susceptibles d'être réparés et leur montant⁽²³⁾.

Enfin, les règles générales prévues par les deux premiers chapitres du titre V de la « *loi justice du xxi^e siècle* » ne sont applicables que sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune

(16) Chapitre III du titre IV du livre 1^{er} de la première partie du Code de la santé publique.

(17) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 63.

(18) CPC, art. 826-3.

(19) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 64.

(20) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 62, al. 2.

(21) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 66.

(22) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 67.

(23) « *Loi justice du xxi^e siècle* », art. 68.

des actions de groupe spécifiques. Elles s'effaceront donc devant les règles spécifiques propres à chaque action de groupe.

B. – Une action collective en matière de protection des données à caractère personnel excluant la réparation des dommages individuels

Après une procédure houleuse, ayant vu s'opposer députés et sénateurs quant à la création d'une telle action, l'action collective en matière de protection des données personnelles a finalement été adoptée dans le cadre de la « loi justice du xxi^e siècle ».

L'Assemblée nationale avait précédemment pu envisager⁽²⁴⁾ qu'une telle action soit créée dans le cadre de la loi « pour une République numérique »⁽²⁵⁾. Toutefois, le Gouvernement et certains parlementaires s'y étaient opposés. Ils considéraient en effet qu'il était préférable que cette action soit débattue dans le cadre de l'adoption du projet de « loi justice du xxi^e siècle », dans la mesure où celui-ci ambitionnait de créer un cadre général applicable aux actions de groupe en France.

L'article 91 de la « loi justice du xxi^e siècle » a ainsi créé un nouvel article 43 ter dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » (loi « Informatique et libertés »). Cet article dispose que : « Lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la [loi « Informatique et libertés »] par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la juridiction administrative compétente. » Il ressort de cet article que seules les personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, peuvent donc rejoindre le groupe.

Par ailleurs, l'article 43 ter de la loi « Informatique et libertés » prévoit expressément que l'action ne peut tendre qu'à la cessation du manquement. Elle ne peut dès lors pas donner lieu à indemnisation des préjudices subis par les personnes physiques. En cela, le législateur français a donc suivi les préconisations du Conseil d'État, qui avait appelé de ses vœux la création d'une action ne pouvant donner lieu à indemnisation [voir *supra*, I, (b)]. Toutefois, il aurait été judicieux, comme le Conseil d'État l'y invitait d'ailleurs, de qualifier cette action d'« action collective » et non d'« action de groupe », afin de la distinguer nettement des autres actions de groupe créées qui ont toutes une vocation indemnitaire.

La vocation exclusivement curative de cette action s'explique notamment par le fait que les dommages subis en cas de man-

quements à la législation sur les données personnelles sont très difficilement quantifiables car ils consistent la plupart du temps en des préjudices moraux. Lors des débats, le rapporteur de la Commission des lois du Sénat avait toutefois souligné le paradoxe qu'il y a à conditionner cette action de groupe à la preuve d'un dommage, alors même que cette action ne permet pas la réparation d'un tel dommage. C'est une des raisons pour lesquelles le Sénat avait purement et simplement supprimé cette action de groupe du projet de « loi justice du xxi^e siècle », en considérant qu'elle n'aurait pas de réelle plus-value en matière de protection des données personnelles⁽²⁶⁾.

L'article 43 ter de la loi « Informatique et libertés » prévoit enfin que seules pourront exercer cette action (i) les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel ; (ii) les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du Code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs et ; (iii) les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du Code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre. Là encore, le législateur a largement suivi les recommandations du Conseil d'État et du CNNum.

La « loi justice du xxi^e siècle » est en vigueur depuis le 20 novembre 2016⁽²⁷⁾. Le décret d'application de la loi a été publié le 6 mai 2017⁽²⁸⁾.

Afin de préserver la sécurité juridique, l'article 92 de la « loi justice du xxi^e siècle » précise que les dispositions relatives aux actions de groupe en matière d'environnement et de discrimination ne seront applicables qu'aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi. Il est regrettable que cette disposition n'ait toutefois pas été étendue aux autres actions de groupe et notamment à l'action de groupe en matière de données personnelles qui, par son caractère novateur, crée de nombreuses incertitudes pour les entreprises.

Il leur revient donc dès à présent de se préparer au mieux afin d'être armées pour faire face à d'éventuels litiges futurs. ■

(24) Article 33 bis A du projet de loi « pour une République numérique », tel qu'adopté le 26 janvier 2016 par l'Assemblée nationale.

(25) L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, « pour une République numérique ».

(26) Rapport n° 839 (2015-2016) de M. Yves Détraigne fait au nom de la Commission des lois du Sénat, déposé le 21 septembre 2016, p. 132.

(27) La « loi justice du xxi^e siècle » a été publiée au *Journal officiel* le 19 novembre 2016.

(28) D. n° 2017-888, 6 mai 2017, relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxi^e siècle.