

Thème IV – PAYS-BAS - MONDIALISATION ET INTERNET¹

La Haye, le 30 mars 2016 – Rapporteur général : Madame Behar-Touchais

I/ MONDIALISATION, INTERNET ET LES DROITS DES INDIVIDUS

A/ Comment sont protégées dans votre droit les données personnelles ?

1. Quelle est la définition des données à caractère personnel dans votre droit ? Existe-t-il une définition formelle ?

En application de l'article 1 de la loi sur la protection de données personnelles (*Wet bescherming persoonsgegevens*, ci-après "Wbp"), les données à caractère personnel sont, juridiquement et formellement, définies comme étant : *toutes données concernant une personne physique identifiée ou identifiable*. Ainsi les données personnelles ne concernent pas les données liées aux personnes morales.

Cette définition est très large et les données à caractère personnel peuvent également être interprétées comme étant le résultat d'une analyse d'informations en provenance de personnes morales mais permettant d'établir des informations sur une personne physique. Par exemple, le nom d'une organisation dans lequel figure le nom d'une personne physique peut ne pas être considéré comme une donnée personnelle².

2. Du côté de l'internaute, y a-t-il un droit de propriété sur les données ? S'agit-il plutôt d'un droit à la protection de la vie privée ? (du côté de l'opérateur : valorisation des données : ce sera vu dans le II)

Le droit à la protection des données personnelles est inscrit dans l'article 10 paragraphe 2 de la Constitution néerlandaise. La Wbp est basée sur cet article et est également la transposition de la directive européenne n°95/46/CE³. Il peut en être déduit que la protection des données personnelles de l'internaute relève du droit à la protection de la vie privée.

3. Faut-il toujours un accord de l'internaute pour recueillir et pour utiliser ses données personnelles ou y a-t-il des cas où on peut le faire sans cet accord ?

¹ Rapport rédigé par l'équipe du Cabinet Spiegeler Advocaten B.V. (Aurélié Costa, Hadewich van Alst, Hélène Bolou et Céline Goedhart) sous la supervision de Me Brigitte Spiegeler et de Me Camille Rideau.

² Rb Amsterdam, 16 février 2012, paragraphe 4.8. ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6122. En l'espèce, aucune référence n'était faite à une personne physique puisqu'à partir des documents litigieux il n'était pas possible de retrouver l'habitant de la résidence (paragraphe 4.5.). De plus, la référence au nom de la rue et au numéro permet certes la localisation du bien, mais ne peut cependant pas être considérée comme une adresse et une donnée personnelle. La Cour décide alors de ne pas forcer Google à supprimer ces données.

³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*JO L 281 du 23.11.1995*).

L'article 8 de la Wbp pose le principe général selon lequel le consentement préalable de l'internaute est requis afin de permettre le traitement de ses données personnelles.

Cependant, il existe des exceptions à l'application de la Wbp (et donc à l'obligation de consentement préalable), notamment lorsque le traitement de données personnelles s'opère dans le cadre: (i) d'un usage personnel ou domestique⁴; (ii) d'opérations de services d'espionnage ou de renseignement⁵; (iii) d'opérations de police⁶; (iv) lorsque la loi relative aux données personnelles traitées par les administrations communales⁷, la loi relative aux élections⁸ ou la loi relative aux données de la justice et aux procédures pénales⁹ sont applicables¹⁰; (v) le traitement des données personnelles est ordonné par le Ministre de la Défense néerlandais¹¹; et (vi) lorsque l'objectif du traitement des données personnelles est artistique, journalistique ou littéraire.

4. Y a-t-il des données plus sensibles que d'autres, qui sont soumises à un régime spécial (données de santé, religion, opinions politiques, ...)?

Il existe une catégorie de données personnelles plus sensibles, dénommées *bijzondere persoonsgegevens*¹² dans la Wbp et *persoonsgegevens van gevoelige aard*¹³ par l'Autorité néerlandaise des données personnelles.

Cette catégorie comporte les données portant sur la religion ou les convictions, l'origine ethnique, les affinités politiques, la santé, l'orientation sexuelle, l'appartenance syndicale, le casier judiciaire ou tout autre comportement contraire à la loi¹⁴.

Il faut définir deux sous-catégories de données personnelles sensibles, lesquelles comportent :

- **les données faisant référence à des informations sensibles**, mais également à des comportements criminels et les données personnelles portant sur des comportements illicites ou gênants/contestables étant liés à une injonction suivant ce comportement ;
- **les données desquelles des informations sensibles peuvent être déduites**. Il est possible, à partir d'une photographie sur une carte de transport, de déduire l'origine ethnique d'une personne, par conséquent elle doit être considérée comme

⁴ Art. 2, paragraphe 2, a de la Wbp.

⁵ Art. 2, paragraphe 2, b de la Wbp.

⁶ Art. 2, paragraphe 2, c de la Wbp.

⁷ *Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens*.

⁸ *Kieswet*.

⁹ *Wet justitiële en strafvordelijke gegevens*.

¹⁰ Art. 2, paragraphe 2, d, e, f de la Wbp.

¹¹ Art. 2, paragraphe 3 de la Wbp.

¹² En français, données personnelles spéciales.

¹³ En français, données personnelles sensibles.

¹⁴ Art. 16 de la Wbp.

une information sensible et bénéficiaire du régime juridique particulier expliqué ci-dessous¹⁵.

Les données personnelles sensibles bénéficient d'un régime juridique particulier et donc le traitement de ces données est interdit. Ce principe souffre cependant d'exceptions: (i) si la personne considérée a explicitement consenti; (ii) si les données personnelles ont fait l'objet d'une divulgation claire au public par la personne concernée; (iii) si l'utilisation des données est nécessaire pour la détermination, l'exercice ou la défense d'un droit dans une procédure judiciaire; (iv) si l'utilisation des données est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une partie tierce; (v) si cela découle d'une obligation de droit international public à laquelle il faut satisfaire; et (vi) si la loi ou une exemption de l'Autorité néerlandaise des données personnelles le permet eu égard à l'intérêt général, que le droit à la vie privée est tout de même respecté et que le traitement des données personnelles se fait sur la base d'une loi¹⁶.

Enfin, depuis le 1^{er} Janvier 2016, il est obligatoire de rapporter toute faille du traitement des données personnelles sensibles à l'Autorité néerlandaise des données personnelles, mais également à la personne concernée.

5. Votre pays a-t-il conclu (ou fait-il partie d'une Union qui a conclu) un Traité sur le sort des données (comme le traité transatlantique entre l'Europe et les USA par exemple) ? Dans ce cas, comment sont traitées les données ? Ce traité favorise-t-il la protection des personnes ou l'économie ?

Depuis 1981, les Pays-Bas sont partie à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel¹⁷.

En tant qu'Etat membre de l'Union européenne (ci-après "UE"), ils sont engagés dans les négociations portant sur le prochain Accord Economique et Commercial Global avec le Canada, le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement avec les Etats-Unis et à la rédaction du nouvel accord *EU-US privacy shield*¹⁸ remplaçant la décision *Safe Harbor* qui a été annulée dans l'arrêt *Schrems*¹⁹. A ce jour, aucun de ces deux textes n'a été adopté et il est incertain si ces traités favoriseront le traitement des données personnelles.

6. Comment protège-t-on les personnes dans le cloud-computing (nuage informatique)?

¹⁵ HR (équivalent de la Cour de cassation française) 23 mars 2010 NJ 2010/355.

¹⁶ Art. 23 paragraphe 1, e de la Wbp.

¹⁷ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/national%20laws/NL_DP_LAW.pdf

¹⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_en.html

¹⁹ C-362/14 Schrems ECLI:EU:C:2015:650.

Le *cloud-computing* est une notion que le droit néerlandais peine à appréhender. Il se caractérise par l'opposition entre le désir des entreprises de diminuer les frais liés aux technologies de l'information et de la communication et l'appel de l'UE pour des règles plus strictes sur l'utilisation des données personnelles sur le *cloud*.

En 2010, une motion parlementaire néerlandaise réclamait une approche synchronisée avec le Japon, les Etats-Unis d'Amérique et l'Angleterre, à savoir l'élaboration par le gouvernement d'une stratégie juridique de *cloud* comportant des dispositifs publics. Cependant, la motion ne comportait pas d'analyse juridique du *cloud* en relation avec la Wbp, ou de proposition de modification législative.

Ainsi, la notion de *cloud* ne fait aujourd'hui pas partie du droit positif néerlandais. De manière générale, la Wbp s'applique également au traitement des données dans le *cloud*.

En 2012, l'Autorité néerlandaise des données personnelles a rendu un rapport confirmant l'applicabilité de la Wbp en matière de *cloud-computing* et insistant sur l'importance d'offrir une protection renforcée en la matière et la responsabilité ultime du premier responsable du traitement au détriment des sous-traitants.

Le responsable du traitement doit donc assurer la sécurité des données en vérifiant de manière concrète qu'elles sont transférées vers un Etat assurant un niveau adéquat de protection. L'obligation pèse également sur lui de notifier toutes failles du système de sécurité. Enfin, le responsable du traitement ne peut conserver les données plus longtemps que cela est nécessaire à la provision de service.

7. Comment protège-t-on les personnes dans le *Big Data* ?

L'article 7 de la Wbp dispose que : « *Les données personnelles ne doivent être collectées que dans un but spécifique, défini explicitement et légitime* ».

Le *Big Data* permet d'amasser un très grand nombre de données personnelles et de proposer une gamme de produits sur mesure. Il est utilisé par les entreprises pour créer des profils sur lesquels les départements marketing se basent pour envoyer des publicités ciblées à chaque consommateur potentiel. Les données personnelles peuvent ainsi être collectées en contradiction avec l'obligation incombant au responsable de traitement de prédéfinir notamment un objectif pour le traitement des données.

Parallèlement, le gouvernement a été saisi en 2014 d'une demande d'avis sur le thème « *Big data, privacy and security* »²⁰. Cela a ouvert une discussion plus générale, laquelle est actuellement en cours.

Dans l'attente de mesures gouvernementales claires, des sanctions lourdes peuvent être imposées par l'Autorité néerlandaise des données personnelles. Ainsi, Google, qui collectait les données personnelles d'utilisateurs à grande échelle, s'est vu imposer sous astreinte l'obligation de demander clairement l'autorisation aux utilisateurs dont les données personnelles sont collectées²¹. Google a formé appel à l'encontre de la décision de l'Autorité néerlandaise des données personnelles qui n'a que partiellement révoqué sa décision. En outre, jusqu'à fin décembre 2015, Google s'exposait à une amende de 15 millions d'euros en cas de violation de ses obligations²².

8. Existe-t-il dans votre droit un droit à l'oubli ? Comment se matérialise-t-il ? Pour les pays de l'UE, comment se matérialise dans votre pays la mise en œuvre du droit à l'oubli consacré par les arrêts *Google Spain* de la Cour de Justice?

Le droit à l'oubli²³ est basé sur la directive 95/46/CE qui a été codifiée aux Pays-Bas dans la Wbp²⁴. Les articles 36 et 40 de cette loi sont la base juridique néerlandaise du droit à l'oubli²⁵ et incluent plusieurs moyens d'action pour les particuliers lésés²⁶. Tout d'abord, un individu peut faire une demande au responsable du traitement aux fins de changement ou de suppression de ses données personnelles. Ensuite, le responsable des traitements des données personnelles aura l'obligation de justifier sa décision dans un délai de quatre semaines.

Par son arrêt rendu dans l'affaire *Google Spain c/ Costeja*²⁷, la CJUE a consacré le droit à l'oubli. Suite à cet arrêt phare, le tribunal d'Amsterdam s'est prononcé sur une autre affaire dans laquelle le droit à l'oubli était invoqué. Le tribunal néerlandais y a appliqué de façon très stricte les tests juridiques établis par l'arrêt *Google Spain c/ Costeja*.

Cette affaire concernait le PDG d'une multinationale, lequel faisait l'objet de divers articles désobligeants envers sa personne et accessibles *via* Google. Le demandeur (PDG) avait alors rempli le formulaire sur le site de Google pour demander la suppression d'articles de presse le concernant. Google refusa d'agir afin d'empêcher ces données d'apparaître dans les recherches Google, considérant que ces informations étaient dans l'intérêt général et actuel.

²⁰ <http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/projecten/brieven/lp-v-j-0000005677.pdf>

²¹ <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-legt-google-sanctie-op-voor-privacyschendende-voorwaarden>

²² <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/sanctiedreiging-cbp-leidt-tot-privacycampagne-google>

²³ Droit permettant à un individu de demander le retrait des informations le concernant sur Internet.

²⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*JO L 281 du 23.11.1995*).

²⁵ Rb. Amsterdam 12 février 2015 NJ 2015/173.

²⁶ Tout d'abord, un individu peut faire une demande au responsable du traitement aux fins de changement ou de suppression de ses données personnelles. Ensuite, le responsable des traitements des données personnelles aura l'obligation de justifier sa décision dans un délai de quatre semaines.

²⁷ C-131/12 *Google Spain c/ Costeja* ECLI:EU:C:2014:317.

Lors du jugement, le tribunal a tout d'abord spécifié qu'au cours de l'application du droit à l'oubli, c'est la pertinence des résultats de recherche qui est importante, et non pas le contenu des liens hypertextes. En outre, le Tribunal a relevé la véracité des informations contenues dans les articles litigieux. Enfin, et contrairement à l'arrêt *Costeja*, où les faits remontaient à 16 ans, le Tribunal a retenu le caractère récent des faits de l'affaire (2 ans), ce qui *de facto* écartait l'application de la Wpb.

Le tribunal a donc opéré une stricte mise en œuvre de l'arrêt *Costeja* en adoptant une approche très casuistique.

9. Est-ce que votre législation prévoit un cadre spécifique pour le transfert des données à caractère personnel ?

La Wpb distingue entre les transferts vers un Etat Membre de l'UE et un transfert en dehors de l'UE. Les transferts vers les Etats Membres de l'UE ne font pas l'objet de restrictions particulières en vertu du principe de reconnaissance d'équivalence de protection. En cas de transfert en dehors de l'UE, des règles spécifiques s'appliqueront²⁸. Ces règles prévoient qu'il conviendra d'assurer une protection des données personnelles au moins aussi élevée que lors d'un transfert dans l'UE, et que les conditions standard applicables aux transferts transfrontaliers soient remplies, à savoir:

- le transfert est fait vers un Etat de la liste blanche en application d'un contrat type certifié par la Commission européenne²⁹ ;
- si l'entreprise recevant les données respecte les règles adoptées par une organisation et approuvée par l'autorité néerlandaise des données personnelles ;
- si le consentement de la personne dont les données sont transférées est dépourvu d'ambiguïté ;
- si le transfert est nécessaire à l'exécution d'une obligation dérivant d'un contrat signé par la personne concernée ;
- si le transfert est nécessaire ou requis par la loi sur la base de l'intérêt public ;
- si le transfert est réalisé à partir d'un registre public³⁰.

Si l'ensemble de ces conditions sont remplies, alors le transfert n'a pas à être déclaré à l'Autorité néerlandaise des données personnelles. Dans l'hypothèse inverse, une licence individuelle devra être octroyée par le Ministre pour la Sécurité et de la Justice³¹.

²⁸ Art. 76-78 de la Loi sur la protection des données personnelles.

²⁹ Art. 77 de la Loi sur la protection des données personnelles.

³⁰ Art. 25 et 26 de la Loi sur la protection des données personnelles.

³¹ Art. 77.2 de la Loi sur la protection des données personnelles.

10. Qui est compétent pour faire respecter ces règles ? Existe-t-il une autorité de régulation et de contrôle indépendante, et de quel pouvoir de sanction dispose-t-elle ?

L'autorité néerlandaise des données personnelles est compétente pour assurer le respect des règles sur la protection des données personnelles. Cette autorité est indépendante³² et a le pouvoir d'octroyer des avis contraignants³³ ou une amende administrative pouvant s'élever à 820 000€³⁴. Lors du calcul de l'amende, l'autorité néerlandaise des données personnelles prend en compte toutes les circonstances et notamment si la violation de la Wbp a été intentionnelle. Le comportement du responsable des traitements des données personnelles prime sur la nature des données personnelles (sensibles ou non).

B/ La liberté d'expression sur Internet

11. Y a-t-il des atteintes à la liberté d'expression sur Internet qui ont été sanctionnées dans votre droit ou par des juridictions de votre pays ?

- **sur les réseaux sociaux (ex : cache pudique par Facebook sur le tableau de Courbet « l'origine du monde » révélant un nu féminin un peu osé, qui avait été reproduit par un internaute) ;**
- **par des moteurs de recherche.**

Aux Pays-Bas, la liberté d'expression bénéficie d'une protection d'ordre constitutionnel³⁵. Cependant, la liberté d'expression n'est pas un droit fondamental absolu, elle supporte des limites et notamment s'il en est abusé ou lorsqu'elle est mise en balance avec un autre droit fondamental³⁶. Ainsi, certaines publications ont été interdites, mais cela n'a jamais été critiqué par les médias.

Concernant les atteintes à la liberté d'expression, l'exemple néerlandais le plus prégnant concerne les membres de la famille royale néerlandaise et le respect de leur vie privée. Ils sont considérés comme des personnalités publiques et ont, de ce fait, fait publier un code de déontologie des médias. Ce code reçoit une application plutôt stricte, surtout en ce qui concerne

³² <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-het-cbp/missie-visie-en-kernwaarden>

³³ Art. 66(3) de la Loi sur la protection des données personnelles.

³⁴ Art. 66 de la Loi sur la protection des données personnelles.

³⁵ Art. 7 de la Constitution néerlandaise.

³⁶ Rb Amsterdam 28 août 2009 ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ6330, paragraphe 4.11 et Rb 10 décembre 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, paragraphe 1.6.

les photographies des enfants de la famille royale³⁷. Le juge a aussi précisé qu'une analyse casuistique était nécessaire avant de prononcer une interdiction de publication.

12. Y a-t-il à l'inverse des abus de la liberté d'expression qui ont été sanctionnés par vos juridictions ? Propos diffamatoires par exemple / Injures sur Internet

Le tribunal d'Amsterdam a déterminé qu'il existe une grande liberté sur Facebook, selon le juge, Facebook est un lieu où il est possible de partager des opinions et des avis³⁸.

Les tribunaux néerlandais retiennent que les propos diffamatoires tenus par les employés sur leur page personnelle Facebook les exposent à des poursuites et des sanctions. Dans une première espèce, le licenciement a été confirmé, le tribunal retenant que le comportement de l'employé déviait du comportement standardisé du bon employé, auquel l'employeur peut accorder sa confiance³⁹. Cependant, dans une deuxième espèce, de nature similaire, la solution retenue par les juges du fond fut néanmoins différente⁴⁰. Ils ont conclu que les déclarations de l'employé ne pouvaient pas être considérées comme une raison impérieuse pouvant justifier un licenciement.

Une autre affaire offre une illustration concrète permettant d'expliquer comment l'abus de la liberté d'expression sur Internet est appréhendé. Le 10 décembre 2015, dans le procès médiatisé de *Haagse Jihadproces*, le Tribunal de La Haye a eu l'occasion de préciser que tant la liberté de religion que la liberté d'expression sont deux garanties importantes de l'Etat démocratique néerlandais⁴¹.

Dans une dernière affaire, un blogueur avait publié des remarques concernant une employée de Vodafone, en citant son nom, concernant sa façon inadéquate de faire son travail. Le juge retint que le blogueur avait agi illégalement, car tous les potentiels futurs employeurs pouvaient obtenir ces informations⁴².

13. Quels moyens peuvent être mis en œuvre pour faire cesser ces atteintes ? Sont-ils efficaces ?

Le législateur n'a pas pris l'initiative de faire adopter une loi spéciale relative à la liberté d'expression sur Internet⁴³. Cependant, le gouvernement finance une application pour téléphones

³⁷ Notamment : « le droit de publier librement des photos de personnes publiques et des articles les concernant doit s'effacer devant le droit de ne pas être importuné, si les informations recueillies ou leur publication ont trait à des faits et gestes relevant strictement du domaine privé, si la publication n'apporte rien au débat public, ou si l'information a été obtenue d'une façon ressentie comme intrusive ».

³⁸ Rb Amsterdam 1^{er} décembre 2014 ECLI:NL:RBAMS:2014:8364.

³⁹ Rb Arnhem, 19 mars 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9483.

⁴⁰ Rb Limburg, 28 avril 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:3599.

⁴¹ Rb Den Haag, 10 décembre 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, paragraphes 1.4. à 1.7.

⁴² Rb 's Gravenhage 21 novembre 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB8427.

⁴³ A. Jasiak, « Meningsuitingen en het Internet: onbegrensde vrijheid? », accessible sur: <http://burojansen.nl/pdf/meningsuitingenenhetinternet.pdf>

mobiles, nommée *StoryMaker app*, laquelle permet à des individus, qu'ils soient journalistes ou de simples amateurs, de dénoncer les abus ayant lieu dans leur pays.

Les sites Internet néerlandais ont recours aux modérateurs. Ainsi, l'administrateur d'un site Web sur lequel les internautes peuvent laisser des critiques, positives ou négatives, engage sa responsabilité personnelle quant au contenu du site. Cette responsabilité ne le contraint pas à procéder à une vérification *a priori* de toutes les contributions. Dès lors que le contenu est clairement identifié comme étant inapproprié, l'administrateur du site Web a l'obligation de le supprimer. Le contrôle est effectué *a posteriori*, c'est à dire après l'atteinte, par conséquent son efficacité est relative.

De plus, les utilisateurs du Web ont la possibilité de contrôler *a posteriori* les informations que les moteurs de recherche (Google, Bing,...) renseignent sous leur nom. Le site Internet *Mijn Online Identiteit* offre de nombreuses pistes à suivre afin de gérer les informations liées à son nom sur Internet.

C/ Autres droits

14. Comment est protégé le droit au respect de la vie privée sur Internet (en dehors de la question des données personnelles) ? Notamment sur les sites de journaux en ligne ?

Le droit néerlandais protège le droit au respect de la vie privée sur Internet au moyen des articles 10 de sa Constitution et 8 de la convention européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »). En outre, l'article 7 de sa Constitution et l'article 10 de la CEDH protègent la liberté d'expression. Les articles de la Constitution néerlandaise ne sont pas directement invoqués devant les juridictions. En pratique, les articles 8 et 10 de la CEDH seront utilisés⁴⁴.

15. Quels sont les moyens pour faire cesser les atteintes ?

Avant toute procédure, la lettre de mise en demeure est en pratique très utilisée puisque les juges néerlandais apprécient toujours fortement la tentative de règlement à l'amiable des parties.

Si la police estime la plainte fondée, elle sera transmise au juge pénal. La partie concernée pourra alors se porter partie civile et demander des dommages et intérêts. Il est plus aisé d'obtenir des dommages et intérêts en intentant directement une action au civil en se fondant sur l'article 6:162 du Code civil néerlandais⁴⁵. L'acte illégal peut être une violation d'un droit

⁴⁴ Cf. question n°11, concernant la famille royale.

⁴⁵ http://wetten.overheid.nl/BWBR0033229/HoofdstukIV/5/Tekst/geldigheidsdatum_13-01-2016 ; "toute personne qui commet un acte illicite qui lui est imputable, envers une autre personne, est tenu d'indemniser les dommages causés à l'autre".

comme le droit au respect de la vie privée. La cour met en balance la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée.

16. Les droits de propriété intellectuelle sont-ils fragilisés par Internet ?

L'industrie du cinéma est l'une des victimes les plus touchées par le téléchargement illégal. Certaines plateformes allient la diffusion d'œuvres protégées au respect des droits de propriété intellectuelle, par un système d'abonnement. D'autres plateformes, comme *The Content Map*⁴⁶, incitent les internautes à s'orienter vers des sites légaux de téléchargement.

Dernièrement, l'industrie a accusé les Pays-Bas d'avoir instauré un climat de tolérance à l'égard du piratage de films, puisque le téléchargement pendant plusieurs années n'était pas considéré comme une infraction aux Pays-Bas. L'industrie réclamera donc 1,2 milliard d'euros de dommages et intérêts au gouvernement néerlandais, s'il ne met pas en place une stratégie permettant de lutter efficacement contre le piratage, comme un jugement de la CJUE de 2014 l'a imposé.

La Cour Suprême des Pays-Bas vient de poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE, dont une demandant si le site de téléchargement The Pirate Bay respectait ou non la directive sur les protections du droit d'auteur. Ces questions font suite à une décision de la Cour d'appel, à l'encontre du site The Pirate Bay. En effet les juges ont statué que les fournisseurs d'accès Internet aux Pays-Bas ne devaient plus empêcher les internautes de se rendre sur cette plateforme de téléchargement jugée illégale puisque l'interdiction d'accès mise en place par les fournisseurs, lors de la décision des juges de première instance, n'avait pas permis de diminuer le nombre de téléchargements illégaux.

17. Votre droit prévoit-il un cadre spécifique de responsabilité pour les hébergeurs ou les plateformes pour le contenu qu'ils hébergent ou diffusent ?

Le droit néerlandais est conforme à la directive 2000/31 sur la responsabilité des hébergeurs et/ou des fournisseurs. La transposition de la directive a donné lieu à l'introduction dans le code civil néerlandais de l'article 6:196c⁴⁷. Il n'existe pas d'obligation générale de surveillance, cependant, la loi fait une distinction entre deux catégories :

- les *access providers* (fournisseurs d'accès à Internet) ne sont pas responsables tant qu'ils ne filtrent pas ou ne changent pas les informations.
- les *hosting providers* (blog, forum, hébergeur) engagent leur responsabilité à partir du moment où ils ont eu connaissance des informations transmises et qu'ils ne sont pas intervenus.

⁴⁶ www.thecontentmap.com

⁴⁷ http://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/Boek6/Titel3/Afdeling4A/Artikel196c/geldigheidsdatum_08-01-2016

Afin de se protéger, les fournisseurs introduisent une clause dans leur contrat avec leur client, leur permettant de supprimer des informations, ou de rendre l'accès impossible, si le service constate qu'il ne peut y avoir aucun doute sur l'illégalité de l'information⁴⁸.

D/ Aspects de droit international privé

18. Quel est dans votre droit le tribunal compétent en matière de cyber-délits ?

Devant tous les tribunaux, le juge commissaire est compétent pour les infractions pénales considérées les moins graves, dénommées *overtredingen*⁴⁹. Le *Rechtbank*⁵⁰ est compétent pour les affaires pénales plus graves, dénommées *misdrijven*⁵¹.

Les Pays-Bas ont ratifié la Convention de Budapest sur la Cybercriminalité, dans laquelle les articles 2 à 10 décrivent les cyber-délits⁵² ainsi que les articles 3 à 6 du Protocole additionnel à la Convention de Budapest sur la cybercriminalité⁵³.

Les articles 138ab, 138b, 139c, 139d et 161sexies du code pénal néerlandais définissent les cyber-délits et les catégorisent en *misdrijven*. Dès lors, le *Rechtbank* est compétent pour appréhender les cyber-délits.

19. Est-ce le même pour tous les cyber-délits ?

La compétence territoriale du *Rechtbank* est déterminée selon⁵⁴:

- la juridiction du lieu où l'infraction pénale a été commise ; ou
- la juridiction du lieu où le suspect habite ou de sa dernière adresse connue ; ou
- la juridiction du lieu où se trouve le suspect ; ou
- la juridiction du lieu où une procédure pénale est déjà en cours contre le suspect en question ; ou
- le tribunal d'Amsterdam où une infraction pénale a été commise ; ou
- le tribunal d'Amsterdam, le tribunal de Oost-Brabant, le tribunal de Overijssel ou le tribunal de Rotterdam si le procureur poursuit une affaire au niveau national ou

⁴⁸ <http://jrjuristen.nl/wp-content/uploads/2014/12/Aansprakelijkheid-van-service-providers-door-Rogier-van-den-Heuvel1.pdf>

⁴⁹ Art. 170 du code de procédure pénale ; en français, délits.

⁵⁰ Equivalent du Tribunal de Grande Instance français.

⁵¹ Art. 268 du code de procédure pénale ; en français, crimes.

⁵² <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>

⁵³ http://wetten.overheid.nl/BWBV0004845/geldigheidsdatum_10-02-2016

⁵⁴ Art. 2 du code de procédure pénale néerlandais.

si le procureur poursuit une infraction relative à l'environnement, l'économie ou la fraude (*functioneel parket*).

20. Quel est dans votre droit la loi applicable à l'indemnisation de la victime d'un cyber-délit ?

La loi néerlandaise est la loi applicable pour l'indemnisation de la victime d'un cyber-délit dans les deux cas suivants :

- le droit pénal néerlandais s'applique à toute personne qui se rend coupable d'une infraction pénale sur le territoire néerlandais⁵⁵ ;
- le droit pénal néerlandais s'applique également à toute personne qui se rend coupable d'une infraction pénale en dehors du territoire néerlandais et dont la victime est de nationalité néerlandaise à condition que la loi de l'état où l'infraction pénale a été commise prévoit une peine d'au moins huit ans⁵⁶.

21. Est-ce la même pour tous les cyber-délits ?

La même loi est applicable à tous les cyber-délits.

II/ MONDIALISATION, INTERNET ET LA PUISSANCE DES ACTEURS (les géants de l'Internet : GAFA : Google Apple Facebook Amazon, et d'autres encore : booking, expedia, twitter, etc...)

22. Le modèle économique des géants de l'Internet repose sur une prétendue gratuité :

- **gratuité apparente parce que l'internaute transfère ses données à caractère personnel ;**
- **gratuité apparente parce que le géant se paye sur une autre face du marché par de la publicité.**

Votre droit a-t-il déjà fait une analyse de cette fausse gratuité ? Y a t-il déjà eu des textes, des recommandations ou des décisions sur ce point ?

Récemment, l'autorité des données personnelles néerlandaise a enquêté sur l'application du géant Nike. Cette application est gratuite mais malheureusement au détriment d'une collecte de données à caractère personnel au profit de Nike. En effet, lorsque l'utilisateur souhaite utiliser

⁵⁵ Art. 2 du code pénal néerlandais.

⁵⁶ Art. 5 du code pénal néerlandais.

l'application, il doit fournir un certain nombre d'éléments comme son poids, sa taille, son sexe... Cette application permet à Nike de savoir à quelle fréquence l'utilisateur fait du sport, la localisation de ses exercices, et aussi le nombre de calories brûlées. Tous ces éléments permettent ainsi à Nike d'établir si la condition physique des utilisateurs s'améliore ou se détériore. L'autorité a jugé que ces données sont très sensibles car elles peuvent déterminer la santé de l'utilisateur, et sont aussi en corrélation avec l'espérance de vie.

L'autorité estime donc que de telles données ne peuvent être utilisées qu'après le consentement explicite des utilisateurs. Depuis cet avis de l'autorité, Nike a pris de nouvelles mesures comme la suppression de l'obligation d'indiquer sa taille et son poids. Désormais, Nike demandera toujours l'autorisation à ses utilisateurs avant d'utiliser leurs données personnelles.

23. Les géants jouent avec les différents systèmes juridiques pour optimiser au mieux leur situation :

- **d'abord leur situation juridique : clause attributive de juridiction, clause de loi applicable**
- **ensuite leur situation fiscale, notamment en faisant de la marge, là où l'impôt est le plus faible (Google et le double Irlandais ou le sandwich néerlandais ex : certains réseaux sociaux payent moins de 6000 euros d'impôts en France pour plusieurs milliards engrangés)**

Quelle est la position de votre droit face à une telle optimisation permise par la mondialisation, dans ces deux domaines?

La question de l'évasion fiscale des géants d'Internet par le biais des lois néerlandaises est déjà débattue depuis quelques années aux Pays-Bas. Le député néerlandais Ed Groot, membre du parti travailliste, a indiqué qu'il ne souhaitait pas que les Pays-Bas soient un paradis fiscal.

Dans une lettre en date du 17 janvier 2013, en réponse aux questions du député Merckies sur l'évasion fiscale de Google par le biais de la loi néerlandaise, l'ancien Secrétaire d'Etat avait répondu que l'évasion fiscale au détriment d'Etats tiers n'est pas un objectif national, les Pays-Bas n'étant pas favorables à l'évasion fiscale. Suite à cela, en 2015, le parti politique néerlandais de gauche *Partij van de arbeid* a fait une proposition pour que tous les flux de capitaux provenant des sociétés écrans ou *holdings* soient soumis à l'impôt aux Pays-Bas. Cette proposition a été refusée par plusieurs partis.

Récemment, Eric Wiebes, Secrétaire d'Etat au Ministère des Finances, a écrit une lettre à la seconde chambre du Parlement néerlandais, dans laquelle il a indiqué que cette politique fiscale avait été introduite afin d'attirer des entreprises innovantes sur le territoire national. Or, depuis son introduction, un nombre important d'Etats européens a adopté des mesures similaires, ce qui a eu pour conséquence d'en amenuiser l'efficacité. Cependant, il apparaît nécessaire de

maintenir cette politique afin de conserver l'attractivité des Pays-Bas aux yeux des entreprises spécialisées dans la recherche.

24. Les géants de l'Internet se rendent parfois coupables d'abus de position dominante. Y a-t-il eu dans votre pays des affaires concernant de tels abus ?

Le droit néerlandais est une mise en œuvre parfaite du droit européen sur les abus de position dominante. En général, l'autorité de la concurrence néerlandaise ne contrôle pas les abus de position qui relèvent donc à ses yeux plus de la compétence de la Commission européenne. Aucun exemple n'a pu être encore relevé concernant les géants de l'Internet.

25. Les géants de l'Internet construisent souvent des systèmes fermés ou semi-fermés: exemple : Apple : vous avez un Iphone, il faut aller sur apple store, etc... Votre droit a-t-il appréhendé ces exclusivités et ces écosystèmes fermés ou semi-fermés ?

Les juges néerlandais reconnaissent la théorie des facilités essentielles telle qu'elle est mise en application par les juridictions européennes.

Une procédure est actuellement en cours à l'encontre KPN⁵⁷. En effet, KPN possède un réseau souterrain permettant d'obtenir un accès Internet. L'autorité néerlandaise de la concurrence a jugé que les autres fournisseurs devaient être autorisés à utiliser ce réseau. La Commission européenne a été saisie de l'affaire afin de déterminer l'existence d'une position dominante de KPN.

26. Les contrats que proposent les géants de l'Internet aux internautes sont des contrats d'adhésion. Votre droit protège-t-il les internautes dans ce cadre et si oui, comment ? (clauses abusives, pratiques commerciales déloyales, mais est-ce commercial si c'est gratuit ? etc...)

Les Pays-Bas faisant partie de l'Union Européenne, la Directive 93/13/CEE, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, a été transposée en droit néerlandais et est donc applicable en la matière⁵⁸.

III/ MONDIALISATION, INTERNET ET LES DIFFICULTES DE LA REPRESSION DES PRATIQUES ILLICITES

⁵⁷ Opérateur téléphonique néerlandais.

⁵⁸ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/26470/kst-26470-3?resultIndex=9&sorttype=1&sortorder=4>

27. Comment votre droit lutte-t-il contre la pédopornographie sur Internet ?

L'article 240b du code pénal néerlandais condamne la pédopornographie. La directive européenne 2011/93/EU a été transposée par une loi datant du 12 février 2014. L'article 248f du code pénal néerlandais a ainsi été inséré. La loi prévoit que celui forçant une personne de moins de 18 ans à se prostituer pourra être puni d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ou d'une amende de 5^{ème} catégorie (82 000 euros à partir du 1^{er} janvier 2016). D'autres règles ont été insérées, comme l'augmentation des peines de prison d'un tiers si la pression sur le mineur est effectuée au moyen de la violence.

Par exemple, une peinture comportant de la pédopornographie n'est pas exclue de l'application de l'article 240b du code pénal néerlandais, du fait de la nature de l'objet en question, puisque seul le comportement sexuel d'une personne ayant clairement moins de 18 ans doit être pris en compte⁵⁹.

28. Comment votre droit lutte-t-il contre les propos racistes, haineux, sur Internet ?

Les articles 137c (pour les propos), 137d (pour des images) et 137e (propos pouvant être considérés comme racistes ou discriminatoires, discours haineux ou objets pouvant véhiculer un message raciste ou discriminatoire) du code pénal néerlandais prévoient des sanctions pénales à l'encontre de celui qui exprime dans la sphère publique des propos racistes ou discriminatoires.

En vertu de l'article 137c du code pénal néerlandais, l'individu ayant été condamné risque une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de troisième catégorie d'un montant maximum de 8 200 euros depuis le 1^{er} janvier 2016. Si les propos racistes et discriminatoires sont exercés dans le cadre d'une profession ou de manière répétée, les peines seront plus élevées. Par exemple, selon l'article 137c du code pénal néerlandais, l'individu commettant l'infraction peut être condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de quatrième catégorie, c'est à dire d'un montant de 16 750 euros depuis le 1^{er} janvier 2016. Afin d'appliquer cet article, il est notamment nécessaire que les propos racistes ou haineux soient publiés sur un site comportant un accès public.

29. Le droit pénal de votre pays est-il efficace pour lutter contre de telles infractions ?

L'article 1 de la Constitution néerlandaise interdit la discrimination basée sur la religion, les opinions, l'origine ethnique, le sexe ou autres. Ainsi, la responsabilité de gestionnaires de site Internet a été retenue suite à des propos racistes ou discriminatoires qu'ils avaient eux-mêmes placés sur leur site⁶⁰.

⁵⁹ HR 08 décembre 2015, paragraphe 4.4.2.

⁶⁰ NJFS 2011/170

Concernant la pédopornographie, le procureur doit intenter une action pénale, dans tous les cas, si la police découvre un document comportant de la pédopornographie⁶¹, ce qui est donc strict. Des difficultés inhérentes à la preuve de l'intention de posséder et d'utiliser des documents pédopornographiques persistent⁶².

30. Votre pays met-il en avant la soft law, l'autorégulation pour lutter contre de telles infractions ?

S'agissant de la pédopornographie sur Internet, il y a plusieurs documents de soft law. Dans le *aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik*⁶³, il est précisé que bien que la pédopornographie fasse partie des *zedendelicten*⁶⁴, il y a des règles spéciales qui sont expliquées dans le cadre des *aanwijzing kinderpornografie*⁶⁵. Dans le *aanwijzing kinderpornografie*, la priorité est mise sur l'identification des victimes et les plaintes/affaires qui viennent de l'étranger. Les équipes de police, qui sont responsables des dossiers de pédopornographie, doivent avoir une formation particulière. Le document *Richtlijn strafvordering kinderpornografie 2013*⁶⁶ se concentre plutôt sur la création, diffusion, possession, la mise à disposition et l'acquisition de documents comportant de la pédopornographie et ceci de façon répétée.

31. Existe-t-il des lois d'exception permettant de requérir le transfert des données par les acteurs d'Internet aux autorités nationales ?

Il n'existe pas de loi spéciale permettant de requérir le transfert des données par les acteurs d'Internet aux autorités nationales.

IV/ MONDIALISATION, INTERNET ET LES NOUVELLES OPPORTUNITES

32. Votre droit a-t-il une réglementation spéciale des jeux en ligne ?

Actuellement, il est interdit aux Pays-Bas de proposer des jeux en ligne. Les entreprises étrangères n'ont pas le droit non plus de cibler des joueurs néerlandais. Les lois régulant ce marché aux Pays-Bas ont plus de 50 ans, elles sont donc antérieures à l'avènement de l'Internet.

Depuis 2013, le gouvernement hollandais travaille sur un projet de loi afin de légaliser l'industrie du jeu en ligne. Le projet a pour but de protéger les utilisateurs contre les risques de

⁶¹ http://wetten.overheid.nl/BWBR0034086/geldigheidsdatum_14-01-2016

⁶² NJFS 2013/123 pour la différence entre des documents pédopornographiques digitaux et des documents pédopornographiques non digitaux et NJFS 2010/73 pour les documents pédopornographiques dans des *lost files* et *recovered folders*.

⁶³ En français, décision sur les enquêtes et poursuites pénales concernant les abus sexuels.

⁶⁴ En français, infractions sexuelles.

⁶⁵ En français, décisions sur la pédopornographie.

⁶⁶ En français, directive relative à la procédure pénale en matière de pédopornographie.

fraude et de dépendance aux jeux en ligne. Les opérateurs, afin de proposer leurs jeux aux Pays-Bas, devront demander une licence auprès de l'administration et d'autres exigences devront être respectées :

- informer les utilisateurs sur les dangers de dépendance aux jeux ;
- demander l'identification des joueurs ;
- mettre en œuvre des dispositions de transparence pour lutter contre le blanchiment ;
- respecter les obligations fiscales.

La loi nouvelle ne devrait pas entrer en vigueur avant 2017⁶⁷. Cependant, même si les jeux en ligne sont interdits aux Pays-Bas, le fournisseur de ces jeux ne doit pas pour autant se voir condamner au remboursement des sommes pariées par le joueur. En effet, lors d'un litige entre Unibet et un joueur néerlandais devant la cour d'Amsterdam, les juges ont posé le principe qu' « un fournisseur de jeu a une obligation de prévention face à l'addiction des joueurs, mais que cette obligation doit être évaluée au cas par cas. En l'espèce, il n'était pas démontré qu'Unibet aurait dû intervenir face au comportement du joueur »⁶⁸. En conclusion, la nullité ou l'invalidité du contrat de jeu doit être déterminée au cas par cas, malgré l'illégalité des jeux en ligne aux Pays-Bas.

33. Votre droit a-t-il une réglementation spéciale du *crowdfunding* (financement participatif) ?

L'Autoriteit Financiële Markten⁶⁹ (AFM) et De Nederlandsche Bank⁷⁰ (DNB) estiment qu'il est important que l'industrie du *crowdfunding* ait la possibilité de se développer de manière durable et responsable⁷¹. A ce titre, ces industries doivent respecter certaines conditions, telles que la mise en place de plateformes professionnelles, un niveau minimum de transparence et un certain degré de protection aussi bien pour le prêteur que l'emprunteur.

Il n'existe pas réellement de cadre juridique réservé au *crowdfunding*. Cependant, la législation néerlandaise permet la réglementation de cette activité par le biais de lois existantes. La structure juridique choisie pour le *crowdfunding* détermine les règles juridiques applicables⁷². Il est, par exemple, impossible pour une plateforme de *crowdfunding* de fonctionner comme une banque à moins que celle-ci ne dispose d'une licence bancaire ou d'un acte réglementaire.

La plateforme, selon sa forme, peut également être soumise à un contrôle de l'AFM en tant que plateforme financière. L'AFM et la DNB invitent donc les plateformes de

⁶⁷ <http://www.kansspelautoriteit.nl>

⁶⁸ <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2015:1452&keyword=gokken+online>

⁶⁹ En français, Autorité des Marchés financiers.

⁷⁰ En français, La Banque Néerlandaise.

⁷¹ <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/crowdfunding-overig>

⁷² http://www.dnb.nl/binaries/AFMDNBcrowdfunding_tcm46-251573.pdf

crowdfunding, suite au choix de leur structure, à leur soumettre leur projet. Cela leur permet d'être informées sur les lois et règlements pertinents et applicables ou non au projet.

34. Votre droit a-t-il plus généralement une réglementation de l'économie de partage que permet Internet ? Exemple Blablacar (covoiturage facilité par Internet)

Il n'existe pas encore de réglementation spécifique à l'économie de partage aux Pays-Bas, mais plutôt une répression au cas par cas, sous la pression des acteurs importants du marché. En effet, les plateformes à l'origine de l'économie de partage ne sont pas soumises aux mêmes réglementations que les entreprises exerçant dans ce domaine. Face à cette inégalité, le gouvernement des Pays-Bas a décidé de lancer plusieurs études afin d'évaluer les possibilités de régulation de cette économie de partage.

35. Votre droit a-t-il réagi à l'uberisation de l'économie permise par Internet?

- **Exemple du monopole des taxis mis à mal par une application permettant de partager un véhicule contre un prix entre particuliers (uberpop), ou de réserver les services d'un professionnel en passant par Internet, l'opérateur (uber) prenant des commissions sur chaque opération.**

- **Exemple des hôteliers qui supportent les charges des établissements ouverts au public et qui se voient concurrencés par des sites comme AirBnB qui permettent de louer un appartement ou une maison , sans que le loueur soit soumis aux mêmes exigences qu'un hôtel, etc...**

L'absence de régulation de l'économie de partage a donné lieu à plusieurs décisions dans ce domaine aux Pays-Bas. Prenons l'exemple d'Uber et de son application UberPop le 8 décembre 2014, la cour d'Amsterdam a jugé que l'application UberPop était contraire à la législation au motif que l'application permettait le transport de personne par le biais de chauffeurs amateurs n'étant pas en règle avec la législation. Malgré le jugement, Uber a décidé de ne pas retirer son application. Le gouvernement hollandais a donc pris la décision d'octroyer de fortes amendes aux utilisateurs. De plus, en avril 2015, le procureur a menacé Uber d'ouvrir une enquête criminelle à son encontre. Cette menace a eu pour effet d'inciter Uber à retirer l'application Uberpop. Ce retrait était également motivé par la volonté d'Uber d'ouvrir des négociations avec le gouvernement hollandais dans le but de moderniser la législation actuelle⁷³.

En ce qui concerne la plateforme AirBnB, il n'y a pas à ce jour de régulation nationale dans ce domaine. Cependant, la ville d'Amsterdam fait figure d'exception, car la ville et la plateforme ont choisi d'entreprendre des négociations. Ils ont établi les règles de location suivantes⁷⁴:

⁷³ <http://www.nrc.nl/nieuws/2015/11/18/uber-stopt-met-uberpop-in-nederland>

⁷⁴ <http://www.amsterdam.nl>

- seul le propriétaire peut louer son bien ;
- un maximum de 4 personnes par location ;
- le propriétaire doit verser 5,5% de taxe touristique ;
- la copropriété doit approuver les locations AirBnB ;
- les voyageurs ne doivent pas troubler la tranquillité de l'immeuble ;
- la période totale de location ne peut excéder 60 jours par an ;
- la propriété doit être conforme avec la réglementation en vigueur en matière de sécurité incendie.

La ville d'Amsterdam prévoit de réévaluer ces règles en 2017. Elles ont été introduites suite à une décision pénale⁷⁵, posant le principe que la location d'un appartement sur une courte période relève d'une exploitation commerciale.

⁷⁵ <http://www.rechtblog.nl/2014/je-woning-verhuren-via-airbnb-zo-zit-het-juridisch/>