

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le droit et le devoir de l'Union européenne et des Etats membres de veiller au respect de la protection des données dans le commerce mondial**

Poullet, Yves

*Published in:*

The Spanish Constitution in the European constitutional context

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 2003, Le droit et le devoir de l'Union européenne et des Etats membres de veiller au respect de la protection des données dans le commerce mondial. dans *The Spanish Constitution in the European constitutional context*. Dykinson, Madrid, pp. 1751-1772.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LE DROIT ET LE DEVOIR DE L'UNION EUROPÉENNE ET DES ÉTATS MEMBRES DE VEILLER AU RESPECT DE LA PROTECTION DES DONNÉES DANS LE COMMERCE MONDIAL

**YVES POULLET\***

## TABLE DES MATIÈRES

1. La protection de la vie privée: l'approche européenne *versus* l'approche américaine.- 2. Ce droit fondamental fait partie d'un «ordre public communautaire».- 3. L'obligation de l'Union européenne de veiller au respect des droits de l'homme et à la protection des données relatives à ses citoyens dans les relations internationales.- 4. Conclusions.

Notre propos est d'établir l'obligation positive des Etats membres de l'Union Européenne et de l'Union elle même à militer sur le plan international pour garantir aux personnes protégées par la Directive, la protection effective de leur vie privée.

La démonstration suivra le cheminement suivant:

- A l'inverse des Etats-Unis, la protection de la vie privée au sens large est considérée par l'Union européenne non comme une simple prérogative de droit privé mais comme un «droit fondamental», protégé par l'ordre juridique communautaire.

- Ce droit fondamental, consacré tant par la Convention européenne des Droits de l'Homme que par le Traité de Rome, fait partie d'un «ordre public communautaire» et s'inscrit dans la Constitution tant des Etats membres qu'à l'avenir de l'Union.

---

\* Yves Poulet est professeur ordinaire des Facultés Universitaires Notre Dame de la Paix à Namur (Belgique) depuis 1982 et de l'Université de Liège depuis 2000. Il est présentement doyen de la Faculté de Droit des FUNDP où il dirige également le Centre de Recherches Informatique et Droit (<http://www.crid.ac.be>) et préside le programme «Droit et Gestion des Technologies de l'Information et de la Communication».

Il est membre de la Commission des Normes de Télématique Médicale, de la Commission Internet de la Communauté française, de la Commission belge de la Protection de la Vie Privée.

Il est expert auprès de l'Union Européenne, du Conseil de l'Europe et de l'UNESCO.

Ses domaines de recherche privilégiés sont la protection des données, la régulation de l'Internet et les contrats électroniques.

Il a obtenu en 2003, la Chaire Franqui «Internet et le droit: une (r)évolution».

Par l'inscription du droit de la protection de la vie privée voire plus largement du droit à la protection des données dans leur ordre constitutionnel, les Etats membres<sup>1</sup> et l'Union européenne souscrivent à des obligations à caractère objectif, obligations de vigilance et de «due diligence» de veiller à leur respect.

- Cette même obligation entraîne, sur le plan international cette fois, une responsabilité internationale des Etats membres même lorsqu'ils sont parties à des traités internationaux, en cas d'abstention de la part de ses Etats membres alors même que des violations des droits fondamentaux sont constatées.

### La protection de la vie privée: l'approche européenne versus l'approche américaine

I. Nombre d'auteurs<sup>2</sup> soulignent la convergence de toutes les nations démocratiques, en particulier, nord-américaines et européennes autour des mêmes principes de base en matière de protection des données<sup>3</sup> et leur adoption d'une définition commune de la «privacy» comme «droit à l'autodétermination»<sup>4</sup>. Les discours officiels tant aux Etats-Unis qu'en Europe<sup>5</sup> soulignent l'importance critique de la protection des données pour assurer le développement de la société de l'information.

La distinction ne se situe donc pas au niveau des principes mais du statut qu'on reconnaît à ces principes de base<sup>6</sup>. Carter Manny<sup>7</sup> résume comme suit cette différence d'approche: «When European state that privacy is a fundamental right, the effect among Americans is to frame questions of consumer information privacy in terms of privacy interests of individuals competing against organisational or societal inter-

<sup>1</sup> Sans être exhaustif, relevons l'article 18 de la Constitution espagnole; l'article 10 de la Constitution des Pays-bas; l'article 22 de la Constitution belge; l'article 35 de la Constitution portugaise.

<sup>2</sup> A cet égard, notamment J. REIDENBERG, «Resolving conflicting International Data Privacy rules in Cyberspace», 52, *Stanford Law Review* (2000), 1322 et s.; C. BENNETT et R. GRANT, «Introduction», in *Visions of Privacy: Policy choices for the Digital Age*, 1999, p. 6 et s.; P.M. SCHWARZ, «Privacy and Democracy in Cyberspace», 52 *Vand. L. Review* (1999), 1663-1665; C. MANN, «European and American Privacy Commerce, Rights and Justice», to be published in the *Proceedings of the Academy for Legal Studies in Business Conference*, Albuquerque, New Mexico, Aug. 2001. Cf. également dès 1980 dans le cadre des travaux de l'OCDE, la déclaration de M. KIRBY, TBDF and the «Basic Rules of Data Privacy», 16 *Stanford. J. Int. Law Review* (1980), p. 27: «Surprisingly, in all the major international efforts that have so far addressed ... (data protection), there has been a broad measure of agreement on the "basic rules" around which domestic privacy legislation should cluster».

<sup>3</sup> A cet égard, C. BENNETT, *Regulating Privacy Data Protection and Practice Policy in Europe and the United States*, 1992, p. 95-115.

<sup>4</sup> ...suivant le fameux arrêt du Bundesverfassungsgerichtshof allemand (BverfG., EUGRZ, 1983, p. 588)

<sup>5</sup> Ainsi, sous le gouvernement Clinton, l'importante déclaration: The White House, A Framework for Global Electronic Commerce, 1<sup>er</sup> juillet 1997, p. 13 et 14 (disponible sur le site <http://www.ecommerce.gov/framework.htm>.) plaidant pour la reconnaissance de l'importance de la protection des données comme condition du développement d'Internet.

<sup>6</sup> Sur cette distinction d'approche, lire A. CHARLESWORTH, *Data privacy in Cyberspace: not National v. International but Commercial v. Individual, Law and the Internet: A Framework for Electronic Commerce* (2<sup>nd</sup> ed.), Edwards & Waelde (eds), Hart Publishing, 2000, 79-122; S. GUTWIRTH, «Privacy and the Information Age», Rowman and Littlefield Publishers, 2001.

<sup>7</sup> C.H. MANN, art. cité, p. 12.

rests. Joel Reidenberg<sup>8</sup> est plus net encore : «The Background and underlying philosophy of the European Directive differs from that of the United States. While there is a consensus among democratic society that information privacy is a critical element of civil society, the U.S has, in recent years, left the protection of privacy to markets rather than law. In contrast, Europe treats privacy as a political imperative anchored in fundamental human rights». Sans doute, la réflexion devrait être sur ce point approfondie.

II. Cette reconnaissance en Europe du droit à la vie privée comme «droit fondamental» ne modifie pas le contenu de la protection. Que ce soit aux Etats-Unis ou en Europe, la protection s'entend d'une démarche procédurale plus que substantielle<sup>9</sup>. La Convention européenne des Droits de l'Homme et la Directive, à l'instar des «*Fair Principles of Informational Privacy*» chers à l'approche américaine, ne définissent point la «vie privée» mais mettent en place des standards procéduraux aptes à prévenir des atteintes à cette vie privée dont la notion loin d'être univoque, renvoie au contraire à la protection de l'ensemble des libertés: celle de se déplacer, celle d'obtenir un crédit ou un emploi, celle de s'exprimer ou de communiquer librement et de ne point subir de discrimination. Bref, la vie privée n'est pas une liberté supplémentaire mais elle apparaît comme la condition de toutes les autres.

La reconnaissance de la «vie privée» comme droit fondamental et non comme simple défense d'intérêts donne cependant aux «standards» mis en place une valeur juridique autonome «objective», c'est-à-dire non soumis à la pure discrétion, non seulement, des parties - que leurs volontés s'expriment dans un contrat ou une autoréglementation -, mais également, de l'Etat lui-même. «L'étude attentive de la jurisprudence des organes de Strasbourg montre que les droits fondamentaux garantis par la Convention ne sont pas seulement des droits subjectifs ayant pour fonction de protéger l'individu contre les ingérences des pouvoirs publics (et privés) mais qu'ils peuvent remplir également une fonction objective<sup>10</sup>: ces droits font alors office, selon le professeur Malinverni<sup>11</sup> de «principes directeurs de toute activité de l'Etat» et «ils doivent orienter l'action de l'ensemble de ses organes et imprégner de leurs valeurs tout son ordre juridique<sup>12</sup>».

<sup>8</sup> J. REIDENBERG, «E-commerce and Trans-Atlantic Privacy», 38 *Houston Law Review*, 2001, p. 731.

<sup>9</sup> Sur cette affirmation, lire J. DHONT et M.-V. PEREZ ASINARI, «Regulating Data Protection in a Cross-Cultural Perspective», article en cours de publication réalisé dans le cadre d'une étude menée par le CRID pour le Fonds de la recherche de la Communauté française de Belgique.

<sup>10</sup> Sur le caractère «objectif» des Droits de l'Homme, lire not. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des Droits de l'Homme*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 2001, n° 23, p. 28; K. VASAK, «Vers un droit international spécifique des droits de l'Homme», in *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Unesco, 1978, p. 707 et s.

<sup>11</sup> G. MALINVERNI, «Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme», *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Helbing et Lichtenhahn, 1989, 542.

<sup>12</sup> F. SUDRE, «Existe-t-il un ordre public européen? » in P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les Droits de l'Homme*, Bruxelles-Bruylant, 1996, 53.

III. Il s'agit bien, comme le note l'article 6 du Traité de l'Union européenne, d'assurer «la prééminence des droits fondamentaux en tant que valeurs sociales sur l'Etat»<sup>13</sup>. «L'Union européenne respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire». Cette reconnaissance fondamentale du droit à la vie privée comme droit de l'Homme induit non seulement des limites constitutionnelles à l'action de l'Etat... et, selon la Charte européenne récemment adoptée<sup>14</sup> et sur le texte de laquelle nous reviendrons (infra, n°12), à l'action des pouvoirs privés mais en outre fonde un devoir positif de l'Etat de protéger de telles libertés. Une telle approche différencie fondamentalement l'approche européenne de l'approche américaine comme le note C. Leben<sup>15</sup>: «Mais à la différence de son homologue (américain)<sup>16</sup> dont l'implantation indépendante outre Atlantique remonte à la même époque, l'Europe, avec des variations selon les pays, n'a jamais renoncé à l'action continue de l'Etat, i.e. du gouvernement, qui est certes l'entité contre laquelle la protection des droits est organisée mais qui est aussi le représentant de la volonté du peuple qui doit garantir la protection effective des droits et libertés fondamentales» notamment, comme le note la Charte, par la création d'une autorité de contrôle. «Indeed, citizens trust government more than the private sector with personal information... In this context, European democracies approach data protection as an element of public law»<sup>17</sup>.

IV. Le discours américain est différent: le premier amendement consacre la liberté d'expression, il est considéré dans le secteur privé comme le fondement même de la liberté de circulation de l'information y compris nominative<sup>18</sup>. Ceci n'empêche pas, comme le notent nombre d'auteurs américains<sup>19</sup>, la nécessité dans certains sec-

teurs de protéger la personne concernée non en tant que citoyen, bénéficiant de droits fondamentaux mais en tant que consommateur individuel, devant être protégé contre les abus potentiels que le rapport inégalitaire de force permet dans certains secteurs. Il s'agit donc d'admettre dans de tels cas une intervention soit des tribunaux en termes de responsabilité de ceux qui traitent des informations à propos d'autrui et crée vis à vis de ces derniers des dommages (*«Harm» approach*), soit exceptionnellement du législateur dans des secteurs particuliers.

A propos de l'intervention judiciaire, on notera que l'approche fondée sur les règles de la responsabilité civile, présente quelques inconvénients: elle ne permet pas la prévention des abus comme une loi définissant de manière précise les devoirs des responsables de traitement et instituant des mécanismes de contrôle peut le faire; elle oblige la personne concernée à faire preuve de son dommage et surtout elle ne justifie que des interventions ponctuelles et a posteriori dans des cas concrets sans prendre en considération les déséquilibres de pouvoirs entre les personnes concernées et les responsables de traitement.

V. A propos de l'intervention législative, l'approche «consumers' privacy» expliquée que dans le secteur privé, les initiatives réglementaires aux Etats-Unis n'ont visé que des secteurs voire des opérations spécifiques où les risques d'atteinte à des intérêts majeurs des consommateurs étaient importants, en particulier celui du crédit<sup>20</sup>, de la location de vidéo ou des utilisations de services de télécommunication de base. Pour les mêmes raisons de protection des intérêts vitaux du consommateur, certains<sup>21</sup> préconisent demain l'octroi par la législation de «privacy rights» en matière d'Internet où les risques d'atteinte aux intérêts des individus sont à craindre au vu des technologies utilisées pour la collecte et des larges capacités de traitement que ces technologies autorisent. Ceci dit, en admettant même cette extension importante, il n'est point question pour le législateur américain de remettre en cause le paradigme selon lequel la «privacy» est d'abord un problème de balance d'intérêts privés, vis-à-vis de laquelle l'Etat n'a point fondamentalement à intervenir sauf cas exceptionnels.

<sup>13</sup> A cet égard, les multiples décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes qui ont précédé l'insertion par le Traité d'Amsterdam de cet article 6, P. WACHSMAN, «Les droits de l'Homme», *RTD européen*, 1997, n° 4, p. 883-902 en particulier l'arrêt Wachauf du 13 juillet 1989, Aff. 5/88, Rec. 2609: «En vertu d'une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces Etats».

<sup>14</sup> Le texte publié en JOCE C 364/1, 18 déc. 2000 est disponible sur le site de l'Union européenne: ([http://europa.eu.int/comm/just\\_home/unit/charte/pdf/texte\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/just_home/unit/charte/pdf/texte_fr.pdf))

<sup>15</sup> C. LEBEN, «Y-a-t-il une approche européenne des Droits de l'Homme?», in *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, op. cit., p. 98.

<sup>16</sup> C. Leben fait allusion à la Déclaration des droits et devoirs de l'Homme proclamée lors de la déclaration d'indépendance des Etats-Unis, contemporaine de la déclaration de la révolution française.

<sup>17</sup> J. REIDENBERG, art. cité, *Houston Law Rev.*, p. 731.

<sup>18</sup> «It was also understood that in some circumstances the first Amendment presumption against government restrictions on speech would not allow certain privacy laws that limited publication of personal information by news organizations» (M. ROTHENBERG, «Fair Information Practices and the Architecture of Privacy», 2001 *Stan. Tech. L. Rev.*, 1, n°29)

<sup>19</sup> P. SCHWARTZ - J. REIDENBERG, *Data Privacy Law*. «A Study of U.S. data Protection», Michie Law Publishers, Virginia, 1996; G.M. CONNOR, «Privacy Policies under Gramm-Leach», *New-Jersey L. Journ.*, 8 mai 2000; A. BARTOW, «Our Data, ourselves: Privacy, Propertization and Gender», 34 *U.S.F. L. Rev.*, (2000), 633

<sup>20</sup> Ainsi, le secteur du crédit depuis le Fair Credit Reporting Act de 1970, le Fair Credit Billing Act de 1974, l'Equal Credit Opportunity Act de 1974, Le Right to financial Privacy Act de 1978... dans d'autres secteurs, à noter celui des télécommunications avec l'Electronic Communications Privacy Act de 1986, le Cable Communications Policy Act de 1984, le Telephone Consumer Protection Act de 1991 et plus récemment, le Children's Online Privacy Policy Act de 1998 et plus récemment les importants «Standards for Privacy if Individually Identifiable Health Information Regulation Texts (Medical Privacy Act)», OCR HIPAA Privacy, Oct 2002, disponibles sur le site: <http://www.hhs.gov/ocr/combined/regtext>.

<sup>21</sup> On rappelle que dans son rapport au Congrès sur l' Online Privacy après avoir plaidé dans ses rapports de 1998 et 1999 pour des solutions mises au point par le marché lui-même reconnaissant dans son rapport du 22 mai 2000, l'intérêt d'une législation pour protéger la vie privée des consommateurs dans le cadre des transactions via Internet (Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace: A Federal Trade Commission report to the Congress disponible sur le site: <http://www.ftc.gov/os/2000/05/index.htm#22>). Pour être complet, on ajoutera que le nouveau président de la F.T.C. Mr T. Murriss se prononça contre un mouvement de législation en ce domaine: «Remarks at the Privacy 2001 Conference, Protecting Consumers' Privacy: 2002 and Beyond», (Oct. 4, 2001), discours disponible sur le site de la FTC

La déclaration sous l'ancienne présidence Clinton de la Maison Blanche du 1<sup>er</sup> juillet 1997 à propos du commerce électronique global<sup>22</sup> illustre bien les limites strictes de l'intervention de l'Etat: «Americans treasure privacy, linking it to our concept of personal freedom and well-being». «At the same time, fundamental and cherished principles like the First Amendment, which is an important hallmark of American democracy, protect the free flow of information. Commerce on the GII (Global Information Infrastructure) will thrive only if the privacy rights of individuals are balanced with the benefits associated with the free flow of information”.

“The Administration supports private sector efforts now underway to implement meaningful, consumer-friendly, self-regulatory privacy regimes. These include mechanisms for facilitating awareness and the existence of choice online, evaluating private sector adoption of and adherence to fair information practices, and dispute resolution”.

“The Administration also anticipates that technology will offer solutions to many privacy concerns in the online environment, including the appropriate use of anonymity. If privacy concerns are not addressed by industry through self-regulation and technology, the Administration will face increasing pressure to play a more direct role in safeguarding consumer choice regarding privacy online”.

“To ensure that differing privacy policies around the world do not impede the flow of data on the Internet, the United States will engage its key trading partners in discussions to build support for industry-developed solutions to privacy problems and for market driven mechanisms to assure customer satisfaction about private data is handled”.

VI. L'approche européenne fondée sur les droits de l'Homme confère à l'Etat un rôle plus proactif. Il s'agit de le consacrer non seulement à travers une solution législative non point spécifique à un secteur, mais général mais surtout d'en garantir publiquement le respect effectif à travers la création d'autorités indépendantes de contrôle et des incriminations pénales<sup>23</sup>. Au-delà, cette approche interdit que la balance entre les intérêts de la personne concernée et ceux du responsable du traitement, principe essentiel des privacy standards, puisse être évaluée des seuls points de vue de ces personnes mais doit faire l'objet d'une réflexion publique démocratique qui interdit toute négation même par une personne consentante de sa dignité humaine<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> «A framework for Global Electronic Commerce», The White House, 1 July 1997, disponible sur le site: <http://www.ecommerce.gov/framework.htm>.

<sup>23</sup> L'existence de ces «incriminations pénales» témoigne de la volonté des autorités européennes de mettre leurs services de police et la justice du service de ce droit fondamental.

<sup>24</sup> «A property-based regime of the type Lessig describes lacks any commitment to an institutional structure (or more broadly democratic institutions) that could be established to protect an underlying public interest. Privacy interest that cannot be expressed in a marketplace through the exercise of P3P preferences simply do not exist. Again interests of common concern are pushed aside in the name of promoting market-based negotiation. Such an approach implicates not only public values but also public debates and public institutions. A regulatory regime also allows the design of an architecture that reflects public values as opposed to simply private market power.»

VII. En aucune manière, l'information nominative ne peut être considérée exclusivement comme une simple «commodity»<sup>25</sup>, mais renvoie à une réflexion sur la liberté humaine<sup>26</sup> excluant toute approche fondée sur la «propriété» par la personne concernée de ses données nominatives<sup>27</sup>.

Notre réflexion ne vise pas à interdire toute cession ou toute possibilité pour une personne consentante de pouvoir disposer de ses données nominatives. Le consentement de la personne concernée, qu'il soit simple, indubitable, expresse ou par écrit, est, dans la directive, la première cause de légitimité d'un traitement de données à caractère personnel mais ce fondement n'exclut pas marginalement l'intervention d'un juge lorsque la renonciation à l'exercice du droit à la vie privée<sup>28</sup> représente de par

(M. ROTHENBERG, art.cité, n° 95: l'auteur critique violemment du moins en ce qui concerne la protection des données personnelles, l'approche «libertarienne» de Lessig (Code and other Laws of Cyberspace) qui plaide pour une non intervention de l'Etat).

Dans le même sens à propos du P3P et de l'approche de Lessig, lire P.M. SCHWARTZ, “Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy Control and Fair Information Practices”, *Wisconsin Law Review*, 2000, 743 et ss., en particulier les conclusions de l'auteur (p. 787): «In place of Lessig's idea that privacy protects a right of individual control, this article has developed a concept of constitutive privacy. Rather than simply seeking to allow more and more individual control of personal data, we should view the normative function of information privacy as inhering in its relation to participative democracy and individual selfdetermination.»

<sup>25</sup> A ce propos, voir L. Berkamp qui plaide pour une approche de la vie privée en termes de «commodity» négociable (Lucas BERKAMP, «EU Data Protection Policy. The Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe's Data Protection Policy in an Information-driven Economy», *Computer Law & Security Report* Vol. 18 No 1, 2001, pp. 31-47). A propos de l'incorporation du droit à la protection des données dans la Charte européenne des Droits de l'Homme, l'auteur écrit: «An unfortunate consequence of including this right among truly fundamental rights, such as the prohibition of torture and slavery and the freedom of expression, is that the notion of fundamental right seriously devaluated, with adverse consequences for the respect for the core human rights».

<sup>26</sup> A ce propos, P. SCHWARTZ, “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *52 Vanderbilt Law Rev.* 1609, 1661, 1999 et plus récemment, D.J. SOLOVE, “Conceptualizing Privacy”, *90 California Law Rev.*, 1087 (1115), 2002. “Schwartz also questions the assumption that individuals are able to exercise meaningful choices, with regard to their information, given disparities in knowledge and power when bargaining over the transfer of their information. The implication is that privacy involves not only individual control, but also the social regulation of information. In other words, privacy is an aspect of social structure, an architecture of information regulation, not just a matter for the exercise of individual control.”. On notera que cette réflexion en termes d'équilibre des pouvoirs entre les personnes concernées et les responsables de traitement et la nécessité d'une intervention de l'Etat, est omnisprésente aux Etats-Unis lorsqu'il s'agit de traitements opérés par les autorités publiques et on comprend mal pourquoi ce même raisonnement n'est pas adopté lorsqu'il s'agit de traitements opérés dans le secteur privé.

<sup>27</sup> Sur cette distinction fondamentale des approches, Y. POULLET, «Data Protection between Property and Liberties: a civil Law approach», in *Amongst Friends in Computer and Law*, R. KASPERSEN and A. OSKAMP (ed.), 1990, p. 175 et ss.; J. E. COHEN, «Cyberspace and Privacy: A new legal Paradigm», *52 Stanford L. Rev.* 2000, 1373 et ss.: «(Things deemed property are not defined solely or even primarily by their exchange value but rather by the ways by which they shape the social relations between and among persons. Equating “privacy” with “property” disfavors strong data privacy protection only to the extent that our sense of what can be owned is limited by a platonic ideal of frictionless tradability. Other insights point the way toward a more nuanced understanding of the social and institutional roles of things deemed property...».

Cf. également la critique sévère de P.M. Schwartz à propos de l'approche “Property of Privacy” défendue par de nombreux auteurs américains. Selon l'auteur, «In revisiting Calabresi and Meland's work regarding the comparative merits of property and liability regimes, a mixed regime should be preferred for Internet Privacy over Lessig's pure property regime... The enactment of Fair Information Practices through statutory law and the judicial and administrative interpretation of these (liability) standards will have the crucial benefit of involving democratic institutions in the process of shaping the code of Internet Privacy.” (P.M. SCHWARTZ, *Beyond Lessig's Code for Internet Privacy*, art.cité, p. 787)

<sup>28</sup> Sur cette distinction et l'admission de la renonciation à l'exercice d'un droit fondamental mais non à un droit, lire Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, Coll. Droit international, Bruylant, Bruxelles, Ed. ULB, 2001, en particulier, p. 340 et la nombreuse doctrine y citée, en particulier Fr. Rigaux.

les circonstances, la nature des données concédées et/ou la puissance du responsable du traitement en question<sup>29</sup> une renonciation au droit et non simplement à l'exercice d'un droit<sup>30</sup>. En outre, le droit à la vie privée étant un droit de l'Homme, «la renonciation au bénéfice de ce droit serait d'autant plus difficilement admissible qu'une obligation positive pèserait sur l'Etat à l'effet d'assurer la jouissance effective du droit en cause»<sup>31</sup>, c'est-à-dire de doter l'individu des moyens qui permettent l'exercice effectif de ses droits<sup>32</sup>.

A cet égard, le rôle positif de l'Etat est multiple. Il ne s'agit pas simplement de prescrire les modalités suivant lesquelles le consentement sera réellement éclairé et spécifique et cela sous le contrôle des autorités publiques mais en outre a posteriori, de s'interroger sur la proportionnalité de la renonciation, le juste équilibre entre l'objectif poursuivi par les ingérences consenties et les restrictions subies<sup>33</sup> à la libre détermination de l'individu.

On notera simplement dans le contexte de la présente contribution que l'information nominative ne peut simplement s'assimiler selon le raisonnement européen à une simple valeur économique soumise à la discrétion de celui qu'elle concerne ou de celui qui la traite. La valeur de l'information nominative doit s'apprécier en termes de relations de pouvoir entre la personne concernée et celui qui traite la donnée. Cette relation de pouvoir a un impact sur le degré d'autonomie et de liberté des individus et implique le devoir de l'Etat de définir les conditions de légitimité minimale de cette relation de pouvoir afin de protéger la dignité des personnes<sup>34</sup> et leur participation à la société.

<sup>29</sup> En particulier, il y a lieu de craindre que des systèmes comme le P3P ne généralise la pratique des transactions économiques: la personne concernée se voyant proposée des réductions substantielles de prix contre la transmission de données personnelles ou l'utilisation de ses données personnelles à des fins marketing quelconques, cette pratique créant une discrimination en défaveur de ceux qui ne pourront se payer le luxe de la protection de leur vie privée.

<sup>30</sup> Cf. déjà W.G. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?» in *Les droits de l'Homme en droit interne et international*, Bruxelles, Presses Universitaires, 1968, p.239.

<sup>31</sup> Ph. FRUMER, op. cit., p. 626 et sa référence au constitutionnaliste américain, L. Tribe, à propos des droits que cet auteur qualifie de «systématique» c'est-à-dire «diés à des relations structurelles de pouvoir et dont la raison d'être est d'empêcher la perpétuation d'une domination de certains individus sur d'autres...» (définition particulièrement appropriée à propos des relations entre les individus et certaines entreprises disposant de larges ressources informationnelles).

<sup>32</sup> «Finally, effective data privacy legislations also must incorporate other non consent-based requirements for fair information practices. The notion that informed consent alone is sufficient to protect individual interests in the uses of personally identified data is peculiarly American one. Internationally agreed principles of fair information practices require a variety of other substantive and procedural protections...These principles are designed to ensure that data processors are held accountable to individuals... Accountability has collective as well as individual dimensions...» J.E. COHEN, «Cyberspace and Privacy: a new legal Paradigm», *52 Stanford L. Rev.*, 2000, p.1373 et ss.

<sup>33</sup> On notera à cet égard que le consentement n'est qu'un facteur d'appréciation certes important mais non décisif de cet examen de proportionnalité.

<sup>34</sup> Sur ce point, nous ne pouvons que renvoyer le lecteur au remarquable article de J.E. COHEN, «Cyberspace and Privacy: a new legal Paradigm?», *52 Stanford L. Rev.*, 2000: «First informational Autonomy comports with important values concerning the fair and just treatment of individuals within society. From Kant to Rawls, a central strand of Western philosophical tradition emphasizes respect for the fundamental dignity of the persons and a concomitant to egalitarianism in both principle and practice. ... (This approach) requires that we forbid data processing practices that treat individuals as mere conglomerations of transactional data, or that rank people as prospective consumers, employees or insured based on their financial or genetic desirability. The drafters of the directive agreed with this characterization: the directive is explicitly grounded in the fundamental rights and freedom of natural persons.»

## 2. Ce droit fondamental fait partie d'un «ordre public communautaire»

I. L'obligation des Etats européens et de l'Union européenne de veiller au respect des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne, en particulier de la vie privée a, nous l'avons souligné, un caractère objectif: «Les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers» affirmait, dès 1961, la Commission européenne des Droits de l'Homme<sup>35</sup>.

L'arrêt *Irlande contre Royaume Uni*<sup>36</sup> distingue à cet égard, la Convention européenne des Droits de l'Homme des autres Traités internationaux<sup>37</sup>. «En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux (la Convention) crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficie d'une «garantie collective» ... La Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des Etats contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre; ... Elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs.»

Comme l'écrit Yernaault<sup>38</sup>, «l'ensemble qui réunit ces obligations objectives et le système de garantie collective qui les protège font de la Convention, «d'instrument constitutionnel»<sup>39</sup> de l'ordre public européen», selon l'expression forte consacrée dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Loizidou*<sup>40</sup>.

L'arrêt *Loizidou* est salué par nombre de commentateurs<sup>41</sup> comme la reconnaissance claire du statut de la Convention et des droits de l'homme y consacrés comme éléments de l'ordre public européen, au sein des Etats membres de la Convention et, de ce fait, des Etats membres signataires du traité de l'Union Européenne.

<sup>35</sup> Comm. Eur. d. h., 11 janv. 1961, reg. N° 788/60, Autriche c. Italie, Ann. CDH, 1961, p. 141.

<sup>36</sup> Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, Rec. des arrêts de la Cour, Série A, n° 25, § 239.

<sup>37</sup> A propos de cette distinction, l'étude proposée par L.A. BYGRAEVE, «Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties», 6, *Int. Journal of Law and Information Technology*, 2000, n°3, p.247 et s.: l'auteur étudie la signification du Right to Privacy selon l'article 17 du pacte international des droits civils et politiques et selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>38</sup> D. YERNAULT, «De la fiction à la réalité: le programme d'espionnage électronique global», «Echelon et la responsabilité internationale des Etats au regard de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. Belge de droit int.*, 2000, 1, p. 222.

<sup>39</sup> A propos de l'article F § 2 du Traité d'Amsterdam qui a introduit l'article 6 du Traité de Rome, H. LABAYLE («Droits fondamentaux et droit européen», *AJDA, Les droits fondamentaux*, n° spécial, juillet 1998, p. 83) parle «d'opération de constitutionnalisation de l'existant». Pour une approche critique de la notion de droit constitutionnel européen à propos de la Charte des droits fondamentaux, lire H. DUMONT et S. VAN DROOGENBOECK, «La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne, in *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Ouvrage collectif, Bruxelles, Bruylant, 2002.

<sup>40</sup> Arrêt *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Rec. des arrêts, Série A, n° 310, § 75. En ce sens les réflexions de G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, «De l'office de la Commission européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne: L'arrêt *Matthews*», *Rev. Droits de l'Homme*, 1999, 253.

<sup>41</sup> Cf. not. F. SUDRE, «Existe-t-il un ordre public européen?» in P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39; J.F. FLAUSS, «Les droits de l'homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen», *Les Petites Affiches*, n° 52, 1993, p. 10; G. KARYDIS, «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», *RTD eur.* 2002, 1, p. 1 et s.; J. ANDRIANTSIMBAZONIVA, «L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'Homme», *Cah. Dr. Europ.*, 1997, n° 5/6, p. 655.

II. Cette approche des «Droits de l'Homme» comme élément constitutif de l'ordre public européen est affirmée plus clairement encore par le traité de l'Union Européenne. L'article 6 § 1 du Traité de l'Union Européenne introduit par le Traité d'Amsterdam, en affirmant que «L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux Etats membres» souligne en effet l'existence d'un certain nombre de principes participant au patrimoine commun de la société européenne. «L'idée essentielle est bien de sortir les libertés individuelles du domaine réservé des Etats pour en faire l'objet d'un ordre public européen ...»<sup>42</sup>.

«La notion d'ordre public»<sup>43</sup> cherche à traduire «les exigences fondamentales d'une vie en société». En ce sens, la Convention européenne des Droits de l'Homme est un instrument constitutionnel de l'ordre public européen. Elle tend à assurer au nom des valeurs communes et supérieures aux Etats parties, la protection des individus qui vivent sous l'autorité nationale»<sup>44</sup>. Le caractère impératif de la règle d'ordre public s'impose tant en interne qu'en externe. «Ces effets se déploient d'abord au sein du cercle des seuls Etats contractants –ce sont là les contraintes «internes» de l'ordre public européen– mais ils débordent aussi ce cadre et intéressent les Etats tiers empruntant le mécanisme de l'exception d'ordre public»<sup>45</sup>. C'est ce dernier point qui, selon nous, fonde et justifie les articles 25 et 26 de la directive européenne mais au-delà l'action énergique de l'Union européenne sur le plan international en faveur du respect de la vie privée. Nous reviendrons sur cette affirmation plus loin.

III. En effet, «selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes), le droit au respect de la vie privée (...) constitue l'un des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire»<sup>46</sup>,<sup>47</sup> qui, ajoutent le Conseil et la Commission, «mérite une attention particulière dans notre société de l'information, qui

<sup>42</sup> JF RENUCCI, «Droit européen des Droits de l'Homme», 2ème éd., LGDJ, 2001, p. 429; F. OST, «Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme», in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 458.

<sup>43</sup> Sur les relations entre ordre public et droits fondamentaux, lire l'excellent ouvrage collectif publié sous la direction de M.J. REDOR, *L'ordre public, ordre public et droits fondamentaux*, publié dans la collection «Droit et Justice», Bruylant, 2001.

<sup>44</sup> F. SUDRE, «Existe-t-il un ordre public européen?», in P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* op. cit., p. 39 et s.

<sup>45</sup> F. SUDRE, art. cité, p. 59.

<sup>46</sup> Nombre de constitutions européennes reconnaissent le droit à la vie privée comme un droit constitutionnel, ainsi, la Constitution portugaise (article 35), la Constitution espagnole (article 18), la Constitution belge (article 21), la Constitution des Pays-bas (article 10), etc. On sait qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle a déduit directement de l'article 3 consacrant le droit à la dignité et à l'autodétermination, le principe de la protection des données.

<sup>47</sup> C.J.C.E., 5 octobre 1994 x c. Commission, aff. C 404/92 P. Rec., I 4737, point 17. cf. déjà CJCE 18 mai 1989, Commission c. RFA, aff. 249/86, Rec. 1263, point 10: Le respect de la vie familiale «fait partie des droits fondamentaux, qui, selon la jurisprudence constante de la cour, sont reconnus par le droit communautaire». Sur les nombreux jugements (38 arrêts de la Cour et 19 jugements du Tribunal de 1<sup>ère</sup> Instance jusqu'en octobre 1999) qui se réfèrent à la vie privée, lire J. ANDRIANTSIMBAZONIVA, «Le droit au respect de la vie privée et familiale», in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, F. SUDRE et H. LABAYLE (éd.), Coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 253 et s.

évolue rapidement»<sup>48</sup>. Récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>49</sup> consacre explicitement en ses articles 7 et 8 ce droit fondamental<sup>50</sup>. L'analyse du texte des deux articles méritent une attention particulière. Alors que l'article 7 évoque le droit de chacun au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance, l'article 8 évoque distinctement le droit à la protection des données. Il énonce ce droit comme suit:

«1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant; 2. Ces données doivent être traitées loyalement à des fins déterminées et sur base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification; 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante».

IV. On note que la Charte élargit ainsi considérablement la portée de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dont pourtant elle s'inspire.

- Premièrement, la Charte ne se contente pas d'une protection contre les seules autorités publiques mais étend cette protection à l'ensemble des traitements y compris dans le secteur privé au moment même où l'effet dit «horizontal» de la Convention<sup>51</sup> est toujours discuté et surtout au moment où la Cour de Strasbourg n'a jamais connu de décisions qu'à propos de l'autorité publique<sup>52</sup>. Il est donc clair que l'Union

<sup>48</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté de sécurité et de justice, Texte adopté par le Conseil Justice & Affaires intérieures, le 3 déc. 1998, JOCE, n° C.19 23 janvier 1999.

<sup>49</sup> Adoptée conjointement par les 3 institutions communautaires, le 7 décembre 2000 (JOCE C 364/2000, p. 1) disponible sur le site: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/charte/pdf/texte\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/pdf/texte_fr.pdf). Sur la valeur de cette charte, lire la Communication de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles 11 oct. 2000, Com (2000) 644 final, point 10. En outre, «Finalement, la Charte des droits fondamentaux, telle qu'adoptée lors du Sommet de Nice, n'a pas d'effet contraignant; il faut néanmoins s'attendre à ce qu'elle exerce une certaine influence sur la pratique juridique», Hans C. KRUGER et Jörg POLAKIEWICZ «Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 13, n° 1-4 2001, pp. 1-14. De manière plus positive, «Elle est donc déjà plus qu'une promesse: un instrument juridique dont l'effectivité dépendra de l'utilisation que les plaideurs en feront.» H. BRIBOSIA et O. de SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, J.T., 2001, p. 282. Sur cette charte, lire le n° spécial consacré par la même *Revue universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, n° 1-2, 2000, p. 1-84: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», Actes des Journées d'études sous la direction de Fl. BENOIT-ROHMER, Strasbourg, 16-17 juin 2000.

<sup>50</sup> On lira sur la nécessité de reconnaissance, la Recommandation 4/99 du Groupe de travail de l'article 29, en date du 7 septembre 1999, à propos de l'inclusion du droit fondamental à la protection des données dans le catalogue européen des droits fondamentaux (recommandation sur le site de la Commission à l'adresse suivante: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/wpdocs/wp26en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp26en.htm)

<sup>51</sup> A propos de l'effet horizontal de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, parmi d'autres lire D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant - Nemesis, 1995.

<sup>52</sup> Comme le note in fine L. Bygræve: «However, an important challenge for the European Court of Human Rights in the future will be the data processing practices of private sector entities: how the Court tackles these practices will determine to a large extent the long-term utility of Art 8 as an instrument for Data protection» (L. BYGRAEVE, «Data Protection pursuant to the Right to Privacy in Human Right Treaties», *Int. Journal of Law and Inf. Technology*, 6, n°3, p.284; dans le même ordre d'idées, O de SCHUTTER, «Vie privée et protection de l'individu», note sous l'arrêt Rotaru, CEDH 4 mai 2000, *Rev. Trim. Droits de l'Homme*, 2001, p. 149 et ss.

européenne souhaite un élargissement du droit fondamental à la protection des données personnelles à l'ensemble du secteur privé.

-Deuxièmement, la Charte affirme clairement que la protection des données ne se limite pas à la protection de l'intimité ou de la confidentialité, conception négative et traditionnelle de la notion de vie privée mais que de manière positive, elle s'élargit à la protection de la personnalité contre les atteintes de toute forme de pouvoir qu'il soit privé ou public et s'apparente alors au droit à l'autodétermination,<sup>53</sup> exigeant une certaine transparence des traitements et le respect d'une balance entre les intérêts légitimes des responsables des traitements et ceux des personnes concernées<sup>54</sup>. Ce clair élargissement de la vie privée à la protection des données conduira sans doute la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise à se montrer plus hardie que la Cour strasbourgeoise dans la défense de ce droit fondamental<sup>55</sup>.

- Enfin, selon la Charte, un des éléments essentiels de la protection du droit fondamental ainsi reconnu est la création et l'action d'une autorité publique indépendante de protection des données<sup>56</sup>, capable d'assurer aux citoyens l'effectivité de leur droit fondamental.

### 3. L'obligation de l'Union européenne de veiller au respect des droits de l'homme et à la protection des données relatives à ses citoyens dans les relations internationales

I. Il s'agit bien d'affirmer haut et clair la souveraineté européenne, conçue non plus comme la défense d'un territoire physiquement délimité par des frontières mais, dans un ordre global, comme une obligation mise à charge de l'Etat de garantir dans le cyberspace le respect des libertés individuelles de ses citoyens<sup>57</sup>. L'appartenance d'un individu à un Etat lui donne le droit de bénéficier d'une protection par cet Etat des garanties et libertés constitutionnelles qui lui sont reconnues. Ces garanties et libertés ne

<sup>53</sup> A ce propos, lire P. DE HERT, "Het Europees Hof van Rechten erkent publieke privacy", *N.J.W.*, 2002-03, 116-122: l'auteur insiste sur la « constitutionnalisation » (constitutionalisering) européenne du droit à la protection des données au delà du droit traditionnel à la « vie privée », opérée par la Charte européenne des droits de l'Homme.

<sup>54</sup> Sur cette distinction de ces deux conceptions de la vie privée et d'autres gravitant autour de ces deux pôles, lire D.J. SOLOVE, "Conceptualizing Privacy", 90 *Cal. Law Review*, 2002, 1087-1155. L'auteur montre que toute définition de la vie privée est vaine et que cette notion ne peut être approchée qu'à partir de diverses acceptions, entre lesquelles la notion oscille suivant les circonstances: « Trying to solve all privacy problems with a uniform and overarching conception of privacy is akin to using a hammer to insert a nail into the wall but also to drill a hole » (p. 1147) et à propos de la réduction fréquente du débat à la seule protection de la confidentialité: « Secrecy as the common denominator of privacy makes the conception of privacy too narrow. » (p. 1109)

<sup>55</sup> A propos de cette concurrence entre les deux institutions dans le domaine de la reconnaissance du droit à la vie privée, lire les réflexions de O. DE SCHUTTER, art. cité.

<sup>56</sup> Par là, la Charte ne fait que renforcer l'importance des « autorités de contrôle » dont la directive 95/46 consacre les compétences en son article 28.

<sup>57</sup> Sur ce point, lire les développements de Y. POULLET et J.-M. DINANT, « *Le réseau Echelon: Existe-t-il? Que peut-il faire? Peut-on et doit-on s'en protéger?* », Rapport d'expertise rédigé à l'attention du Comité de surveillance des services de renseignements, 7 mars 2000 publié in extenso en Comité permanent de contrôle des services de renseignements, Rapport complémentaires d'activités, 1999, pp. 13 et s.

peuvent être remises en cause du seul fait que les technologies de l'information et de la communication ignorent désormais les frontières physiques<sup>58</sup>. En d'autres termes, la souveraineté étatique apparaît comme « une manifestation d'indépendance »... La souveraineté n'est point en soi un point d'aboutissement; elle est le « moyen, pour les pouvoirs établis de pourvoir aux besoins des nationaux et d'assurer à ceux-ci et aux étrangers vivant sur son territoire le libre exercice de leurs droits »<sup>59</sup>. Notre dernier point est consacré aux conséquences de cette affirmation en matière de protection des données.

II. L'obligation, mise à charge des Etats, obligation de vigilance ou de diligence due en matière de respect des droits de l'Homme dans le cadre des relations internationales qui peuvent se nouer entre les ressortissants de l'Union européenne et de pays-tiers, a été historiquement développée dans le cadre de la protection due aux ressortissants étrangers sur le territoire d'un état tiers (protection des diplomates). Dans le cadre d'une société de plus en plus caractérisée par les échanges internationaux, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>60</sup>, qui consacre le droit des citoyens de l'Europe à un recours effectif devant une instance nationale pour contester les violations de la Convention, a également été invoqué. Bref, comme le note Yernaault<sup>61</sup>, l'article 13 de la Convention, comme les obligations positives inhérentes à la protection des autres droits garantis, a pour conséquence que les Etats ont le devoir de prévenir les violations quels qu'en soient les auteurs (organes de l'Etat, personnes privées, personnes internationales tierces) et en cas de violations d'enquêter, de punir celles-ci ainsi que, le cas échéant, de les réparer. Pour justifier cette obligation de vigilance, l'auteur cité se réfère en outre à une décision de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme de 1988: « Il est clair qu'est imputable à l'Etat toute violation des droits reconnus par la Convention (interaméricaine des droits de l'Homme) résultant d'un acte des pouvoirs qu'ils tirent de leurs fonctions officielles. Cela n'épuise cependant pas les situations où un Etat est obligé de prévenir, rechercher et sanctionner les violations des droits de l'Homme, ni les cas où sa responsabilité peut se voir engagée pour atteinte à ces mêmes droits. En effet, un acte attentatoire aux droits de l'Homme et qui initialement, ne serait pas directement imputable à un Etat- par exemple, s'il est l'œuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié- peut néanmoins engager la responsabilité de l'Etat, non en raison du fait lui-même, mais en raison du manque de diligence pour prévenir la violation des droits de l'Homme ou la traiter dans les termes requis par la Convention. ».

<sup>58</sup> A ce propos, lire J. BARBERIS, « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du droit international », *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 132 et ss.

<sup>59</sup> R. WILKIN, V<sup>e</sup> Souveraineté, *Dictionnaire de droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1963. Sur cette notion moderne de souveraineté et son lien avec le territoire, lire F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel. Manuel*, 21<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, p. 21: « ... on peut dire qu'il n'y a pas d'Etat sans territoire. Non pas que le territoire soit, comme on le croit parfois, un élément constitutif de l'état; mais parce qu'il est une condition indispensable pour que l'autorité politique s'exerce efficacement. »

<sup>60</sup> J.F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. Univ. Droits de l'Homme*, 1991, p. 324; G.H. TUNC, « The Right to an effective Remedy in domestic Law », in *Broadening the frontiers of Human rights*, Scandinavian Univ. Press, 1992, p. 78 et ss.

<sup>61</sup> D. YERNAULT, *L'efficacité de la Convention européenne des droits de l'Homme pour contester le système Echelon3*, in Commission mixte Chambre- Sénat du suivi du Comité « R » 26 juin 2001, *Annales Parl. Sénat*, session 2002-2001-2002 (Doc 50 1660/002 annexe 6)

III. Comment ne pas voir dans cette jurisprudence et dans cette doctrine tirée de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la claire justification des articles 25 et 26 de la Directive. La reconnaissance de la protection des données comme un droit fondamental du citoyen européen oblige le législateur européen à prévenir les risques d'atteinte à ce droit, risques liés à la dimension internationale des réseaux et à la multiplication des flux transfrontières. Sur ce point, on ajoutera le *principe de précaution*<sup>62</sup> qui clairement reconnu par la législation européenne en matière d'environnement<sup>63</sup>, devrait pouvoir également s'appliquer dans le domaine de la défense des libertés, de la vie privée en particulier: «Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer une personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé et la sécurité des générations actuelles ou futures ou pour l'environnement. Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre Etats. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et si possible de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé»<sup>64</sup>.

IV. Le concept de «développement durable»<sup>65</sup>, inscrit à l'article 2 du traité de l'Union Européenne est également évoqué pour justifier les dispositions en matière de protection des données. Ce concept élargit la notion de «dommage», notion qui traditionnellement se limite aux seuls dommages qui peuvent être déterminés de manière immédiate<sup>66</sup>, et situe les développements technologiques dans une perspective à moyen voire à long terme

<sup>62</sup> Selon l'Union Européenne, le principe de précaution a la valeur d'une règle coutumière générale de droit international. Sur ce point, les Etats-Unis ne partagent pas ce point de vue et ne voient dans ce principe rien de plus qu'une «approche» des problèmes et non une règle. Cf. à ce propos, les remarques du rapport KOWILSKY-VINEY remis au premier Ministre français le 15 octobre 1999 dans le cadre des négociations OMC (*La documentation française*, 1999, p. 115 et ss.)

<sup>63</sup> Le lecteur se référera sur ce point aux développements de N. de SAEDELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Thèse, Bruylant, 1999.

<sup>64</sup> Rapport KOWILSKY-VINEY, op.cit.

<sup>65</sup> Sur cette notion, lire X. THUNIS, «Le développement durable, une seconde nature», *Aménagement-Environnement*, 2000, n° spécial, p. 9 et ss. et les nombreuses références y citées. L'auteur conclut: «Le développement durable, en se précisant, pourrait constituer ce début de vision commune en même temps qu'une exigence inspiratrice de la pratique politique et institutionnelle. Il y faudra du souffle et de la patience. Peut-on mieux faire pour s'en donner, que de lire l'avertissement prophétique de Bergson: «...qu'on opte pour les grands moyens ou pour les petits, une décision s'impose. L'humanité gémit, à demi écrasée sous le poids des progrès qu'elle a faits. Elle ne sait pas assez que son avenir dépend d'elle. A elle de voir d'abord si elle veut continuer à vivre. A elle de se demander ensuite si elle veut vivre seulement, ou fournir en outre l'effort nécessaire pour que s'accomplisse, jusque sur notre planète réfractaire, la fonction essentielle de l'univers, qui est une machine à faire des dieux.»

<sup>66</sup> A cet égard, on ne peut suivre le raisonnement de L. BERGKAMP («EU Data Protection Policy – The Privacy fallout: adverse Effects of Europe's Data Protection Policy in an Information-driven Economy»), *18 Computer Law and Security Report*, 1, 2002, 31 et ss.) qui reproche précisément à la directive de ne pas s'en tenir à la conception traditionnelle du dommage, c'est à dire à la seule répression des abus de traitement des données: «The EU regime regulates at the wrong level and fails to balance competing interests properly. It regulates collection and processing of data upstream, while it should regulate specific harmful uses downstream.» Cf. également dans ce sens, R. LITAN, *Balancing costs and benefits of new Privacy Mandates*, AEL-Brookings Joint Research Center for Regulatory Studies, Working Paper, 99-3, April 9°.

en cherchant à prendre en considération leurs impacts sur les générations futures. Il convient dès lors d'anticiper les conséquences dangereuses économiques, sociales et culturelles que peut avoir ce développement. Appliqué aux technologies de la société de l'information<sup>67</sup>, le concept de développement durable exige que le citoyen garde une maîtrise de son image informationnelle et puisse avoir accès aux bénéfices des services nés de ce développement technologique. Dans ce contexte, les législations «vie privée» et en particulier les dispositions relatives aux flux transfrontières prennent tout leur sens et trouvent leur justification. Il ne s'agit pas de lutter contre des «*harmful misuses*» actuellement subis par les citoyens européens mais de donner à ceux-ci contre les risques de développement d'une société informationnelle de contrôle et liberticide, certaines garanties minimales de protection de leurs libertés et de leur dignité<sup>68</sup>.

V. L'atteinte à la protection des données peut être perpétrée alors même que la personne ne quitte pas le territoire européen mais simplement du fait que des données relatives à cette personne franchissent de manière instantanée, invisible et en grande quantité et qualité les limites des territoires et que donc des risques d'atteinte à sa vie privée sont encourus du fait de leur circulation au delà des frontières européennes.

Cette circulation peut naître d'une transmission volontaire par un responsable ou par la personne concernée de ses données vers un destinataire situé hors Europe. Dans ce contexte, les articles 25 et 26 de la Directive se conçoivent comme le complément indispensable des autres dispositions qui visent les traitements opérés uniquement sur le territoire des Etats membres. La sauvegarde des libertés ne pourrait se concevoir s'il suffisait de transférer à l'étranger les données initialement protégées pour que l'individu perde les garanties qui lui étaient accordées. Le fait que la protection des données constitue un droit fondamental implique que les Etats membres prennent des précautions pour que ce droit ne soit point violé du fait de ce transfert. En outre, l'effectivité des droits reconnus dans un système juridique donné se mesure, comme l'affirme l'article 13 de la Convention déjà citée<sup>69</sup>, à l'étendue des garanties juridictionnelles<sup>70</sup>. On comprend dès lors l'importance prise dans la négociation des «*Safe Harbor Principles*» du rôle susceptible d'être joué par la *Federal Trade*

<sup>67</sup> Cf. à ce propos, la conférence organisée en février 2000 par la Commission européenne à Helsinki: «Towards a Sustainable Information Society».

<sup>68</sup> «Data Protection is essential to realize the goals of a sustainable Information Society. Data Protection laws provide for mechanisms to avoid that information is processed and used outside the control or against individuals. Transparency requirements must guarantee that data subjects remain the true subjects of their data; they should not become objects. Data protection laws present data subjects to be the victims tomorrow of unlimited data collection and processing today.» (J. DHONT et M.V. PEREZ, «Regulating Data Protection in a Cross-Cultural Perspective», Paper rédigé dans le cadre du projet Fonds special de Recherche «Privacy: Human Liberty or Consumer Right? The US-EU Dialogue», FUNDP / CRID (étude à paraître).

<sup>69</sup> Cf. également sur ce point, l'article 47 de la Charte européenne des Droits de l'Homme.

<sup>70</sup> «L'effectivité du recours s'apprécie *in concreto*. Il doit être accessible à l'intéressé lui-même et adéquat de façon à permettre de dénoncer la violation alléguée. Cette effectivité du droit d'accès suppose la possibilité concrète pour un individu de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits.» (J.F. RENUCCI, «Droit européen des Droits de l'Homme», op. cit., p. 185).

*Commission* dans la résolution des litiges. De même dans le contrat modèle, on insiste sur la possibilité en toute hypothèse pour la personne concernée de pouvoir saisir la juridiction compétente de son Etat. L'article 4 c) instaure une règle de droit privé matériel lorsque la situation à la base du flux trans-frontières présente des indices clairs de rattachement avec le pays européen d'origine de la donnée dans la mesure où le responsable du traitement fait «usage» de l'équipement sis sur le territoire de cet Etat membre sans que le transfert n'ait été initié par la personne concernée<sup>71</sup>. Par ailleurs, il prévient, selon un principe général de droit international, les hypothèses de contournement intentionnel d'une réglementation.

VI. La circulation peut naître aussi du simple fait que les données non destinées à une personne située hors Europe circulent au hasard des réseaux sur le territoire d'autres Etats ou peuvent être captées par des autorités privées ou publiques de pays tiers. Cette hypothèse est celle révélée par les pratiques du réseau Echelon. Il s'agissait en l'hypothèse d'écoutes, par les agences de renseignements de certains pays (Etats Unis, Royaume Uni, Nouvelle Zélande et Australie), de messages transitant par les satellites de télécommunication<sup>72</sup>. Ces écoutes sont opérées à partir de stations situées sur le territoire européen mais également, à partir de stations hors Europe. Dans cette seconde hypothèse où le flux n'est pas à destination d'un pays tiers, les articles 25 et 26 de la Directive sont inapplicables et comment justifier alors l'intervention européenne en faveur du respect des libertés individuelles?

Au-delà de la justification que la claire reconnaissance de la protection des données comme droit fondamental apporte aux articles de la directive relatifs aux flux trans-frontières, cette reconnaissance légitime, nous semble-t-il, l'attitude de l'Europe dans les relations internationales en faveur de la reconnaissance par les Etats tiers de ce droit fondamental. L'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* rappelle que «lorsque des Etats (parties à la convention européenne) créent des organisations internationales (...) qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la convention que les Etats contractants soient aussi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention, dans le domaine d'activité concernée». Il est piquant de constater que cet arrêt de la Cour de Strasbourg concerne précisément l'Union européenne mais il va de soi que le même principe s'applique à l'ensemble des relations internationales des pays membres de la Convention européenne<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> F. RIGAUX, «La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel», *Revue critique de droit international privé*, Paris 1980, p. 443-478: «La catégorie des «lois de police» est précisément celles qui conduisent à déterminer le domaine territorial de la loi plutôt qu'à rechercher la loi applicable à une situation typique.»

<sup>72</sup> Sur Echelon, le site de la Federation of American Scientists, <http://www.fas.org/irp/program/process/echelon.htm>. A la base de la révélation des pratiques d'Echelon, le rapport de D. CAMPBELL devant la STOA, organe consultatif du Parlement européen et depuis objet de plusieurs publications (Cf. à cet égard, l'ouvrage: *Surveillance électronique planétaire*, Ed. Allia, 2000 et le rapport Interception Capabilities 2000, disponible sur le site <http://waterserv1.uwaterloo.ca/brobinsinso/cseukusa.html>

<sup>73</sup> G. COHEN-JONATHAN, «Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les autres traits conclus par les Etats parties», *Mélanges Schermers, Nijhoff*, 1994, T. III, p. 103-108.

VII. La Convention du Conseil de l'Europe a, de par de par l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1960 sur le droit des Traités<sup>74</sup>, primauté sur l'ensemble des autres engagements internationaux s'ils s'avèrent moins protecteurs des droits et libertés qu'elle garantit<sup>75</sup>. Au niveau des Etats membres de l'Union européenne, cette attitude exigeant le respect des droits de l'homme dans les relations extérieures qu'elle noue ou que les Etats Membres pourraient conclure se justifie en outre directement par l'article 6 du traité de l'Union européenne. Elle s'inscrit dans des nombreux textes et justifie de nombreuses initiatives<sup>76</sup>.

Une telle affirmation s'impose à propos de la participation de l'Union européenne et des autres Etats européens à l'OMC, dont les règlements ne peuvent en aucune manière affaiblir la protection des données que la convention et la directive entendent reconnaître aux citoyens européens<sup>77</sup>.

Elle est à la base de la condamnation extrêmement nette prononcée par le Parlement européen à propos du réseau Echelon et des Etats dont le Royaume-Uni ayant souscrit aux accords internationaux dits UKUSA ayant présidé à la création et organisant le fonctionnement du réseau de surveillance satellitaire communément connu sous le nom d'*Echelon*<sup>78</sup>. Dans ce cas, le Parlement européen a rappelé le souci de

<sup>74</sup> Selon cet article, aucun engagement international d'un Etat membre du conseil de l'Europe ne saurait s'avérer contraire aux normes reconnues de *ius cogens*, ce que constituerait la Convention européenne des droits de l'homme.

Un autre argument pourrait être tiré de l'article 60 de la Convention européenne elle-même qui impliquerait un engagement des Etats signataires de ne pas adopter d'actes ou traités internationaux qui aient pour effet de revenir en deça de la protection accordée par la Convention elle-même (J.H.H. WEILER, «Fundamental rights and territorial boundaries: on standards and values in the protection of Human rights», in N.A. NEUWALH and J. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 51-75. De manière plus prudente, lire B. DOCQUIR, *Le droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme, Annales de la Fac. de Droit de Louvain*, 1999, 4, p.499 qui conclut cependant à une responsabilité des Etats signataires au cas où un Etat participerait à une convention internationale ne respectant pas les droits établis par la Convention européenne des droits de l'homme).

<sup>75</sup> A ce propos, B. DOCQUIR, art.cité, p.513. L'auteur au terme d'un long raisonnement conclut: «En définitive, il paraît clair que la Convention, et l'interprétation qu'en donne la Cour, jouent au moins un rôle dans la définition de l'ordre public: elles érigent le socle minimum de certains aspects de l'ordre public et empêchent un dangereux retour en arrière. On peut en effet considérer qu'une jurisprudence nationale refusant de faire jouer l'exception d'ordre public dans le sens voulu par la Convention, engagerait la responsabilité de l'Etat devant la Cour de Strasbourg. En ce sens, les droits et libertés y énoncés sont une norme supérieure à l'exception d'ordre public.»

<sup>76</sup> Comme le note NOWAK («La conditionnalité relative aux droits de l'Homme», in *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, op.cit., p. 717 et la nombreuse littérature y citée): «L'importance des droits de l'Homme pour les politiques extérieures de l'UE dépasse certainement largement la PESC. A côté de l'article 130 U du traité CE (qui est maintenant son article 177), qui prévoit que la politique communautaire dans le domaine de la coopération au développement doit contribuer à la réalisation de l'objectif général de respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la CE a élaboré dans le cadre du «premier pilier» une politique extérieure dans le domaine des droits de l'Homme en préconisant notamment l'insertion de clauses spécifiques relatives à ces droits dans tous les accords conclus avec les pays tiers, en infligeant des sanctions économiques, en liant les droits de l'Homme à des préférences commerciales unilatérales, et en exécutant de vastes programmes d'assistance technique aux activités constructives dans le domaine de la démocratie et des droits de l'Homme.»

<sup>77</sup> En ce sens, parmi d'autres auteurs, Th. FLORY-N. LIGNEUL, art. cité, p. 182 et s.; L. ROSSI, «Constitutionnalisation» de l'Union européenne et des droits fondamentaux, *RTD eur.*, 2002, 1, p. ; B. BRANDTNER-A.ROSAS, «Préférences commerciales et droits de l'homme», in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Ph. ALSTON (éd.), Bruylant, 2002, p. 729 et s.

<sup>78</sup> Sur ce réseau et les problèmes soulevés par son existence, le lecteur se référera aux nombreux articles déjà cités consacrés à ce sujet par Yernault.

voir les Etats tiers y compris les Etats Unis d'adopter des pratiques plus respectueuses des droits de l'Homme et de souscrire à des conventions internationales en la matière<sup>79</sup>.

#### 4. Conclusions

I. La globalisation des marchés de biens et services auquel contribue de manière importante le développement des technologies de l'information et de la communication ne peut remettre en cause les acquis procurés par les législations européennes en matière de protection des données. Elle invite cependant les autorités européennes à approfondir les justifications des dispositions existantes en matière de flux transfrontières.

Ainsi, il ne suffit pas de manière négative d'affirmer que les exigences de la vie privée constituent une exception légitime aux règles du libre marché, comme le reconnaît le traité de l'Organisation mondiale du commerce<sup>80</sup> et que les dispositions de la directive en matière de flux transfrontières respectent les exigences de ce traité dans la mesure où notamment le libre choix des moyens de rencontrer les exigences européennes est effectivement assuré et surtout dans la mesure où la notion de protection adéquate permet de reconnaître, loin de tout impérialisme européen, l'efficacité d'une protection fondée sur des systèmes juridiques à l'approche différente.

<sup>79</sup> Ainsi, on lit dans la résolution du Parlement Européen en date du 5 septembre 2001:

«Vu le traité sur l'Union européenne, en particulier l'article 6 paragraphe 2 de celui-ci qui prévoit l'obligation de respecter les droits fondamentaux...

...  
Vu la Charte des droits fondamentaux de l'UE dont l'article 7 garantit le respect de la vie privée et familiale et prévoit le droit au respect des communications et l'article 8 protège les données à caractère personnel.

...  
Considérant les déclarations faites par le Conseil..., selon lesquelles: «le Conseil ne peut accepter la création ou l'existence d'un système d'interception des télécommunications qui ne respecte pas les règles de droit des Etats membres et qui viole les principes fondamentaux visant à préserver la dignité humaine».

...  
Considérant que les Etats membres ne peuvent se soustraire aux obligations qui leur incombent au titre de la Convention relatives aux droits de l'Homme en faisant intervenir sur leur territoire les services de renseignements d'autre pays soumis à des dispositions moins rigoureuses car cela reviendrait à priver de ses effets le principe de légalité et ses deux composantes – accès au droit et prévisibilité de ses effets- et viderait de sa substance la jurisprudence de la Cour des droits de l'Homme.

...  
estime nécessaire la négociation et la signature d'une convention entre l'Union européenne et les Etats-Unis établissant que chacune des deux parties respecte à l'égard de l'autre les dispositions de protection de la vie privée des citoyens et de confidentialité des communications des entreprises applicables à ses propres citoyens et entreprises... » (Cf. également le Working Paper de l'European Parliament temporary Committee on the Echelon Interception System du 4 mai 2001 disponible sur le site <http://fas.org/irp/program/process/europarl.draft.pdf>)

<sup>80</sup> Cf. l'article XIV du GATS qui contient une référence explicite à la vie privée comme exception aux règles de la libre circulation des services. Sur cet article et la compatibilité des dispositions de la Directive en matière de flux trans-frontières, lire M.V. PEREZ, "Is there a any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules?", article à paraître in *Electronic Communications Law Review*, Kluwer Int.

Il s'agit de façon beaucoup plus positive de proclamer que l'approche européenne est fondée sur une conception radicalement différente de celle qui peut prévaloir dans des pays tiers. La protection des données se fonde en dernière analyse non sur la protection d'intérêts économiques mais bien sur une conception de la dignité humaine qui exige la possibilité pour chaque personne de pouvoir s'autodéterminer dans une société de l'information où la maîtrise par chacun de sa propre image informationnelle est, chaque jour, rendue plus difficile par l'opacité des réseaux et la puissance de plus en plus grande de ceux qui traitent l'information.

II. L'objectif des législations européennes en matière de vie privée n'est pas la seule prévention ou réparation de dommages causés par des abus en matière d'utilisation de données nominatives. Au-delà, ces législations visent à créer les conditions, premièrement, pour que soit systématiquement opérée par les responsables de traitement une prise en compte des risques liberticides ou de discrimination des personnes concernées et, secondement, pour que grâce aux mécanismes de transparence, un débat à propos de ces risques puisse naître, en un premier temps, entre les personnes concernées et les responsables de traitement et, dans un second temps, de manière plus large au niveau de la société toute entière.

Si la protection des données est dans ce contexte la condition des autres libertés (celle d'obtenir du crédit, celle de se déplacer, celle de s'exprimer, ...), elle exige une régulation des pouvoirs de ceux qui, tant publics que privés, traitent cette information nominative relative à autrui. L'intervention de l'Etat y trouve sa justification. Son intervention vise en effet à garantir le développement durable d'une société d'épanouissement de chacun, ce qui par ailleurs implique qu'elle limite sa propre utilisation des ressources informationnelles.

Ce devoir fondamental de l'Etat de garantir les libertés ne s'arrête pas aux limites de son propre territoire au moment où le cyberspace ne connaît plus de frontières. Il implique que le respect du droit à la vie privée reconnu comme fondamental soit garanti même lorsque l'information quitte le territoire. Ce devoir justifie les dispositions relatives aux flux trans-frontières contenues dans les articles 25 et 26 de la directive, voire dans des cas exceptionnels, l'application extraterritoriale des lois européennes dans la mesure où la question concerne des matières d'ordre public. Au-delà, il conduit les Etats européens à une attitude plus revendicative en faveur d'une reconnaissance universelle de ce «droit» à la vie privée dans les conventions et traités internationaux.

III. Sans doute, cette attitude ne peut conduire à imposer le modèle réglementaire européen aux pays tiers. Une telle exigence irait à l'encontre des principes de l'Organisation mondiale du Commerce et au-delà de la liberté de circulation des idées, des biens et des services. Au contraire, sans exclure un devoir de vigilance<sup>81</sup> quant à

<sup>81</sup> A cet égard, on se félicite de la mise en place par la Commission de mécanismes d'évaluation des systèmes offrant des protections déclarées adéquates. Cf. à cet égard, l'évaluation réalisée par le «Commission Staff Working Paper» en application de la décision de la Commission 520/2000/CE du 26 juillet 2000 à propos des «Safe Harbor Principles» (Bruxelles 13 fév. 2002) et le commentaire critique à cet égard de J. REIDENBERG, «European Commission avoids Privacy Disputes with the USA», *Privacy Laws & Business Int. Newsletter*, Feb. 2002, p. 9.

l'effectivité d'autres approches visant à garantir de manière adéquate la protection des données, nous plaидons pour un devoir de compréhension et de respect de celles-ci. Ceci dit, l'Europe ne pourra garantir efficacement la protection de ces données, si elle ne cherche des alliés dans la technologie<sup>82</sup> et le «design» de l'infrastructure. La protection de la dignité humaine exige que le politique pénètre les cercles peu transparents où se décident l'architecture et les potentialités du réseau global<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> On notera que la décision du Parlement européen à propos du système Echelon insiste sur la nécessité pour l'Europe de disposer d'une politique propre en matière de cryptographie de manière à éviter les interceptions de communications électroniques par des pays tiers et que la récente directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des données personnelles et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques autorise l'établissement de normes techniques au cas où la protection des données serait mise en danger par la configuration ou le fonctionnement des terminaux (p.ex. par l'envoi automatique de données à partir de l'équipement de l'internaute).

<sup>83</sup> Sur ces organes de régulation technique et leur importance fondamentale dans les décisions relatives à l'architecture du réseau et à son mode de fonctionnement, lire J. BERLEUR et Y. POULLET, «Les modes de régulation d'Internet», in *L'autorégulation*, BERLEUR, LAZARO, QUECK (ed.), *Cahier du Crid* n° 22, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 133 et ss.. A cet égard, les réflexions dès 1993 de J. REIDENBERG, "Rules of the Road on Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms", *6 Harvard Journal Law & Tech.*, 287 (1993) qui mettait en évidence le divorce entre l'approche législative et celle des organes techniques de régulation