

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La directive européenne 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 : un relative harmonie

Poullet, Yves

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Poullet, Y 1996, *La directive européenne 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 : un relative harmonie..*

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.

**La directive européenne 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
— Une relative harmonie —**

Yves POULLET
Doyen de la Faculté de Droit
Directeur du CRID

Juin 1996

1. L'objectif de l'Union européenne¹ est, en particulier, la création d'un marché sans frontières internes, assurant la libre circulation des marchandises, personnes, services et des capitaux. La libre circulation des données apparaît comme une condition indispensable de la création effective de ce marché. Cette libre circulation des données exige qu'une protection des droits fondamentaux des personnes concernées par ces données soit assurée sinon de manière uniforme², du moins de façon équivalente dans les divers Etats membres.

La directive européenne a pour but de mettre en place les conditions de cette équivalence, étant entendu que celle-ci selon les déclarations des considérants, s'opère à un haut niveau élevé de protection³.

C'est sur ces bases de ces préliminaires que la première partie du considérant 9 conclut: "du fait de la protection équivalente du rapprochement des législations nationales, les Etats membres ne pourront plus faire obstacle à la libre circulation entre eux de données à caractère personnel pour des raisons relatives à la protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée".

Peut-on pour autant conclure que l'équivalence ainsi décrétée conduit à l'abolition de toute disparité des réglementations nationales. Le degré de précision de la directive pourrait le laisser penser. La suite du considérant 9 atténue fortement ce qui cependant aurait du constituer la conséquence logique de sa prémisse, lorsque sans transition, il affirme : "Les états membres disposeront d'une marge de manoeuvre qui, dans le contexte de la mise en oeuvre de la directive, pourra être utilisée par les partenaires économiques et sociaux; qu'ils pourront donc préciser, dans leur législation nationale, les conditions générales de licéité du traitement des données, que, ce faisant, les Etats membres s'efforceront d'améliorer la protection assurée actuellement par leur législation; que dans les limites de cette marge de manoeuvre et conformément au droit communautaire, des disparités pourront se produire dans la mise en oeuvre de la directive".

2. Notre bref propos entend mettre en évidence l'importance de cette "marge de manoeuvre" des Etats membres. Il s'articulera comme suit:

- premièrement, il s'agit d'identifier les dispositions de la directive qui atteste indirectement de l'existence de cette marge de manoeuvre;

¹ Art. 7 du Traité de l'Union européenne 7 février 1992, J.O., 1992, 29 juillet 1992, C. 231.

² Il s'agit, dira-t-on, conformément au Traité européen de rapprocher les législations.

³ Le considérant n° 11 considère que la directive "amplifie" les principes de la Convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe.

- secondement, il convient de préciser l'objet même sur lequel portera cette marge de manoeuvre, qu'un tel objet soit explicite ou implicite.

I. La reconnaissance de la marge de manoeuvre

3. Deux dispositions relatives aux flux transfrontières attestent de la reconnaissance implicite de la disparité réglementaire possible. A propos des flux entre Etats membres, l'article 4 a) impose au responsable établi⁴ sur le territoire de plusieurs Etats membres "de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun des établissements, des obligations prévues par le droit national applicable". Une telle mesure écarte l'idée défendue par d'autres directives que la conformité au droit d'un des Etats membres suffise à exercer ces activités dans l'ensemble des Etats membres. C'est clairement reconnaître la possibilité de disparités des exigences des Etats membres.

4. L'article 25 évoquant les flux vers des pays tiers soumet l'examen de leur légitimité par l'autorité nationale compétente⁵ à deux conditions complémentaires: le "respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la directive", le "niveau de protection adéquat". Ainsi, est reconnue une large marge de manoeuvre des pays membres, chargés du premier examen des flux, sous réserve du droit de la Commission d'intervenir par la suite. Ce premier examen opère non seulement sur l'adéquation des flux aux dispositions de la directive mais également et, de manière séparée, par rapport aux dispositions nationales. C'est à nouveau admettre le droit de chaque Etat de définir un niveau de protection supérieure aux exigences de la Directive⁶.

5. A ces deux dispositions, s'ajoute la déclaration du considérant n° 10: "Pour cette raison, le rapprochement de ces législations ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent mais doit au contraire avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté". Une telle disposition marque bien la volonté de ne point uniformiser mais simplement de rapprocher les législations. En particulier, l'application

⁴ Certes reconnaitra-t-on, lorsque le responsable du traitement sans être établi sur le territoire d'un autre état membre y exerce cependant ses activités (p.ex. diffusion via Internet, collecte par voie télématique), à ce moment seul le droit de l'Etat membre où est "localisé" physiquement le traitement s'applique, nonobstant le droit des autres Etats membres où est diffusée ou collectée l'information nominative.

⁵ On s'interroge: l'autorité nationale compétente sera-t-elle l'autorité gouvernementale ou l'autorité nationale de contrôle.

⁶ A l'inverse, on pourrait concevoir qu'un Etat ait une politique très libérale quant à l'acceptation des flux transfrontières et que des entreprises freinées dans ses exportations de données à partir d'un Etat, n'organisent le transit vers cet autres pays plus libéral.

de la Directive dans un Etat membre ne peut constituer le prétexte à la diminution de la protection assurée jusque là par la réglementation en vigueur dans cet Etat membre⁷.

II. Les domaines de cette marge de manoeuvre

A. Les dispositions explicites

6. Certains sont explicitement affirmés par le texte même de la directive; d'autres le sont implicitement. Sans prétendre être exhaustif, relevons les dispositions explicites du texte:

— c'est tout d'abord à propos des données sensibles que l'article 8.2 a) autorise chaque Etat à limiter la portée du consentement de la personne concernée dans tous ou certains traitements portant sur de telles données que l'article 8.2 b) laisse à la législation nationale le soin de définir les traitements de données sensibles justifiés par le respect des obligations et droits nés des législations de droit du travail et les garanties adéquates entourant de tels traitements, que l'art. 8.4. permet à l'Etat de légitimer pour des motifs d'intérêt public comportant des traitements de données sensibles au-delà des cas prévus par le reste de l'article⁸ et, enfin, que l'article 8.7. laisse aux Etats membres le soin de régler la question des numéros d'identification, nationaux ou de portée générale⁹;

— l'article 9 confère aux Etats membres le soin de réglementer le secteur de la presse;

— l'article 11 relatif à l'information des personnes concernées lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée contient une alternative importante quant au moment de cette information et des possibilités de dérogations importantes, dont chaque Etat national pourra se prévaloir ou non.

— l'article 13 permet à chaque Etat de limiter de manière originale certains droits prévus par la directive lorsqu'une telle limitation est nécessaire pour la sauvegarde d'intérêts publics importants¹⁰ voire de la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui¹¹. Une interprétation large par un Etat des prérogatives qui lui sont ainsi

⁷ Ceci dit, déterminer s'il y a diminution de la protection n'est pas évident. La diminution d'un élément de protection par ex. les obligations de déclaration à la Commission) peuvent être compensés par l'adjonction suite à l'application de la Directive de garanties d'un autre ordre (par ex. une information plus complète de la personne concernée).

⁸ Préambule n° 9 in fine: "et que cela pourra avoir des incidences sur la circulation des données tant à l'intérieur d'un Etat membre que dans la Communauté".

⁹ La portée de cette disposition est à souligner: chacun sait l'importance des numéros d'identification, dans la circulation des données.

¹⁰ L'article 13 énumère ainsi: la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique, la recherche et poursuite d'infractions pénales ou de manquements déontologiques, l'intérêt économique ou financier, les missions de contrôle, d'inspection ou de réglementation.

¹¹ Ainsi dans le cas de données génétiques, révélant l'état de santé d'un tiers.

conférées pourrait conduire à des disparités importantes entre les protections nationales offertes.

— le droit d’opposition prévu à l’article 14 peut être limité par le droit national et l’article 15 autorise pareillement une législation nationale à légitimer les décisions individuelles fondées exclusivement sur un traitement automatisé.

— dans le domaine des obligations administratives de notification à l’autorité de contrôle ou de contrôle préalable, les articles 18, 19, 20 et 21 laissent aux Etats membres de nombreuses latitudes que peuvent conduire à des régimes profondément différents qui pourraient influencer sur le choix des entreprises à localiser leurs traitements dans tel ou tel Etat.

— l’article 24 laisse aux Etats membres le soin de définir les mesures d’application de la directive et en particulier les sanctions de la violation des dispositions prises en application de la présente directive.

B. Au-delà de l’explicite: les marges de manoeuvre implicites

7. Le considérant n° 9 déjà évoqué le mentionnait, le considérant n° 22 l’amplifie: “les Etats membres préciseront dans leur législation ou lors de leur mise en œuvre des dispositions prises en application de la présente directive les conditions générales dans lesquelles le traitement de données est licite; qu’en particulier, l’article 5, en liaison avec les articles 7 et 8, permet aux Etats membres de prévoir, indépendamment des règles générales, des conditions particulières pour les traitements de données dans des secteurs spécifiques¹².

C’est donc à propos des principes essentiels de la directive que se marquera d’abord la liberté d’interprétation des pays membres de l’Union européenne. En particulier, le consentement pourra être jugé dans certains pays, comme un fondement suffisant de légitimité d’un traitement, dans d’autres non; la nécessité de l’exécution d’une mission d’intérêt public (art. 7 e) pourra être soumis à un contrôle particulier de l’autorité de contrôle ou exiger un fondement légal, selon les principes constitutionnels de certains pays¹³.

¹² Le considérant n° 23 habilite les Etats membres à édicter ou maintenir des législations sectorielles à côté ou à la place de législations générales.

¹³ Ainsi le contrôle de la CNIL (France) sur la création des banques de données du secteur public pourrait être maintenu et les distinctions opérées en Allemagne, Danemark, Autriche et autres pays entre les principes valables pour les banques de données privées et ceux appliqués à l’endroit des banques de données du secteur public, sauvegardées.

Au-delà des multiples interprétations que permettent les articles 5 à 9, bien d'autres dispositions peuvent conduire à des applications profondément divergentes de la directive. Les définitions de l'article 2 en fournissent bien des exemples: ainsi, la distinction entre "fichier" et "dossier", essentiel pour la fixation du champ d'application de la directive peut être l'objet de points de vue multiples¹⁴; la notion de "tiers", de même¹⁵.

Enfin, l'interprétation que la valeur des législations de protection des données reçoit dans chaque ordre juridique constitutionnel, ne sera pas modifiée par la directive. Par exemple, la supériorité attribuée par la plus haute juridiction suédoise à la législation d'accès aux documents publics sur la législation de protection des données contrastera ainsi avec le choix d'autres ordres constitutionnels nationaux¹⁶.

Conclusion: Au-delà de la diversité "acceptée"

Si les auteurs de la directive paraissent avoir été conscients de l'importante marge de manoeuvre laissée aux Etats membres nonobstant le rapprochement des législations mises en place par la directive, ils ont en même temps mis en place les instruments d'une nécessaire mais progressive convergence. Notre conclusion en relève les instruments:

— en matière de flux transfrontières vers des pays tiers, la politique nationale trouve ses limites dans l'obligation d'informer la Commission tant des autorisations que des refus, ce qui permet à la Commission, avec l'aide du Comité des représentants des Etats Membres¹⁷;

— la constatation de "divergences susceptibles de porter atteinte à l'équivalence des niveaux de protection" fait l'objet d'un suivi par le "Groupe de protection des personnes", composé des représentants des autorités de contrôle¹⁸. Ce groupe peut également proposer des interprétations communes du texte de la directive.

¹⁴ La structure nécessaire à l'existence d'un fichier s'entend-elle d'une structure minimale, ainsi un classement alphabétique ou au contraire exige-t-on une facilité d'accès à un contenu informationnel précis?

¹⁵ Ainsi, des entreprises poursuivant différentes activités, par ex. assurances, banques devront-elles nommer pour chaque type d'activités différents responsables de traitements, entre lesquels il y aura communication.

¹⁶ Sans doute, est-ce ainsi qu'il faut comprendre le dernier attendu ("n° 72): "considérant que la présente directive permet de prendre en compte, dans la mise en oeuvre des règles qu'elle pose, le principe du droit d'accès du public aux documents administratifs.

¹⁷ Il s'agit du comité prévu par l'article 31. Il est à noter que celui-ci n'exprime qu'un avis à la majorité. C'est la Commission qui arrête les mesures.

¹⁸ Art. 30 al. 2 (cf. également, l'art. 30 al. 1 a).

— On note ensuite le mécanisme puissant de convergence que constitue la mise sur pied de codes de conduite communautaires qui échappent à l'examen des autorités nationales de protection des données.

— enfin, la prohibition pour des raisons relatives à la protection des données de restriction ou d'interdiction des flux de données à l'intérieur de l'Union européenne affirmée par l'article 1 alinéa 2 représente une incitation forte pour les pays à ne pas exiger des protections nationales sensiblement plus fortes, protections dont l'efficacité pourrait facilement être détournée par un flux interne à l'Union européenne.

Ainsi, si on doit parler de liberté relative des Etats membres, cette liberté apparaît surveillée, à défaut d'être contrôlée.