

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Flux transfrontières de données à caractère personnel

BOURLOND, Anne; Pouillet, Yves

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1991

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

BOURLOND, A & Pouillet, Y 1991, 'Flux transfrontières de données à caractère personnel: position de la proposition de directive européenne face à celle de la convention 108 du Conseil de l'Europe', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, Numéro 2, p. 56-63.

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.

In public sector files is certainly not in the DPA. One would have thought that this actually militates against the point of keeping such information. It must be the case that organisations like banks or other financial institutions where there is a high duty of care to customers, should be entitled to keep records of criminal convictions, since this would be relevant to whether or not persons are fit and proper to handle large sums of money or other valuable assets or to have access to computerised information, for example.

(j) The provision in Article 18 that consideration must be given by controllers of files to recommendations from the Commission will extend the DPA in this regard.

(k) The restrictions on transborder data flow go beyond those in the 1981 Convention and the DPA. Bearing in mind the necessity for uninterrupted data flow in the areas such as EDI or electronic funds transfers, this could be retrograde step. The whole question of deciding if another country provides "an adequate level of protection" seems far too imprecise - and different Member States could take different views on this.

(l) As regards the power of Member States to appoint an independent data protection authority under Article 26, the extent of the powers which are proposed for such an authority go beyond the DPA. At present, the Registrar's powers to investigate can only be put in train under a warrant issued on proof that an offence has or is being committed or one of the DPA Principles is being breached. Wider powers could perhaps be open to abuse.

There is a serious risk that if the DPA has to be amended to encompass the Directive, the collection of data will certainly become a more time-consuming and overly bureaucratic procedure. The whole tenor of the DPA is that companies can process data provided they follow the Principles and are properly registered. It is not an act to protect privacy.

The introduction of requirements to inform and seek express consent will slow the process up and, it should not be forgotten, in many cases the increased costs will be passed on to the consumer. The requirement for express consent does not really recognise normal business practice. There are uses of information which must be reasonably contemplated by the controller of the file and the data subject when the data are collected which would justify introduction of an implied consent concept in some areas.

It has been said that the greatest protection for a data subject is his right of subject access and that the standards laid down in the 1981 Convention (which have stood the test of time) are adequate protection. It remains to be seen what revisions to the draft will emerge.

Heather ROWE
Lovell White Durrant

Flux transfrontières de données à caractère personnel : position de la proposition de directive européenne face à celle de la convention 108 du Conseil de l'Europe

Le texte de la proposition de directive européenne relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (V. ce texte reproduit en fin de ce numéro, ainsi que celui ayant trait au RNIS), suscite beaucoup de questions quant à la position de la Communauté en matière de flux transfrontières de telles données.

L'un des problèmes principaux est la détermination de la notion de "protection adéquate" (protection requise pour le transfert de données vers un pays tiers) dont fait usage la directive en son article 24. La Convention 108 du Conseil de l'Europe recourant, elle, au terme de "protection équivalente". Il est actuellement très difficile de donner un contenu précis à cette notion de "protection adéquate" et de la distinguer de celle de "protection équivalente". L'exposé des motifs de la directive n'étant d'aucune aide à ce sujet.

Ceci étant dit, ne conviendrait-il pas, avant de s'efforcer de découvrir le sens de ce concept, d'analyser l'ensemble du libellé de l'article 24 de la proposition de directive. Il est en effet difficile d'établir une comparaison valable des positions de la CEE et du Conseil de l'Europe en la matière en se basant exclusivement sur les concepts de "protection équivalente" et "protection adéquate" en dehors de leur contexte. La comparaison doit porter sur l'ensemble du libellé des deux articles en question (art. 12 de la Convention 108 et 24 de la proposition de directive).

Cette remarque étant faite sur la façon d'aborder le problème, tentons de répondre à la question. La proposition de directive européenne sur la protection des données personnelles s'écarte-t-elle, dans le contexte des flux transfrontières, des exigences du Conseil de l'Europe en la matière ? Fait-elle preuve d'un libéralisme excessif face aux flux transfrontières dans le cadre des relations avec les pays tiers, du fait de l'exigence d'une simple protection adéquate ? Revenons sur la position de chacune des deux organisations à ce sujet.

1 - Position de la Convention 108 du Conseil de l'Europe (art. 12)

Principe applicable aux flux de données à caractère personnel entre Etats Parties à la Convention

- Si le pays destinataire assure une protection équivalente (s'il s'agit d'une Partie à la Convention, il y a présomption de protection équivalente, cf. J. de Houwer & K. Van Brabant, "The transborder data flow of personal data", International Criminal Law Center, VUB, Brux., 1989, p. 33), la Convention prévoit l'obligation de permettre le libre flux des données (interdiction de restriction).

- S'il n'existe pas de protection équivalente dans le pays destinataire (si, par exemple, une Partie prévoit une réglementation spécifique pour une catégorie particulière de données qu'elle estime "sensibles" et que le pays destinataire ne possède pas de telle réglementation), la Convention prévoit la faculté de déroger au libre flux transfrontière de ces données. Il ne s'agit bien là que d'une faculté dont les Parties ont toute liberté de faire usage ou non : elles peuvent imposer des restrictions aux flux transfrontières ou même les interdire complètement, de même qu'elles peuvent adopter une attitude plus libérale. Et s'il est possible que, dans la réalité, les Parties aient tendance à restreindre les flux transfrontières en cas d'absence de protection équivalente, afin d'assurer à leurs citoyens un certain niveau de protection de la vie privée, il s'agit là de considérations de fait. Le droit ne leur interdit pas d'adopter la position inverse afin de ne pas s'isoler, vu leurs trop hautes exigences en ce qui concerne la protection de la vie privée, des échanges internationaux de prestations de services et de participer pleinement aux relations commerciales internationales.

Qu'en est-il du transfert de données à caractère personnel vers les pays tiers ?

La Convention 108 ne s'applique pas à ce type de relations. Le pays exportateur est

donc par conséquent libre d'opposer des restrictions aux flux destinés à des pays tiers ou même de les interdire complètement (cf. B.W. Napier, "Contractual solutions to the problem of equivalent data protection in transborder data flows", compte rendu de la conférence des 27-28 mars 1990 à Luxembourg, p. 17). Mais il pourrait également autoriser le libre transfert vers les pays tiers sans prendre en considération leur niveau de protection de la vie privée.

Le principe préconisé par la Convention 108 du Conseil de l'Europe est donc celui de l'obligation de liberté de flux transfrontières entre Etats parties à la Convention dans la mesure où existe une protection équivalente (ce qui est normalement le cas entre Parties contractantes vu la présomption) et de la faculté d'y opposer des restrictions dans l'hypothèse inverse.

2 - Position de la proposition de directive européenne (art. 1 & 24)

Le principe applicable au transfert de données à caractère personnel entre les Etats membres est celui de la liberté de flux transfrontières vu la présomption de protection équivalente (art. 1). Cette solution semble parallèle à la solution préconisée à l'article 12 de la Convention 108 (cf. infra).

Qu'en est-il du transfert vers des pays tiers ?

- Le principe prévu à l'article 24 de la proposition de directive est celui de l'interdiction de transférer des données à caractère personnel vers un pays qui ne possède pas de protection adéquate.

- Mais quid du cas où existe une protection adéquate dans le pays tiers ? La proposition de directive ne prévoit aucune obligation de transférer. L'Etat a le choix d'adopter une attitude libérale ou à l'inverse d'opposer des restrictions aux flux.

Le principe préconisé par la proposition de directive européenne est donc celui de la faculté de transférer s'il existe une protection adéquate.

3 - Une fois établies les positions et de la CEE et du Conseil de l'Europe, la question est alors de déterminer dans quelle mesure les deux positions diffèrent

Les exigences de la proposition de directive européenne s'écartent-elles vraiment de celles de la Convention 108 ?

A - Quant au volet externe de l'approche communautaire

L'article 24 de la proposition de directive européenne prévoit la possibilité de transfé-

rer des données personnelles vers des pays tiers (Partie à la Convention 108 ou non) uniquement dans la mesure où existe une protection adéquate, alors que la Convention 108 ne prévoit, elle, aucune interdiction de transfert vers des pays qui ne possèdent pas de protection équivalente.

Or, même s'il devrait normalement y avoir dans chaque Partie à la Convention 108 un niveau équivalent de protection (principe d'équivalence), nombreux sont les cas où la protection assurée par les Parties diffère (cf. Exposé des motifs de la proposition de directive, COM(90) 314 final-SYN 287, p. 15). Il reste encore plusieurs Parties signataires qui n'ont pas ratifié la Convention et ne présentent pas de protection de même niveau (cf. à ce sujet, J. de Houwer & K. Van Brabant, op. cit., p. 32, 33). Certaines Parties ont exclu du champ d'application de la Convention certaines catégories de fichiers (en réalité, elles sont d'ailleurs considérées, quant à ces fichiers, comme tierces à la Convention). D'autres auront eu recours aux dérogations prévues à l'article 9. D'autres, enfin, auront prévu, pour certaines catégories de données, une réglementation spécifique que n'auront pas prévue d'autres Parties.

En ce qui concerne les pays non Parties à la Convention 108, celle-ci ne prévoit rien, il peut donc y avoir restrictions ou interdiction de flux transfrontières comme liberté totale de flux (qu'il y ait ou non même niveau de protection). Il n'existe donc aucune exigence de protection, même adéquate. Or, si cela peut se justifier par la présomption de protection équivalente au niveau des Parties à la Convention, il n'existe pas de telle présomption vis-à-vis des pays tiers.

S'il est possible que, dans les faits, comme nous l'avons souligné précédemment, les Etats, lorsque n'existe pas de protection équivalente dans le pays destinataire, imposent des restrictions aux flux transfrontières et que, par conséquent, un certain niveau de protection soit garanti, ils pourraient cependant adopter une attitude plus libérale. Si, d'autre part, il est possible qu'au niveau de la CEE la notion de "protection adéquate" fasse l'objet d'une large interprétation (cf. "Business and EC debate data protection directives", TDR, jan./févr., 1991, p. 28 et art. 24 § 4 de la proposition de directive), facilitant ainsi les flux transfrontières, il reste que n'est prévue aucune obligation de transférer dans le cas où existe une protection adéquate (alors qu'au niveau de la Convention 108, existe l'obligation d'accepter le libre transfert s'il y a protection équivalente).

Par contre, il est interdit dans la directive européenne de transférer les données s'il n'existe pas de protection adéquate dans les pays tiers alors qu'au niveau de la Convention 108, il y a seulement faculté de déroger au libre flux s'il n'y a pas protection équivalente.

Peut-on alors avancer que la Convention du Conseil de l'Europe est, au niveau de la protection de la vie privée dans le cadre de flux transfrontières, plus exigeante que ne l'est la proposition de directive CEE qui ne requiert qu'une protection adéquate ? Finalement, la Convention 108 n'assure-t-elle pas une plus grande liberté au niveau des flux transfrontières ?

En bref, si en soi la notion de "protection adéquate" semble être une notion moins exigeante que la notion de "protection équivalente", surtout si elle fait l'objet d'une large interprétation, il reste que si ces notions sont replacées dans le cadre du libellé des deux articles, il est légitime d'en douter.

Il est intéressant de voir que l'article 24 de la proposition de directive fait d'ailleurs l'objet de critiques opposées selon justement que l'objet de celles-ci est le seul terme d'"adéquat" ou, au contraire, le libellé entier de l'article. Les critiques qui s'attachent au terme "adéquat" considèrent que l'article 24 de la proposition de directive n'est pas assez exigeant au niveau de la protection de la vie privée vu qu'il est en effet possible d'effectuer le transfert de données personnelles dès qu'il y a protection adéquate. Celles qui, par contre, s'attachent au libellé de l'article qui prend la forme d'une interdiction d'exporter (sauf s'il y a protection adéquate) y voient une entrave aux échanges avec les pays tiers et considèrent que les dispositions de la proposition de directive vont au-delà de ce qui est nécessaire à la protection de la vie privée et dépassent ainsi les exigences de la Convention 108. (cf. T. Riley, "Data protection clash on EC directives", TDR, nov. 1990, p. 6, et R.-L. Plesser & E.W. Cividanes, "EC personal data directive: US concern", TDR, nov. 1990, p. 19). Il existe de ce fait un risque d'isolement de la Communauté.

S'il ne faut pas se limiter à cette démarche, il est cependant légitime de rechercher la signification du choix de la notion de "protection adéquate", outre le motif du choix d'un tel libellé. En effet, même si cette notion n'est peut-être pas très différente de celle de "protection équivalente", quel serait le motif du choix de deux termes distincts, s'ils se réfèrent à la même exigence ? N'est-ce pas s'écarter par là de la solution précé-

nisée au niveau interne ainsi que de celle prévue par la Convention 108 ?

En réalité, ces protections se différencient sous deux aspects : d'une part quant à leur forme et d'autre part quant à leur mode d'appréciation.

- En fait, il semble que les auteurs de la directive aient voulu éviter que la protection des données relatives aux Européens ne se limite au seul territoire de la Communauté. Cela engendrerait en effet la création de "data havens" dans les pays tiers et s'inscrirait en faux contre leur démarche de protection de la vie privée au niveau interne. Éviter la création de tels "refuges" pour les responsables de fichiers constitue donc l'un des objectifs principaux de la proposition de directive en ce qui concerne les flux transfrontières vers les pays tiers (cf. "Business and EC data protection directives", TDR, jan./févr., 1991, p. 28, et M. Bangeman, cité dans TDR, oct. 1990, p. 6). Or, si on acceptait le principe de la liberté de flux transfrontières à caractère personnel vers des pays tiers qui ne possèdent pas de protection adéquate, cela reviendrait à permettre aux responsables de fichiers d'échapper aux obligations de la directive par le biais de la délocalisation de fichiers. D'où ce libellé sous forme d'interdiction. Cependant n'est exigée qu'une protection adéquate, alors qu'au niveau interne la directive exige une protection équivalente. Un tel choix s'explique peut-être du fait qu'exiger une "protection équivalente", les pays tiers devant assurer une protection (législation ?) très similaire à celle qui existe au sein de la CEE, consisterait en une attitude impérialiste conduisant sans doute à l'isolement de la Communauté vu le frein terrible que cela mettrait aux échanges. En effet, si quelques pays tiers, comme l'Autriche par exemple, pourraient être considérés comme présentant une protection équivalente, cela serait sans doute pas le cas de nombreux autres Etats, notamment des USA qui affectionnent plutôt une approche sectorielle du problème et ne possèdent pas de protection générale couvrant le droit d'accès aux fichiers détenus par le secteur privé (cf. J. de Houwer & K. Van Brabant, op. cit., p. 12, et R.L. Plesser & E.W. Cividanes, op. cit., p. 9). La Communauté a sans doute pris conscience de son impuissance à exiger une protection équivalente chez ses partenaires commerciaux, à courte échéance du moins, et donc des risques que comporterait une telle attitude.

La notion de "protection adéquate" serait, par contre, d'après ce qui semble être l'in-

terprétation courante au sein des autorités à la base de la proposition de directive, une notion d'une exigence moindre que celle de "protection équivalente" dans la mesure où serait simplement exigé par là des pays tiers qu'ils assurent une protection des données à caractère personnel reprenant les principes de base de la proposition de directive et qui pourrait prendre des formes diverses : pas nécessairement celle d'une loi générale (cf. art. 24 : législation "interne" ne veut pas dire nécessairement "globale", d'autre part on n'exclut pas d'autres critères d'appréciation) mais aussi la forme de réglementations spécifiques à un secteur, ou celle de codes de bonne conduite (encouragés à l'art. 20) ... La protection peut même être assurée par le biais de clauses contractuelles (technique à laquelle semble se référer l'art. 25).

Les auteurs de la proposition de directive entendraient par là permettre que l'appréciation de l'existence de la protection exigée puisse se faire au niveau sectoriel (cf. "EC launches data protection Initiative", TDR, oct. 1990, p. 6). Il s'agirait donc d'une ouverture sur une approche sectorielle de la notion de protection équivalente qui serait beaucoup plus pratique qu'une approche globale (et qui fait d'ailleurs actuellement l'objet de développements dans le cadre du Conseil de l'Europe : cf. "La notion de protection équivalente", Comité consultatif du Conseil de l'Europe, 3 avril 1989, p. 5).

C'est ici que nous voudrions soulever une question. Si les auteurs de la directive favorisent une approche sectorielle du problème, cela ne peut qu'être approuvé. Mais était-il vraiment nécessaire d'utiliser à cette fin, la notion de "protection adéquate" ? Il est en effet légitime de se demander si la notion de "protection équivalente", vu l'acception relativement large qu'elle reçoit actuellement, requiert vraiment l'existence d'une législation générale sur la protection des données dans le pays destinataire. La garantie d'une protection équivalente ne peut-elle se déduire de l'existence d'une protection d'un autre type qu'une législation sur la protection des données personnelles mais dont l'effet serait cependant semblable ? (cf. J. de Houwer & K. Van Brabant, op. cit., p. 42, 43 ; OCDE, Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel, 1981, p. 59). La question se pose notamment quant à la valeur du principe du secret professionnel comme protection des données médicales (cf. J. de Houwer & K. Van Brabant, op. cit., p. 43).

En réalité, si d'aucuns répondent par l'affirmative, le doute plane toujours sur la question. Et si les auteurs de la directive ont opté pour l'adjectif "adéquat", cela pourrait s'expliquer, nous semble-t-il, par la volonté d'éviter toute remise en question du principe selon lequel la protection exigée ne doit pas nécessairement revêtir la forme d'une loi générale sur la protection des données.

- La différence essentielle entre les deux notions et le danger que représente le choix du terme "protection adéquate" ne se situe-t-il pas, en réalité, à un autre niveau ?

La notion de "protection adéquate" présente, en soi, un caractère éminemment subjectif. A l'opposé de la notion de "protection équivalente" qui est une notion objective (l'équivalence de la protection du pays importateur par rapport à la protection précise existant dans l'Etat exportateur est susceptible de vérification objective) la notion de "protection adéquate" est en soi subjective. La protection adéquate est la protection "qui convient" selon l'Etat membre exportateur, ce dernier pouvant se satisfaire d'une faible protection, sans que cette appréciation ne soit susceptible de vérification objective.

Cette notion est donc vouée à faire l'objet d'une appréciation subjective. Mais en outre, elle pourra prendre une coloration politique. En effet, les Etats membres ne sont pas seuls maîtres en la matière. S'ils considèrent qu'il n'existe pas de protection adéquate dans le pays tiers, ils doivent en aviser la Commission (cf. article 24 § 2). Celle-ci peut alors, si elle estime qu'en effet l'Etat en cause ne présente pas un niveau de protection adéquat, engager, selon l'article 24 § 3, des négociations en vue de remédier à ce problème. Mais la Commission pourrait également décider, indépendamment de l'avis des Etats, que le pays tiers en question dispose bien d'une protection adéquate (cf. article 24, § 4).

C'est donc la Commission (et non le Groupe des experts) qui, en définitive, décide souverainement si l'Etat tiers figure sur la "liste blanche" (possède une protection adéquate) ou non, et la notion de "protection adéquate" risque donc de faire l'objet d'une interprétation très large (elle peut être déduite de la simple existence d'un engagement international : cf. article 24 § 4) pour des motifs politiques. La Commission peut, en effet, opter pour une politique libérale des flux transfrontières sans prendre en considération la position des représentants des Etats membres.

C'est en conséquence essentiellement au niveau de son mode d'appréciation que la notion de "protection adéquate" semble beaucoup plus libérale, en matière de flux transfrontières, que la notion de "protection équivalente".

B - Quant au volet interne de l'approche communautaire.

L'approche communautaire des flux transfrontières, dans son volet interne, semble plus exigeante. En effet, au niveau des flux intracommunautaires, les auteurs de la proposition de directive parlent de "protection équivalente" et "de haut niveau". Et, en réalité, si on exige une telle protection à l'intérieur de la Communauté (et s'il y a ce décalage entre exigences interne et externe), cela est requis peut-être davantage par les exigences de la création du marché intérieur unique, ne souffrant aucune distorsion de concurrence, que par la volonté d'assurer une telle protection de la vie privée. Le but premier de la proposition de directive est clairement de supprimer les obstacles aux échanges nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. L'harmonisation des législations sur la protection des données n'en est apparemment que le moyen (cf. COM(90)314 final-SYN287, communication de la Commission, p. 5, & proposition de directive, p. 12, et Recommandation de la Commission n° 81/679, § 3). Et l'exigence au sein de la Communauté d'une telle protection se justifie peut-être uniquement parce que c'est le moyen de rendre possible l'harmonisation entre les législations des pays membres dont certaines sont déjà très protectrices (cf. résumé et exposé des motifs de la proposition de directive, p. 12, 17, 18 et proposition de directive, p. 50). En réalité, la seule manière de supprimer les entraves aux transferts de données au sein de la Communauté n'est-elle pas d'exiger un niveau élevé de protection de la vie privée dans chacun des Etats membres ?

Ceci dit, la position des Communautés Européennes est-elle si affirmée ? L'article 1 de la proposition de directive va-t-il vraiment si loin ? Malgré les exigences spécifiques à la création du marché intérieur (il doit y avoir libre circulation des biens et services au sein de la Communauté donc il doit y avoir libre transfert des données, cf. B.W. Napier, op. cit., p. 10) qui pourraient nous amener à croire que les restrictions aux flux transfrontières seront totalement prohibées, il est possible d'opérer un certain rapprochement entre l'article 1 de la proposition de directive et l'article 12 de la Convention 108.

En effet, le principe semble le même : l'existence d'une équivalence de protection entraîne l'interdiction d'opposer des restrictions aux flux transfrontières. Et des deux côtés, il y a présomption de protection équivalente.

Mais la présomption communautaire n'est-elle pas une présomption plus forte, iuris de iure (cf. Exposé des motifs de la proposition de directive, COM(90)314 final-SYN 287, p. 19 : "... et est donc équivalente", ainsi que le libellé de l'article 1 qui ne prévoit aucune possibilité de dérogation) alors qu'au niveau de la Convention 108, cette présomption semble facilement réfragable ? L'article 12 § 2 a de cette dernière laisse la possibilité d'opposer des restrictions aux flux transfrontières dans tous les cas où existe une réglementation spécifique pour certaines catégories de données et où il n'y a donc normalement pas de protection équivalente dans le pays destinataire, notamment en ce qui concerne les données sensibles (énumérées à l'itre exemplatif à l'article 6). Et cela ne constitue pas, nous semble-t-il, le seul cas où il pourrait y avoir dérogation au principe du libre flux. Ce principe de l'article 12 § 2 trouve sa justification dans la présomption que les différentes Parties présentent une même protection (cf. fin du § 3a, de l'article 12 : la dérogation n'est plus autorisée et on retombe dans le champ d'application du principe du libre flux dès qu'il y a protection équivalente). Cela laisse sous-entendre qu'il y a possibilité de restreindre le libre flux lorsque cette équivalence n'existe pas, la base sur laquelle repose le principe faisant, dans cette hypothèse, défaut. C'est le cas, par exemple, lorsque le pays destinataire a eu recours à la faculté de dérogation prévue à l'article 9, qui autorise les Parties à s'écarter des principes fondamentaux de la protection des données (articles 5, 6 & 8 de la Convention) lorsqu'une telle dérogation constitue une mesure nécessaire, soit à la protection de l'Etat, à la sécurité publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou encore à la répression des infractions pénales, soit à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui (cf. B.W. Napier, op. cit., p. 16 & "La notion de protection équivalente", Comité Consultatif de la Convention 108 du Conseil de l'Europe, CC-PD (89) 2). C'est le cas également lorsque l'Etat n'a pas, malgré la ratification de la Convention, pris les mesures d'application nécessaires (cf. J. de Houwer & K. Van Brabant, op. cit., p. 33).

En réalité, au niveau communautaire, la présomption n'est pas non plus irréfragable.

Il est possible que les législations nationales diffèrent, et ce de manière à démentir la présomption. La déduction peut en être faite du contenu de l'article 28 de la proposition de directive qui prévoit la possibilité pour le "groupe de protection des données" de constater l'existence de divergences entre les législations des différents Etats membres, divergences susceptibles de porter atteinte au principe d'équivalence (on se situe sans doute ici en-dehors du respect des dispositions de la directive). D'autre part, la directive elle-même permet aux Etats membres de prendre des réglementations particulières. Quant à savoir si elles permettront aux Etats qui y ont recours d'opposer des restrictions aux flux transfrontières, il est nécessaire, pour répondre à cette question, de distinguer trois types de réglementations particulières :

- Il existe en premier lieu la faculté de dérogation prévue à l'article 19 de la proposition de directive. Cette disposition permet aux Etats membres de déroger, dans le domaine de la presse et de l'audiovisuel, aux dispositions de la directive (sans précision, donc y compris l'article 1). La proposition de directive permet donc explicitement aux Etats d'opposer des restrictions aux flux transfrontières.

- Un deuxième type de dérogation est prévu à l'article 17 de la directive. Ce dernier permet aux Etats de déroger à l'interdiction de traitement automatisé sauf accord de la personne concernée en ce qui concerne les données sensibles (les données médicales par exemple) pour des motifs d'intérêt public. Le texte parle d'une faculté de dérogation au § 1 de l'article en question. Cependant, la dérogation trouvant sa justification dans un motif d'intérêt public, notion transcendant le cadre de la directive et permettant aux Etats membres de déroger aux libertés fondamentales du Traité de Rome y compris le principe de la libre prestation de services (cf. l'article 66 du Traité renvoyant à l'article 56), les Etats ne seraient-ils pas autorisés dans ce cas à déroger en outre au principe de la libre circulation des données ? L'article 17 de la proposition de directive serait donc à mettre en parallèle avec les articles 6 & 12 § 3a, de la Convention 108.

- Quant au dernier type de réglementations particulières, il s'agit de celles qui dérogent à une disposition précise de la directive sans porter atteinte au principe d'équivalence ni à la libre circulation des données. Il s'agit en réalité des cas où un Etat prend une réglementation qui va au-delà de ce que la disposition en question prévoit.

tout en étant autorisé à le faire. En ce qui concerne l'article 11 par exemple, la France, qui prévoit (en application du § 3 de cet article) l'obligation de notifier les traitements automatisés à usage interne, possède un niveau de protection plus élevé que l'Allemagne qui ne prévoit pas de telle obligation. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, il y a respect des dispositions de la directive et la France ne pourra invoquer cette réglementation particulière pour restreindre les flux transfrontières.

En réalité, lorsque les Etats prennent des réglementations spécifiques (protection plus élevée) tout en restant dans les limites de la marge de liberté laissée aux Etats par la directive, ils ne peuvent invoquer cette différence de protection pour restreindre les flux transfrontières. En effet, dans la mesure où sont respectées les dispositions de la directive (celle-ci permettant certaines différences de protection), il ne peut y avoir de restrictions aux flux transfrontières. Si par contre les Etats, en prenant des réglementations spécifiques, sortent de la fourchette prévue par la directive, le Groupe des experts peut alors constater l'existence d'une atteinte au principe d'équivalence, ce qui engendrera sans doute la possibilité d'opposer des restrictions à la libre circulation des données.

La critique qui pourrait être formulée à cet égard à l'encontre de la proposition de directive est l'importance excessive du degré de divergence toléré par celle-ci, le Groupe risquant d'être tenté de considérer des législations nationales très différentes comme non équivalentes alors que de part et d'autre elles respectent la directive et qu'il n'y a donc normalement pas de possibilité de dérogation au libre flux.

Il est donc possible, comme nous avons tenté de le faire, d'opérer un parallélisme entre l'article 1 de la proposition de directive et l'article 12 de la Convention 108, la possibilité de déroger au principe du libre flux transfrontière n'étant en réalité pas exclue par la proposition de directive européenne.

Cependant, il faut préciser que la proposition de directive apparaît tout de même plus stricte que la Convention 108 quant à l'interdiction des restrictions aux flux transfrontières. L'article 1 semble poser comme principe infaillible celui de la libre circulation des données entre Etats membres et les possibilités de dérogation par ces derniers aux transferts intracommunautaires de données ne sont en fait prévues que de façon tout-à-fait restrictive (énumération limitative des articles 17 et 19). On ne peut donc

soutenir que la non équivalence des législations engendre automatiquement une faculté de dérogation. Quant à l'article 3 § 2a, de la Convention 108 qui octroie aux Parties la faculté non de renverser la présomption d'équivalence mais d'exclure du champ d'application de cette présomption (et de celui du principe de libre flux) certaines catégories de données, il n'existe pas de disposition semblable dans la proposition de directive européenne. En outre, il n'existe pas de possibilité de dérogation en cas de contournement de législation (cas où il y a transfert vers un pays tiers par l'intermédiaire d'un pays membre afin de contourner l'interdit national aux flux transfrontières) alors que l'article 12 § 3b, de la Convention 108 le prévoit expressément. Et si le problème ne se présente pas avec la même acuité au niveau de la CEE, une protection adéquate étant toujours requise pour pouvoir transférer des données vers un pays tiers, tout risque ne se trouve pas pour autant éliminé étant donné l'interprétation subjective et très large dont cette exigence va faire l'objet.

D'autre part, il faut ajouter que si le fameux Groupe de protection des données a pour mission de constater ces divergences éventuelles entre les législations des Etats membres, il a également pour mission d'initier des actions destinées à atteindre une équivalence effective, pour garantir, en quelque sorte, cette équivalence dans la protection de la vie privée assurée par les différents Etats membres (cf. article 28).

En conclusion, peut-on affirmer que la solution préconisée par la proposition de directive européenne en matière de flux transfrontières s'éloigne des exigences de la solution proposée par la Convention 108 du Conseil de l'Europe ?

Il faut distinguer les volets interne et externe de l'approche communautaire. Au niveau interne, malgré une apparence plus exigeante, la solution de l'article 1 de la proposition de directive semble se rapprocher de celle préconisée à l'article 12 de la Convention 108, la présomption d'équivalence n'étant pas irréfragable. Quant aux transferts de données vers des pays tiers, si l'usage de la notion de "protection adéquate" semble impliquer une position communautaire plus libérale en matière de flux transfrontières, l'analyse du libellé de la disposition peut nous amener à réfléchir sur cette question. En effet, par le biais de ce libellé en termes négatifs, les auteurs de la proposition de directive garantissent un minimum de protection des libertés indivi-

duelles : celles-ci se verront toujours assurer au moins une protection adéquate (ce que ne garantit en fait pas la Convention 108 du Conseil de l'Europe). Il est donc légitime de se poser la question de savoir si la position communautaire est vraiment plus libérale vis-à-vis des flux transfrontières de données à caractère personnel (au détriment de la protection des libertés individuelles). L'adhésion de la Communauté à la Convention 108 du Conseil de l'Europe n'est-elle d'ailleurs pas encouragée principalement dans le but de permettre une plus grande circulation des données vu le jeu de la présomption de protection équivalente qui existerait ainsi entre la Communauté et les autres pays parties à la Convention (présomption cependant très audacieuse et fragile vu le nombre de dérogations possibles) ?

Si les autorités à la base de la proposition de directive se sont permises d'opter pour cet adjectif "adéquat" (qui en réalité ne présente pas en soi un grand danger, le risque se situant plutôt dans l'interprétation politique qu'est susceptible de recevoir son appréciation) c'est sans doute dû à la rigueur du libellé de la disposition. Mais faut-il rappeler qu'il ne s'agit là que d'une ébauche de directive et que, sous la pression de plusieurs Etats et organismes, la notion de "protection équivalente" pourrait reprendre le dessus.

Anne BOURLOND

sous la direction du Professeur

Yves POULLET

Directeur du Centre de recherches
informatique et droit (Namur)

Directive du 14 mai 1991 sur les logiciels : suite et fin

La directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur est l'aboutissement du long travail communautaire débuté il y a de nombreux mois et qui avait donné lieu à des prises de position passionnées sur les questions de "reverse engineering" et d'accès aux interfaces (V. Ch. Le Stanc, Observations sur la proposition de directive du conseil CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Lamy Droit de l'Informatique, 1989, mise à jour I, p. 3 et s.; J. Huet, Le "reverse engineering", ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe, D. 1990,

Chron. 99; Ph. Gaudrat, Quelques observations sur le "reverse engineering" en matière de logiciels, Lamy Droit de l'Informatique, 1990, mise à jour C, p. 1 et s.).

Le texte finalement adopté est semblable à celui de la position commune du Conseil du 13 décembre 1990, en particulier en ce qui concerne le reverse engineering, "décompilation" selon le texte européen, lequel est finalement déclaré licite, à certaines conditions, lorsqu'il tend à obtenir "les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur". Nous reproduisons ici le texte de cette directive en renvoyant pour son étude à des analyses déjà publiées dans cette Revue (V. Y. Itard, La directive sur les logiciels et son impact sur l'Industrie, 1990-4, p. 75 et s.; Ph. Gaudrat, M. Briat et F. Dupuis-Toubol, Europe des logiciels : au menu, PLA du chef à la mode bruxelloise", 1989-2 p. 65 et s., et 1989-3, p. 58 et s.).

Dans l'avenir, c'est la transposition de la directive dans notre droit français dont il faudra suivre le déroulement : car, à coup sûr, la loi de 1985 instituant la protection des logiciels par le droit d'auteur devra être adaptée aux nouvelles règles européennes.

Directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

V. ce texte reproduit à la fin de ce numéro

UK : le droit anglais est favorable à la protection des compilations factuelles et des banques de données par le Copyright

Après l'arrêt rendu par la Cour suprême américaine dans l'affaire Feist v. Rural Telephone (27 mars 1991, V. cette Revue, 1991-1, obs. J. Huet) refusant la protection par le droit d'auteur à un annuaire téléphonique, et au moment où nous publions dans ce numéro l'article de J. Ginsburg "Creation and commercial value : copyright protection of works of information", il est intéressant de mettre en parallèle les résultats auxquels aboutit le droit anglais du Copyright : l'étude de Nicholas Frome et Heather Rowe montre en effet qu'Outre-Manche on est assez favorable à la protection des compilations factuelles et des banques de données. Il faut dire