

Droit communautaire et des pays européens

Réflexions sur la proposition de directive européenne relative à la protection des données personnelles

En cours d'élaboration depuis maintenant trois ans, 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", est encore loin d'émerger des limbes de la procédure communautaire.

Présentée au Conseil en juillet 1990, la proposition de la Commission des Communautés a ensuite été soumise au Parlement Européen, qui le 11 mars 1992, a émis un avis favorable sur le texte, en l'assortissant de nombreux amendements. C'est sur cette base que la Commission a, le 15 octobre dernier, adopté une proposition de directive modifiée, actuellement soumise au Conseil. Celui-ci devra adopter (à la majorité qualifiée s'il suit la proposition de la Commission et à l'unanimité s'il l'amende) une "position commune" qui sera soumise en deuxième lecture au Parlement. En cas d'amendements apportés par celui-ci, le texte retournera sur le bureau de la Commission qui de nouveau élaborera un texte tenant compte de la position du Parlement qu'elle soumettra ensuite au Conseil. Celui-ci se prononcera alors sur la proposition de la Commission à la majorité qualifiée. Il faut ajouter qu'il ne pourrait adopter les amendements du Parlement non repris par la Commission, qu'à l'unanimité...

L'objectif assigné à la directive est de permettre la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres de la Communauté dans le cadre de la réalisation du marché intérieur prévu à l'article 8 A du Traité de Rome modifié par l'Acte Unique. A cette fin, la directive tend à harmoniser les textes de protection des données entre Etats membres afin que ceux-ci ne constituent pas un obstacle aux échanges. Elle vise donc à définir un corps de principes communs de nature à concilier les impératifs éco-

nomiques précités et la protection des individus.

Vaste gageure si l'on songe aux disparités existant actuellement entre les différents pays membres de la Communauté, qui pour certains (Italie ou Grèce) sont dépourvus de loi interne de protection des données, pour d'autres comme la France ou l'Angleterre, sont dotés de textes qui, s'ils visent le même objectif de protection des personnes, procèdent de traditions juridiques et instaurent des procédures souvent très différentes.

Il faut rappeler que la proposition de directive reprend en les précisant et en les concrétisant sur des points importants, les grands principes de la Convention 108 du Conseil de l'Europe de 1981, d'ores et déjà ratifiée par sept des Etats membres de la Communauté. Par rapport à la proposition initiale, dont on connaît déjà les grandes lignes (cf cette revue 1990-3 p. 74 obs. M.G. Choisy et 1991-2 p. 53, obs. H. Rowe et projet de texte en annexe), la proposition actuellement soumise au Conseil a subi bon nombre de modifications résultant de la prise en compte, par la Commission de certains des amendements parlementaires.

Sur le plan formel, le texte initial a ainsi été restructuré notamment son chapitre II, qui reprend désormais l'ensemble des conditions générales relatives à la licéité des traitements. C'est ainsi que sont abordés successivement les principes devant présider à la conception et à la mise en oeuvre des traitements de données à caractère personnel (sections 1, 2 et 3), les droits de la personne concernée (sections 4, 5 et 6), les obligations en matière de sécurité (section 7) et les procédures de notification auprès des autorités de contrôle (section 8). Cette nouvelle présentation tient compte de la suppression de la distinction initialement opérée quant au régime applicable, entre les traitements relevant du "secteur public" et ceux mis en oeuvre par le "secteur privé".

Sur le fond, le texte a en effet subi des modifications dont certaines apparaissent incontestablement positives (I), d'autres à l'inverse, suscitent réserves (II) et interrogations (III).

I - Parmi les premières et pour les principales modifications, on rangera la suppression du cli-vage précédemment cité entre les traitements publics et privés. Le projet initial prévoyait en effet, des critères de légitimité des traitements et des modalités de notification auprès de l'autorité de contrôle nationale, distincts selon que l'application était mise en oeuvre par un organisme relevant du secteur public ou du secteur privé. La proposition modifiée substitue à ce critère organique, tenant au statut juridique du responsable du traitement, un critère matériel tenant à l'objet

et aux caractéristiques de celui-ci.

Cette modification est incontestablement positive tant il est vrai que les "risques de dérives" et d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, initialement perçus, notamment dans la loi française (1), comme devant émaner principalement du secteur public, ont eu tendance à se modifier et à se déplacer progressivement notamment en raison de la diffusion massive de l'informatique, de la prise de conscience de la valeur marchande des données nominatives et d'une interpénétration croissante des secteurs publics et privés. D'où la nécessité affirmée par la proposition de directive, d'instaurer des modalités d'encadrement des applications qui tiennent compte essentiellement de la teneur même des traitements quelque soit le secteur considéré.

C'est ainsi que "pour certaines catégories de traitements qui ne portent pas atteinte aux droits et libertés des personnes concernées" et parallèlement au régime de notification communément applicable, l'article 19 de la proposition de directive modifiée, prévoit une formule simplifiée ou même une exonération totale de formalité. C'est ainsi également qu'il est prévu que l'ensemble des traitements qui ont fait l'objet d'une notification figurent dans un registre tenu et mis à la disposition des intéressés par l'autorité de contrôle.

A noter également parmi les modifications apportées aux procédures de notification, que l'article 20 de la proposition modifiée laisserait ouverte la possibilité, pour les Etats membres de la CEE, d'instaurer un régime de formalités préalables pour les traitements manuels qui seraient considérés comme particulièrement sensibles.

- A cet égard, il faut souligner, au stade des définitions, l'abandon par rapport au texte initial du seul concept de fichier comme critère d'application de la directive. Est en effet substituée à cette notion statique et quelque peu désuète dans le contexte du développement actuel de l'automatisation et des télécommunications, la notion de traitement qui a pour avantage d'englober dans la définition qu'en donne l'article 2b de la proposition modifiée, un grand nombre d'opérations allant du stade de la collecte à celui de la destruction des données.

- La notion de fichier est, quant à elle, explicitée (cf article 2c) et recouvre "tout ensemble structuré de données à caractère personnel... accessible selon des critères déterminés ayant pour objet ou pour effet de faciliter l'utilisation ou le rapprochement de données relatives à la ou aux personnes concernées." Cette définition devrait permettre en France, de remédier aux incerti-

tudes liées à l'absence, dans la loi du 6.01.1978, de définition précise de la notion de fichier manuel auxquels s'appliquent certaines dispositions de ce texte. Elle devrait permettre également de résoudre les difficultés nées de jurisprudences controversées restreignant singulièrement le dispositif de protection des données. (Voir en ce sens Cour de cassation Chambre criminelle 03.11.1987, Proc. gén. cass. c/Riou).

C'est ainsi que le "droit de suite" affirmé par la CNIL et qui permet à une personne d'accéder non seulement à un traitement automatisé de références comportant des informations la concernant, mais également aux données conservées sur support papier auquel renvoie ce traitement dès lors qu'elles sont précisément structurées et organisées pour permettre cette correspondance, semble devoir être consacré par la directive, sans toutefois y figurer expressément, ce que l'on peut regretter.

Il - Indépendamment de ces différentes modifications, un certain nombre des dispositions de la proposition de directive, suscitent des incertitudes quant à leur portée effective.

C'est ainsi que parmi celles des dispositions de son chapitre II qui traitent des "principes relatifs à la qualité des données", des "fondements des traitements de données" et des "droits individuels des personnes concernées", certaines demeurent assez floues, d'autres instaurent des dérogations obligatoires ou facultatives qui conduisent à s'interroger sur les conditions d'application des principes édictés.

Après avoir énuméré de façon très précise une série de conditions alternatives de licéité d'un traitement (parmi lesquelles figurent notamment le consentement de la personne concernée, l'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles, la nécessité de répondre à des obligations légales ou l'intérêt vital de la personne), l'article 7f de la proposition modifiée, dispose qu'un traitement est licite, "dans la mesure où il est nécessaire à la poursuite de l'intérêt général, de l'intérêt légitime du responsable du traitement ou du ou des tiers auxquels les données sont communiquées à condition que l'intérêt de la personne concernée ne prévale pas".

L'objectif de cette disposition quelque peu "fourre-tout" est certes de mettre en balance les intérêts en présence afin de réaliser entre eux un équilibre satisfaisant. Qu'en sera-t-il toutefois de son application pratique ? Les divergences de sensibilités quant à l'appréciation de la prévalence d'un intérêt sur l'autre, risquent en effet de susciter des interprétations très diverses.

- La même remarque est valable en ce qui concerne les dispositions du projet, relatives à l'information de la personne concernée. (section IV, articles 10, 11, 12).

La teneur des renseignements minimaux dont doit pouvoir bénéficier la personne, est énumérée très précisément et, à cet égard, on doit souligner que par rapport à la loi française (Article 27, loi du 6.01.1978), le projet ajoute aux informations devant être fournies aux intéressés, l'indication de la finalité du traitement auquel celles-ci sont destinées. Cette information doit être effectuée lors de la collecte directe des données auprès de la personne concernée.

Dans les autres hypothèses et en particulier dans le cas visé à l'article 71 précité, le responsable du traitement a toute faculté de décider du moment opportun pour effectuer, auprès de l'intéressé, l'information sur l'existence et les caractéristiques d'une application portant sur des données le concernant. L'article 12-1 précise seulement que l'information doit être réalisée au plus tard lors de la première communication des données à un tiers. Encore la portée de cette obligation risque-t-elle d'être diminuée par la possibilité de dérogation prévue à l'article 12, al. 3, dès lors que "l'information de la personne concernée se heurte à des intérêts légitimes prédominants du responsable du traitement ou à un intérêt similaire d'un tiers". Ces dispositions, là encore, risquent de susciter des divergences d'appréciation entre Etats membres. Il n'est que de songer à cet égard aux questions soulevées par les conditions d'utilisation des données dites "publiques".

Il reste que la proposition de directive modifiée (article 15-3) prévoit à présent, sans dérogation possible, qu'en cas d'utilisation de données à des fins de prospection, la faculté d'opposition, qui peut par ailleurs être exercée à tout moment par l'intéressé, doit faire l'objet d'une information spécifique. Celle-ci doit être effectuée préalablement à la communication de ces données à un tiers ou deuxième hypothèse (fréquemment rencontrée dans les opérations de marketing direct) préalablement à leur usage pour le compte de tiers. On regrettera toutefois que l'application de cette disposition soit limitée à l'utilisation des données à des fins de prospection "par voie postale".

- En ce qui concerne enfin le droit d'accès, de toute personne, aux données nominatives la concernant, la proposition de directive rajoutant en cela aux dispositions de la loi du 6.01.1978, prévoit que ce droit peut comporter l'obtention d'informations sur l'origine des données et d'une

manière générale sur leur utilisation (articles 13 et suivants).

Par ailleurs, a été introduite, à titre de garantie supplémentaire (cf article 13 par. 5) la possibilité pour toute personne intéressée "de connaître, sur sa demande, les raisonnements utilisés dans les traitements dont les résultats lui sont opposés", disposition directement inspirée de l'article 3 de la loi du 6.01.1978.

Ces dispositions qui visent à assurer une "transparence" des traitements, sont assorties toutefois d'une série de possibilités de dérogations. Certaines sont classiques et correspondent notamment aux cas où sont en jeu la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique ou l'exercice de poursuites pénales. D'autres par contre, sont liées au contexte économique dans lequel s'inscrit la directive et tiennent à la nécessité de sauvegarder "un intérêt économique et financier d'un Etat". D'autres enfin ont pour objectif de protéger "un droit équivalent d'une autre personne et des droits et libertés d'autrui" ou la réalisation "d'une mission de contrôle ou d'inspection relevant de l'exercice de l'autorité publique ou de la collaboration à une telle mission".

Dans ces trois dernières hypothèses, les contours des dérogations demeurent flous et leur application pourrait générer des risques de dérives.

La proposition de directive prévoit toutefois que les autorités de contrôle disposent d'un droit de vérification leur permettant, sur demande de la personne concernée, d'apprécier les conditions de licéité des traitements en cause. (Il n'est cependant pas précisé, si le contrôle ainsi exercé peut aller jusqu'à celui de la pertinence au cas d'espèce, de l'exception invoquée pour restreindre le droit d'accès).

III - De façon générale, se pose en effet la question de la place laissée par la directive aux législations nationales.

- En vertu de l'article 189 du Traité du 25 mars 1957, les directives européennes ont pour vocation de fixer aux Etats membres, des objectifs, en les liant "quant au résultat à atteindre".

Il en résulte que les autorités nationales sont compétentes pour décider de la forme à donner, à l'exécution des objectifs d'une directive et qu'elles ont toute latitude, sous le contrôle des juridictions nationales, pour prendre elles-mêmes les dispositions destinées à lui faire produire des effets en droit interne, dans le délai imparti à cette fin.

En l'espèce, le double objectif de "libre circulation des données à caractère personnel entre

Etats membres" et de "protection des droits et libertés des personnes physiques concernées", étant affirmé par la directive, quelle sera la latitude d'action et la marge d'appréciation dont disposeront effectivement les autorités nationales pour assurer l'application de ces dispositions ?

Certains articles de la directive descendent dans le détail et sont particulièrement précis quant aux procédures qu'ils instaurent. Il en est ainsi par exemple de l'article 18 par. 4, qui prévoit que les autorités de contrôle disposent d'un délai de 15 jours, à compter de leur notification, pour examiner les traitements les plus sensibles. S'agissant précisément des applications les plus délicates, on voit mal comment elles pourront dans un délai si bref, accomplir cette tâche de façon satisfaisante.

Par ailleurs, si tout au long de l'exposé des considérants et de la proposition de directive elle-même, il est énoncé que les Etats membres peuvent préciser en droit interne, les conditions d'application de ce texte, de quelle "marge de manoeuvre" disposeront-ils effectivement ?

L'ambiguïté est manifeste si l'on compare certains des considérants de la proposition de directive qui paraissent quelque peu contradictoires. Si le considérant n° 16 dispose ainsi que "... les Etats membres peuvent préciser les conditions dans lesquelles les communications à des tiers de données à caractère personnel peuvent être effectuées à des fins de prospection commerciale...", le considérant 34 précise quant à lui que "la présente directive ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre réglemente les activités de prospection commerciale... dans la mesure où cette réglementation ne concerne pas la protection des personnes au regard des traitements de données à caractère personnel" !

Cette ambiguïté de la référence à l'ordre juridique interne ne peut que résulter du fait que la directive traite des données personnelles en tant que "biens" objets de transactions commerciales ou dont l'échange correspond à l'accomplissement d'un service. Elle place ainsi au même niveau normatif (article 1-2) les impératifs de leur libre circulation et ceux de la protection de la vie privée qui définit l'objet des lois internes de protection des données.

L'entrée en vigueur de la directive aura pour conséquence qu'un Etat membre de la CEE ne pourra plus arguer de l'insuffisance ou de "l'inéquivalence" de protection existant dans un autre pays membre, pour restreindre ou soumettre à conditions des échanges de données à destination de celui-ci (comme c'est le cas actuellement

pour les flux transfrontières à destination des pays de la CEE non dotés de législation interne de protection des données). On peut toutefois s'interroger sur les incidences des disparités dans les régimes de protection des données qui risquent de résulter de la mise en oeuvre des facultés de dérogation ouvertes par la directive.

C'est en définitive à la Commission des Communautés que la directive attribue un pouvoir réglementaire pour arrêter les mesures nécessaires à son application "aux spécificités de certains secteurs ou de certaines catégories de traitements" ainsi qu'à "l'harmonisation des législations nationales". Elle est assistée dans cette tâche par un Comité Consultatif de protection des données.

La proposition de directive fait à cet égard, référence à la décision du Conseil du 13 juillet 1987, qui "codifie" les formules auxquelles celui-ci peut avoir recours pour investir la Commission de compétences d'exécution. En l'espèce, c'est donc la solution dite du "Comité Consultatif" qui est retenue, qui incontestablement privilégie le rôle de la Commission.

Si la directive (article 31) prévoit également la création d'un "groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel", constitué de représentants des autorités de contrôle nationales, on regrettera que son rôle soit purement consultatif et que ses attributions restent mal définies, notamment par rapport à celles du Comité précité.

Comme le soulignait déjà le rapport Tricot, "le service attendu de l'entreprise collectrice des données est à la fois la justification et la limite de l'usage des renseignements".

Il reste que l'objectif assigné à la directive est particulièrement délicat tant il est vrai que la définition d'un juste équilibre est subtile entre les impératifs de la protection des données et l'exigence de leur libre circulation.

En témoigne l'étendue des réactions que la proposition initiale a déjà suscitée, qui s'est traduite notamment par un nombre notablement élevé d'amendements parlementaires...

Sylvie LEPANY
Avocat à la cour

(1) : La loi du 6.01.1978 en effet, prévoit pour les applications relevant du secteur public, une formalité de demande d'avis (article 15) sensiblement plus contraignante que la procédure de déclaration applicable au secteur privé (article 16).