

Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne

Situation présente et perspectives de développement*

Francesco MAIANI

Assistant diplômé, Centre de droit comparé et européen, Université de Lausanne

Cet article analyse les rapports entre les différents actes régissant les traitements de données effectués par les institutions communautaires. Le règlement 45/01 pose en effet les règles générales en la matière. Celle-ci fait toutefois l'objet d'autres dispositions de même rang sans qu'il y ait un principe exprès de coordination. L'article porte aussi sur le champ d'application du règlement 45/01. Il s'agit d'un aspect qui a été vivement débattu lors de son adoption et qui continue de l'être dans une perspective de réforme.

La protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles constitue de par sa nature propre une problématique en constante évolution. Selon l'heureuse expression du professeur S. Simitis, « *la protezione delle informazioni è un procedimento dal quale non si finisce mai d'imparare* » (1). En ce qui concerne plus précisément les traitements effectués par les institutions et organes communautaires, le développement de la matière reflète également l'évolution des valeurs sous-tendues à l'intégration européenne, notamment l'affirmation progressive du droit à la protection des données personnelles en tant que valeur constitutionnelle. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui érige le droit à la protection des données en droit fondamental autonome, en représente le couronnement (2).

Le droit dérivé a lui aussi beaucoup évolué au cours des dernières années. Le 18 décembre 2000, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement 45/01 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement

(*) L'auteur remercie vivement M. Roland Bieber, titulaire de la chaire Jean Monnet en droit européen à l'Université de Lausanne, pour ses conseils et encouragements ainsi que Mme Nathalie Gajic, assistante diplômée au Centre de droit comparé et européen, pour son aide précieuse. Les avis exprimés dans cet article n'engagent toutefois que l'auteur.

(1) S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, Rivista Critica del Diritto Privato, 1997.564. « La protection des données constitue un processus à partir duquel on ne cesse de tirer des enseignements » (traduction libre).

(2) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JOCE C 364/2000, p. 1), art. 8.

des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (3). Ce règlement vient remédier aux insuffisances d'un cadre juridique resté, jusqu'à ce jour, chaotique et lacunaire (4).

Il vise en effet à assurer une application cohérente et homogène des règles de protection des libertés et droits fondamentaux à l'égard du traitement des données personnelles dans l'ensemble de la Communauté (5). D'une part, le règlement institue une autorité de contrôle indépendante, autorité compétente pour surveiller toutes les opérations de traitement effectuées par les institutions et les organes communautaires : il s'agit du Contrôleur européen de la protection des données (6). D'autre part, en ce qui concerne le régime juridique des traitements, le règlement a pour objet de « régir au cœur d'une seule et même texte l'ensemble de la matière » (7).

Concernant ce dernier aspect cependant, l'adoption du règlement laisse subsister des questions ouvertes ainsi que d'importantes marges de développement.

Tout d'abord, de nombreuses dispositions, qui ont vocation à régir sous certaines circonstances les traitements effectués par les institutions et les organes communautaires, préexistent au règlement. Ces dispositions n'ont pas été abrogées (8). D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le législateur communautaire en introduise de nouvelles. En l'application des principes de *lex specialis* et de *lex posterior*, ces dispositions spéciales sembleraient avoir précedence sur les dispositions de portée générale contenues dans le règlement 45/01. Dès lors, la question se pose de savoir si le règlement 45/01 est réellement en mesure d'assurer de façon durable « une application cohérente et homogène » des règles régissant les traitements de données personnelles dans l'ensemble de la Communauté, ou si ces règles sont destinées à un retour progressif au désordre et à l'entropie. Pour être en mesure de répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer avec exactitude la place du règlement dans le système des sources régissant la matière, système qui présente d'ailleurs d'importantes particularités. Cette problématique sera abordée dans une première partie de cet article.

Ensuite, tous les traitements effectués dans l'ensemble de l'Union européenne ne sont pas soumis au même régime : le règlement 45/01 ne concerne que les traitements mis en œuvre par les institutions et organes communautaires pour l'exercice d'activités qui relèvent en tout ou en partie du champ d'application du droit communautaire. Les traitements mis en œuvre par ces mêmes sujets dans le cadre de la PESC et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ne sont pas couverts, pas plus que les traitements mis en œuvre au sein des systèmes européens d'information dits du troisième pilier (9) [SIS-Système d'infor-

(3) Règlement (CE) n° 45/01 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (JOCE L 8/2001, p. 1).

(4) V. *infra*, la section I de cet article, en particulier la note 30.

(5) Règlement 45/01, préc. considérant 12.

(6) Règlement 45/01, préc. art. 1 § 2 et 41.

(7) Y. Gautier, Commentaire n° 78, Europe, mars 2001.8. V. aussi règlement 45/01, préc. considérant 14.

(8) V. règlement 45/01, préc. considérant 11.

(9) Règlement 45/01, préc. art. 3. V. aussi les considérants 14, 15 et 16.

mation Schengen (10), SID-Système d'information des douanes (11), et SIE-Système d'information Europol (12)]. A ce sujet de nouveaux développements sont à attendre : le Parlement européen, la Commission et, en moindre mesure le Conseil, ont indiqué la perspective d'un rapprochement des règles en vigueur dans les différents cadres juridiques, précisément dans le but d'assurer la cohérence du régime des traitements dans l'ensemble de l'Union (13). Cet accord apparent cache toutefois des divergences profondes sur au moins deux aspects essentiels : l'étendue de ce rapprochement futur et les moyens juridiques nécessaires pour le mener à bien. L'analyse de ces aspects constitue la deuxième partie du présent article. Il a été jugé utile de séparer l'étude de ces questions en relation, respectivement, aux traitements effectués par les institutions et organes communautaires hors du champ d'application du droit communautaire et aux traitements effectués au sein des systèmes européens d'information du troisième pilier.

Mais avant d'aborder les problématiques que nous venons d'évoquer, il paraît indispensable de décrire brièvement l'évolution du cadre juridique régissant la matière.

I. — APERÇU HISTORIQUE

Les premières législations en matière de protection des données personnelles ont été adoptées au cours des années 1970, en réponse à la menace portée par l'évolution impétueuse des technologies de l'information à la sphère privée de l'individu (14). Ces législations nationales, tout en présentant des différences

(10) V. Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (JOCE L 239/2000, p. 19, ci-après « Convention de Schengen »), titre IV.

(11) V. Acte du Conseil du 26 juill. 1995 établissant la Convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes (JOCE C 316/1995, p. 33, ci-après « Convention SID »). Le fonctionnement du SID est régi par deux différents instruments. La Convention SID régit la coopération *entre administrations douanières* dans la prévention, recherche et poursuite des infractions graves aux *lois douanières nationales* concernant la circulation de biens faisant l'objet de mesures restrictives, ainsi que des biens liés au trafic international illicite de stupéfiants (V. Convention SID, art. 1 et 2). En revanche, le règlement (CE) n° 515/97 du Conseil du 13 mars 1997 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des Etats membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole (JOCE L 82/1997, p. 1) institue un système d'échange d'informations entre administrations douanières *et entre celles-ci et la Commission*. Son objet est celui d'aider à prévenir, à rechercher et à poursuivre les violations des réglementations *communautaires* douanière et agricole (V. règlement 515/97, préc. art. 23 § 2). Il existe donc deux SID, que nous appellerons respectivement « SID » tout court et « SID-volet communautaire ». Il y a cependant lieu de souligner que l'infrastructure matérielle du SID est unique, comme il résulte de l'article 23 § 3 du règlement 515/97.

(12) Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de la police (JOCE C 316/1995, p. 2, ci-après « Convention Europol »), art. 7 et s.

(13) V. règlement 45/01, préc. considérant 17.

(14) La première loi en matière a été adoptée par la *Land* de Hesse en 1970. Elle a été suivie notamment par la loi suédoise de 1973, par la loi fédérale allemande de 1977 et par la loi française du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Cette dernière s'ouvre par une affirmation éloquentes : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen.

non négligeables, se fondaient sur un noyau commun de principes qui ont trouvé leur consécration dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (15).

Comme il en résulte de son préambule, le but de cette Convention est « d'étendre la protection des droits et des libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitements automatisés » (16). Le régime juridique du traitement de données personnelles se laisse donc décrire comme une technique de protection des droits fondamentaux, visant spécifiquement à neutraliser les atteintes portées par la circulation des données personnelles à ces droits (17).

Cependant, bien qu'il soit conçu pour protéger les personnes, l'objectif de ce régime n'est pas de réduire la circulation des données. Il s'agit plutôt d'en réglementer la circulation de manière à atteindre un équilibre acceptable entre la protection de la sphère privée de l'individu et les intérêts qui réclament au contraire une circulation et une utilisation larges de l'information. Le préambule de la Convention mentionne à cet égard la « nécessité de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et de la libre circulation de l'information entre les peuples » (18). Au-delà de cet aspect, dont l'optique est celle de la balance entre différents droits fondamentaux, la circulation des données et l'infrastructure informatique qui la supporte constituent une partie essentielle de l'organisation publique et économique de la société contemporaine. D'une

Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

(15) Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, Série des traités européens (STE) n° 108 (Conseil de l'Europe, Conventions et Accords Européens, vol. IV, p. 264 et s., ci-après « Convention 108 »).

(16) Convention 108, préambule, considérant 2.

(17) S'il est incontestable que la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles soit partie intégrante de la systématique des droits de l'homme, son point d'attache dans cette systématique est moins univoque. La protection des données était conçue, originairement, comme étant un aspect du droit au respect de la vie privée. Cette approche conserve son actualité, notamment en ce qui concerne l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne considère en effet le traitement de données personnelles une ingérence au sens de l'article 8 Conv. EDH, et interprète ce dernier en faisant largement recours aux principes affirmés dans la Convention 108 (V. R. Ryssdal, *Data protection and the European convention on human rights*, in Conférence des Commissaires à la protection des données, *Data protection, human rights and democratic values*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992, p. 41-42). Dans d'autres contextes, toutefois, une telle approche est à considérer indûment réductrice : la protection des données est censée protéger notamment la vie privée des personnes, mais aussi leur identité et leur dignité. C'est le cas, par exemple, de la loi italienne (L. 31 déc. 1996, n° 675), qui énonce en son article 1 : « *La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale* ». En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la Cour de justice a jusqu'à ce jour opéré dans le droit fil de la jurisprudence de Strasbourg, en faisant dériver le droit à la protection des données du droit à la vie privée (V. *infra* notes 22 et 23). En revanche, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît au droit à la protection des données personnelles une place autonome (art. 8).

(18) Convention 108, préambule, dernier considérant.

part en effet, les autorités publiques réclament la possibilité d'exploiter au maximum les possibilités que leur offrent les technologies de l'information pour faire face de manière efficace et rationnelle à leurs tâches de plus en plus complexes. D'autre part, les entreprises échangent et traitent couramment des données personnelles, dans la mesure où la circulation des biens et des services est aujourd'hui inextricablement liée à la circulation des informations (19).

C'est notamment en fonction de cet aspect que la Communauté européenne a été amenée à légiférer en matière de protection des données personnelles :

« La disparité des dispositions nationales existantes dans certains Etats membres risquait de produire des obstacles au développement d'un marché intérieur des informations et à la libre circulation des données à l'intérieur de la Communauté. La protection des données, qui est admise comme un droit fondamental protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, constituait l'une des raisons impératives pour lesquelles, selon la jurisprudence de la Cour de justice, une exception aux libertés du Traité de Rome est permise. Dès lors, la libre circulation des données nécessitait une harmonisation des législations au niveau communautaire » (20).

Par conséquent, sur base de l'article 95 CE, le Parlement européen et le Conseil ont arrêté la directive 95/46 qui harmonise les dispositions nationales régissant les opérations de traitement de données personnelles (21).

L'adoption de la directive a eu pour effet, entre autres, de mettre en évidence l'absence d'une réglementation régissant spécifiquement les traitements de données personnelles effectués par les institutions communautaires elles-mêmes. Certes, la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance assurent le respect des droits fondamentaux – parmi lesquels figure le droit à la vie privée – en tant que principes généraux du droit communautaire (22). Cependant, cette technique de protection demeure en elle-même insuffisante : pour que les administrations, qui sont amenées à traiter de manière fréquente des informations personnelles, respectent le principe du « droit à la protection des données », il est nécessaire que celui-ci soit transformé en règles et procédures détaillées. Ceci est primordial en particulier pour les institutions et organes communautaires qui, la Commission en tête, traitent

(19) Cette dernière affirmation est abondamment développée par P. Swire, R. E. Litan, *None of your business : world data flows, electronic commerce and the european privacy directive*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1999. L'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS, selon son acronyme anglais) constitue une illustration plus synthétique mais tout aussi efficace du lien qui existe entre commerce et circulation des informations.

(20) U. Brühann, *La directive européenne relative à la protection des données : fondements, histoire, points forts*, RF adm. publ. 1999.13.

(21) Dir. (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE L 281/1995, p. 31). Le considérant 68 de la directive affirme que les principes qu'elle énonce « pourront être précisés et complétés, notamment pour certains secteurs, par des règles spécifiques [...] ». Une directive sectorielle a déjà été adoptée : il s'agit de la directive (CE) n° 97/66 du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 relative au traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunication (JOCE L 24/1998, p. 1).

(22) CJCE, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-62/90, Rec. 1992, p. I-2575.

d'énormes quantités de données à caractère personnel. Par exemple, en tant qu'employeurs, elles sont amenées à traiter des données concernant leurs employés (23). En tant que parties à des contrats, elles recueillent et traitent de données relatives à leurs cocontractants (24). Dans l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées par les traités, elles utilisent des masses d'informations pour la formulation des politiques aussi bien que pour leur mise en œuvre (25).

Il existe également une autre dimension du problème, liée au concept de réseau : l'établissement et le fonctionnement d'un marché unique européen et d'un espace de liberté, sécurité et justice exigent une coopération étroite entre les administrations des Etats membres et entre celles-ci et les services de la Commission. Cette coopération implique un échange continu d'informations – notamment d'informations à caractère personnel – entre ces autorités (26). Cet aspect de l'intégration européenne est en plein essor : la Communauté a mis en place un programme général visant à promouvoir le développement de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations. Il s'agit du programme IDA (27). Dans le cadre de ce programme, un nombre très élevé de systèmes d'informations a été mis en place ou le sera par la suite. En outre, même en dehors du projet IDA, d'autres systèmes d'information ont été mis en place ou le seront prochainement, notamment dans le cadre de la coopération policière et douanière.

Dans cette perspective, le niveau inadéquat de protection des données personnelles assuré par les institutions communautaires aurait pu constituer une entrave à la circulation des informations entre administrations nationales et institutions européennes (28).

Dans le dessein de trouver une solution aux problèmes ci-dessus évoqués, la Commission et le Conseil se sont engagés, par une déclaration faite lors de

(23) V. par ex. CJCE, X. *c/ Commission*, aff. C-404/92P, Rec. 1994, p. I-4737 ; TPI, *Gaspari c/ Parlement européen*, aff. T-66/98, Rec. FP 1999, p. II-287. V. aussi règlement 45/01, préc. considérant 7.

(24) V. Commission européenne, Réforme de la Commission, Livre Blanc, partie II, COM(2000)200 final/2, action envisagée n° 74.

(25) V. décis. n° 1719/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 1999 définissant un ensemble d'orientations, ainsi que de projets d'intérêt commun, en matière de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA) (JOCE L 203/1999, p. 1), en particulier art. 1 § 1.

(26) V. Résolution du Conseil du 20 juin 1994 relative à la coordination en matière d'échange d'informations entre administrations (JOCE C 181/1994, p. 1). Concernant le fonctionnement du marché unique, V. la résolution du Conseil du 7 décembre 1992 sur les moyens d'assurer un bon fonctionnement du marché unique (JOCE C 334/1992, p. 1), § 5, 13 et 14. L'importance primordiale de la coopération administrative et en particulier de l'échange d'information pour l'établissement d'un espace de liberté, sécurité et justice, est révélée par plusieurs dispositions de droit primaire (V. notamment art. 29, 30 § 1 litt. b UE ; art. 66 CE).

(27) Décis. n° 1719/1999/CE, préc. et décis. n° 1720/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 1999 adoptant un ensemble d'actions et de mesures visant à assurer l'interopérabilité de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA) et l'accès à ces réseaux (JOCE L 203/1999, p. 9).

(28) Pour des considérations analogues, V. U. Brühann, La protection des données à caractère personnel et la Communauté européenne, Rev. Marché commun et de l'Union européenne, 1999.340. V. aussi N. Mackel, Commentaire à l'article 286 CE, § 3, in P. Léger (dir.), Commentaire article par article aux traités UE et CE, Bâle, Genève, Munich, Paris, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000.

l'adoption de la directive 95/46, à respecter les principes énoncés par celle-ci (29). De plus, les actes prévoyant des traitements de données de la part des institutions communautaires ou mettant en place des réseaux d'échange de données personnelles entre celles-ci et les administrations nationales ont été assortis de dispositions visant à assurer la protection des données (30).

Toutefois, lors de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam de 1997, la question de l'absence d'un cadre juridique clair protégeant les particuliers à l'égard des traitements de données effectués par les institutions communautaires a été soulevée et un nouvel article 286 a été inséré dans le Traité CE. Le paragraphe 1 de cet article dispose ainsi :

« A partir du 1^{er} janvier 1999, les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent traité ou sur la base de celui-ci ».

Cette disposition a pour but de fournir aux personnes physiques une protection adéquate à l'égard des traitements de données personnelles effectués par les institutions et organes communautaires. Cependant, la technique du renvoi a été choisie pour satisfaire aussi à une exigence ultérieure. En effet, en rendant applicables aux institutions et organes les actes originellement conçus pour harmoniser les droits nationaux, l'idée a été celle de rendre équivalent le niveau de protection dans les Etats membres et au sein de la Communauté européenne et d'éliminer ainsi tout obstacle à la transmission de données entre administrations nationales et communautaires (31).

L'article 286 comporte également un § 2 qui dispose :

« Avant [le 1^{er} janvier 1999], le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, institue un organe indépendant de contrôle

(29) V. Communiqué de presse du Conseil du 24 juill. 1995, Press 226, n° 9012/95.

(30) Il y a lieu d'observer que, ce faisant, le législateur communautaire n'a pas adopté une technique normative uniforme. Certains règlements renvoient aux dispositions de la directive 95/46 (par ex. règlement n° 1073/99 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) (JOCE L 136/1999, p. 1), art. 8 § 3 ; V. également règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (JOCE L 151/1997, p. 1), art. 5. En revanche, d'autres règlements contiennent une réglementation complète des traitements (V. par ex. règlement 515/97, préc. art. 23 et s.). Il en va de même pour ce qui est de la *surveillance* sur les traitements de données personnelles. Certains des règlements que nous avons mentionnés prévoient des systèmes de surveillance *ad hoc* : par exemple le règlement 1073/99, préc. institue un Comité de surveillance (art. 11) et lui attribue entre autres la tâche de veiller, conjointement avec le directeur de l'OLAF, à ce que l'OLAF respecte l'article 286 CE (art. 8 § 4 ; en ce qui concerne l'art. 286 CE V. *infra* dans le texte). Dans certains cas, une telle attribution est transitoire : par exemple le règlement 515/97, préc. soumettait au contrôle du Médiateur européen les traitements effectués par la Commission dans le cadre du SID-volet communautaire « [...] jusqu'à la désignation d'une ou plusieurs autorités créées pour les institutions et organes communautaires » (art. 37 § 4).

(31) Règlement 45/01, préc. considérants 12 et 20. Dans le même sens V. A. Haratsch, *Verweisungstechnik und gemeinschaftsgerichtete EG-Richtlinien*, Europarecht, 2000.43. Cet auteur observe que, pour que l'équivalence entre les droits nationaux harmonisés et le droit applicable aux institutions soit acquise de manière durable, il faut interpréter le renvoi opéré par l'article 286 CE comme étant un renvoi *dynamique* (*ibid.* p. 43 et 52).

chargé de surveiller l'application desdits actes communautaires aux institutions et organes communautaires et adopte, le cas échéant, toute autre disposition utile ».

Ainsi que nous l'avons rappelé au début de cet article, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement 45/01 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données. Ce règlement reprend dans la mesure du possible les dispositions des directives 95/46 et 97/66 (32) tout en les adaptant en vue de leur application aux institutions. De même, il institue le Contrôleur européen de la protection des données.

II. – LA PLACE DU RÈGLEMENT 45/01 PARMIS LES SOURCES RÉGISSANT LES TRAITEMENTS DE DONNÉES PERSONNELLES EFFECTUÉS PAR LES INSTITUTIONS ET ORGANES COMMUNAUTAIRES

A. – *Position du problème*

Tout système normatif de protection des données personnelles, pour être véritablement efficace, a besoin de règles sectorielles qui déclinent et détaillent les principes que les dispositions générales énoncent en fonction des variables qui entourent la mise en œuvre d'un traitement donné (sujet responsable du traitement, moyens techniques employés, finalités du traitement, etc.) (33). Par exemple, le règlement 45/01 impose aux institutions de ne traiter que les données qui sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées (34). Les dispositions régissant le fonctionnement du SID pour leur part, établissent une liste limitative des catégories de données personnelles qui peuvent être insérées dans ce système d'information (35).

Chaque traitement est donc potentiellement régi par des dispositions contenues dans plusieurs actes, et c'est d'ailleurs là le sens du principe selon lequel les données personnelles doivent être traitées « licitement » (36) : est licite le traitement qui respecte les dispositions générales en matière de protection des données et toute autre règle juridique ayant vocation à s'appliquer en l'espèce.

Cette multiplicité reste une qualité du système normatif pour autant qu'elle ne conduise à son éclatement en plusieurs sous-systèmes incohérents les uns par

(32) V. *supra*, note 21.

(33) V. S. Simitis, Reconsidering the premises of labour law : prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data, *European Law Journal*, 1999.51 et 52. Comme il a été rappelé (*supra*, note 21), le préambule de la directive 95/46 (considérant 68) affirme que les principes qu'elle énonce « pourront être précisés et complétés, notamment pour certains secteurs, par des règles spécifiques ».

(34) Règlement 45/01, préc. art. 4 c).

(35) Règlement 515/97, préc. art. 24 et 25.

(36) Règlement 45/01, préc. art. 4 a).

rapport aux autres (37). C'est pour cette raison que les dispositions générales en matière de protection des données, tout en renvoyant à des réglementations ultérieures, s'efforcent d'encadrer ces dernières et en particulier posent des conditions et des limites à l'introduction de dispositions dérogatoires (38). Cependant, cet encadrement ne peut être efficace que si la validité des dispositions sectorielles dépend de leur conformité par rapport aux dispositions d'application générale. En d'autres termes, celles-ci doivent être hiérarchiquement supérieures à celles-là (39).

Dans ce contexte-ci, se pose le problème suivant : aux dispositions contenues dans les directives 95/46 et 97/66, et que le règlement 45/01 reprend, se juxtaposent les dispositions contenues dans d'autres actes de droit dérivé – principalement des règlements – qui ont vocation à réglementer spécifiquement certains traitements ou certaines catégories de traitements (40). Cette situation est susceptible d'entraîner des conflits de normes.

En matière de conflits de normes, il est généralement affirmé, en droit communautaire, qu'il n'est possible d'établir une hiérarchie entre deux actes de droit dérivé que si l'un a été adopté sur la base de l'autre (41). Si tel n'est pas le cas et si aucune disposition expresse ne vient apporter de solution, le conflit entre deux dispositions ayant vocation à régir les mêmes faits doit être résolu en faisant recours aux principes de la *lex posterior* et de la *lex specialis* (42).

Or, l'application de ces principes amènerait précisément au résultat de la fragmentation et de l'érosion progressive du régime des traitements de données personnelles introduit avec le règlement 45/01 : des dispositions sectorielles, par hypothèse en contradiction avec celles du règlement, pourraient l'emporter en vertu du principe de spécialité et, si elles devaient être introduites postérieurement, également en vertu du principe de postériorité.

Cependant, un examen plus approfondi de l'ensemble des sources régissant les traitements effectués par les institutions communautaires permet de parvenir à des conclusions différentes.

(37) Le considérant 68 de la directive 95/46, cité plus haut, exprime cette exigence de cohérence. En effet, on y affirme que les règles spécifiques complétant ou précisant les principes énoncés par la directive elle-même sont (doivent être) « conformes à ces principes ». V. également règlement 45/01, préc. considérants 11 et 12.

(38) V. dir. 95/46, préc. art. 13 ; règlement 45/01, préc. art. 20.

(39) En ce qui concerne le rapport entre la directive 95/46 et les dispositions de droit national qui en spécifient les principes, l'intangibilité des principes généraux est assurée non pas par une relation hiérarchique *stricto sensu*, mais par la primauté du droit communautaire par rapport au droit national.

(40) V. *supra* note 30.

(41) En ce qui concerne les rapports hiérarchiques entre règlements de base et règlements d'application, V. CJCE, *Deutsche Tradax*, aff. 38/70, Rec. 1971, p. 145 ; CJCE, *Yoshida Nederland BV*, aff. 34/78, Rec. 1979, p. 115. Concernant l'impossibilité d'établir une hiérarchie entre actes de droit dérivé en raison de leur forme, auteur ou procédure d'adoption, V. R. Bieber, I. Salomé, Hierarchy of norms in european law, *Common Market Law Review*, 1996.913 et s.

(42) V. R. Bieber, I. Salomé, *op. cit.* p. 918. En ce qui concerne le principe de postériorité V. CJCE, *Petrides c/ Commission*, aff. C-64/98P, Rec. 1999, p. I-5187, concl. av. gén. Ruiz-Jarabo Colomer, point 40.

B. — *Interprétation de l'article 286 CE : la nature du règlement 45/01*

Le point de départ de notre analyse sera l'article 286 CE. Le problème interprétatif central de cette disposition est celui de déterminer le sens et la portée de son paragraphe 1, qui dispose de l'*applicabilité* aux institutions et organes communautaire des directives 95/46 et 97/66.

Etant donné que les actes auxquels il est renvoyé sont des directives, il a été soutenu que l'article 286 se contenterait d'obliger les institutions communautaires à « transposer » ces directives sans pour autant conférer de façon immédiate aux particuliers des droits juridiquement protégés. En d'autres termes, en raison de la forme des actes auxquels l'article 286 CE renvoie, l'obligation que ce dernier impose aux institutions communautaires serait régie *mutatis mutandis* par l'article 249 § 3 CE (43).

Cette interprétation soulève cependant des objections.

Il y a lieu de rappeler d'une part, qu'aux termes de l'article 249 CE le destinataire d'une directive est *tenu* d'accomplir une activité normative ultérieure. D'autre part, que le principe des compétences d'attribution exige que tout acte normatif des institutions communautaires se fonde sur une *base juridique appropriée*. Dès lors, pour que l'interprétation précitée soit conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 286, il est nécessaire que celui-ci, eu égard à son libellé, soit susceptible d'être considéré comme base juridique appropriée pour une mesure de transposition des directives auxquelles il renvoie.

Dans le silence de l'article 286 § 1 en ce qui concerne l'adoption de mesures ultérieures, on pourrait d'abord vouloir examiner le paragraphe 2. Cette disposition confère cependant au Conseil le pouvoir d'adopter *le cas échéant* des dispositions *utiles*. Elle n'a donc pas été rédigée en ayant à l'esprit des mesures de transposition de directives, dont l'adoption est *obligatoire* pour les destinataires de celles-ci et qui sont en principe *nécessaires* pour que les directives déploient leur plein effet.

Si l'on écarte le paragraphe 2 comme base juridique il ne nous reste qu'à admettre que dans le texte de l'article 286 CE le terme « appliquer » puisse signifier le cas échéant « transposer ». Quelle que soit la légitimité terminologique d'une telle conclusion, elle soulève une autre difficulté. Etant donné que les directives doivent par leur nature propre être transposées avant une certaine date, on voit mal pourquoi on aurait utilisé, pour imposer au législateur

(43) Le préambule du règlement 45/01 reflète, dans une certaine mesure, cette approche. En effet on y affirme que l'adoption d'un règlement est « nécessaire afin de donner aux personnes des droits juridiquement protégés » (considérant 5). Dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de règlement, le Comité économique et social a été plus explicite sur le point : « Il s'agit [...] d'une transposition de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 aux organes et institutions communautaires pour leurs activités de traitement et de transmission de données personnelles » (avis CES, n° 1128/1999, du 8 déc. 1999, JOCE C 51/2000, p. 48, point 1.1). Pour une position plus nuancée, bien que substantiellement analogue, V. A. Haratsch, *op. cit.* p. 53, qui se livre à une analyse concernant l'effet direct des dispositions de la directive vis-à-vis les institutions communautaires.

communautaire de transposer ces directives, la formule « à partir du 1^{er} janvier 1999 » (44).

En conclusion, une interprétation telle que celle brièvement exposée plus haut, qui s'efforce de parvenir à une application aussi fidèle que possible de l'article 249 CE en l'espèce, semble toutefois méconnaître des données textuelles d'une importance élémentaire dans l'économie de l'article 286 CE.

Prenons ces données textuelles comme point de départ dans l'analyse de l'article 286. D'une part, ce dernier vise des « actes communautaires » et les caractérise exclusivement du point de vue de leur objet (45). D'autre part, il semble déterminer leur régime juridique – ils deviennent « applicables » aux institutions et organes communautaires – de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment de leur qualification formelle (46).

En d'autres termes : une fois que les actes auxquels l'article 286 renvoie ont été identifiés de par leur objet, leur régime juridique vis-à-vis des institutions communautaires ne serait plus déterminé par l'article 249 CE mais plutôt par l'article 286 CE. Ce dernier doit être en effet considéré comme étant *lex specialis* par rapport à l'autre : alors que l'article 249 CE définit avec valeur générale le régime juridique applicable aux actes de droit dérivé, l'article 286 définit le régime applicable aux seuls « actes relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel » et cela, par rapport aux seules institutions communautaires.

En faisant abstraction du régime juridique que l'article 249 CE rattache aux directives, le premier paragraphe de l'article 286 pourrait se prêter à l'interprétation suivante : les directives 95/46 et 97/66 sont applicables (dans le sens « sont obligatoires en tous leurs éléments », qui est propre à la notion d'applicabilité en droit communautaire) (47) sans qu'aucune mesure de transposition ne soit nécessaire à cette fin. Dans cette optique, l'expression « à partir du 1^{er} janvier 1999 » indiquerait purement et simplement la date à laquelle le régime des traitements de données personnelles entre en vigueur pour les institutions et organes communautaires.

Cette interprétation trouve confirmation dans le paragraphe 2 de l'article 286. En effet, la directive 95/46 exige l'institution d'une autorité de contrôle (48) : dans la mesure où cela requiert une activité législative, il était nécessaire de

(44) La présence d'un délai est inhérente à l'obligation de transposition : « [...] l'opération de transposition consiste dans l'adoption, dans le délai imparti, des mesures nécessaires [...] à l'application [...] des normes établies par la directive » (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1998, p. 225). La technique rédactionnelle utilisée dans le Traité CE pour imposer aux institutions l'adoption d'actes de droit dérivé dans un délai déterminé est parfaitement illustrée par les articles 61, al. 1 sous a), 62, 63, et 102 § 2 du Traité CE ; V. aussi l'article 286 § 2 : « avant la date visée au paragraphe 1 ». Il y a lieu d'observer que l'article 286 § 1 CE se lit comme s'il disposait « à partir du 1^{er} mai 1999 », cette dernière étant la date d'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam (V. N. Mackel, *op. cit.* § 6).

(45) « [...] Les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

(46) Ce raisonnement s'accorde d'ailleurs avec l'expression neutre – les « actes » – employée dans le texte de l'article.

(47) V. art. 249 Traité CE. V. aussi CJCE, *Ministère public c/ Ratti*, aff. 148/78, Rec. 1979, p. 1629, concl. av. gén. Reischl, point 1.

(48) Dir. 95/46, préc. art. 28.

charger le Conseil et le Parlement européen d'instituer une telle autorité et de leur conférer les pouvoirs nécessaires à cette fin. En outre, dans la mesure où certaines dispositions des directives sont incomplètes et d'autres perdent leur pertinence au moment où elles viennent en considération dans l'application de l'article 286 CE (49), il était approprié d'attribuer au Conseil et au Parlement européen le pouvoir d'arrêter, le cas échéant, toute autre disposition utile.

Il y a lieu de souligner que le problème interprétatif ci-dessus exposé n'a pas été tranché par les juridictions communautaires. En outre, bien que ce problème ait été débattu au cours de la procédure d'adoption du règlement 45/01, le préambule et le texte du règlement ne fournissent pas d'éléments décisifs sur la position adoptée par les institutions (50). Cependant, l'interprétation ici proposée semble être celle qui a été retenue dans la pratique institutionnelle. En particulier, il résulte d'un rapport spécial adressé par le Médiateur européen au Parlement européen que la Commission s'estimait liée par les dispositions des directives, en vertu de l'article 286 CE, déjà en juin 1999. Le Médiateur, bien que très critique par rapport à l'interprétation donnée par la Commission aux dispositions pertinentes de la directive 95/46, n'a toutefois pas soulevé d'objections de principe à l'applicabilité de cette dernière en l'espèce (51).

En résumé, selon l'interprétation ici proposée, le législateur communautaire tire de l'article 286 § 2 CE le pouvoir de compléter et perfectionner un régime juridique qui est cependant entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 (52). Ainsi, le règlement 45/01 constitue une mesure « utile » aux termes de l'article 286 § 2 et non pas une mesure de transposition des directives 95/46 et 97/66.

C. – La place du règlement 45/01 parmi les sources régissant les traitements de données effectués par les institutions et organes communautaires

Venons-en maintenant aux implications que cette interprétation de l'article 286 CE comporte pour la détermination des rapports entre les actes régissant les traitements effectués par les institutions et organes communautaires.

Il paraît d'abord important de clarifier la relation entre les actes auxquels l'article 286 CE renvoie et les actes arrêtés sur base de ce même article – à ce jour, entre les directives 95/46 et 97/66 d'une part et le règlement 45/01 de

(49) Par exemple l'article 4 de la directive 95/46 fixant les critères pour déterminer le « droit national applicable ». Celui-ci vise en effet à résoudre une question qui ne se pose pas en relation aux traitements de données effectués par les institutions et organes communautaires.

(50) Le considérant 5 du règlement 45/01 (V. *supra* note 43) paraîtrait favorable à la théorie de la « transposition ». Toutefois, son article 32 est assez explicite, dans le sens contraire, là où sont évoqués « [...] les droits qui lui [à la personne concernée] sont reconnus à l'article 286 ».

(51) « Rapport spécial du Médiateur à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la plainte 713/98/IJH » (disponible sur le site <http://www.euro-ombudsman.eu.int>). Dans ce même rapport, à la note 7, le Médiateur affirme être lui-même soumis aux dispositions de la Directive. Voir également la Décision du Médiateur européen du 30 novembre 1999 relative à la désignation d'un délégué à la protection des données, disponible aussi sur le site <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.

(52) V. *supra* note 44.

l'autre. A cet égard, c'est encore l'article 286 qui nous offre les éléments propres à résoudre la question.

L'article 286 § 2 CE, ainsi que nous l'avons vu, permet au Conseil en codécision avec le Parlement européen d'adopter « toute [...] disposition utile ». De par son libellé, il s'agit d'une disposition qui laisse au législateur communautaire une marge d'appréciation vaste, sans pour autant qu'elle soit illimitée.

Il semblerait exclu en particulier que sur base de l'article 286 § 2 le législateur communautaire puisse faire bénéficier les institutions communautaires de dérogations allant au-delà de ce qui est autorisé par les actes auxquels le paragraphe 1 renvoie. Tout d'abord parce que l'*utilité* des dispositions arrêtées sur base du paragraphe 2 se rapporte à l'*application* aux institutions et organes communautaires des actes auxquels le paragraphe 1 renvoie : en effet, le pouvoir conféré au législateur communautaire d'arrêter des mesures d'application d'un ou plusieurs actes normatifs ne comprend nullement celui de leur apporter des dérogations (53). Ensuite parce que l'un des buts de l'article 286 CE est précisément d'harmoniser le niveau de protection entre Etats membres d'une part et institutions communautaires de l'autre (54) : il serait contraire à cette finalité d'interpréter l'article 286 comme conférant au Conseil et au Parlement européen la faculté d'introduire des dérogations *ad libitum* au régime des directives en vue de leur application aux institutions et organes communautaires.

En considération de ce qui précède, il est alors possible de parvenir à la conclusion que, en application de l'article 286 CE, les directives 95/46 et 97/66 sont hiérarchiquement supérieures par rapport au règlement 45/01, en ce sens que les dispositions de ce dernier ne peuvent valablement déroger aux dispositions de celles-là et doivent être interprétées autant que possible d'une manière conforme par rapport à elles (55). Dès lors, bien que le règlement 45/01 apparaisse comme le fondement premier des droits des personnes concernées vis-à-vis des institutions et organes communautaires, les directives doivent cependant être considérées, au regard de l'article 286 CE, comme étant la source première de ces droits, et constituent le paramètre de la légitimité des dispositions du règlement (56).

(53) Ce point est très clairement exposé dans le rapport du 11 oct. 2000 de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, rapporteur Elena Ornella Paciotti (doc. A5-0279/2000, ci-après « rapport Paciotti »). Dans ce rapport on lit que « vu le caractère contraignant de l'article 286, premier tiret, l'opération de transposition doit être rigoureusement limitée aux cas d'espèces pour lesquels la réglementation communautaire reconnaît des options et/ou des dérogations en faveur des Etats membres ; pour le reste, la proposition de règlement ne peut que répéter (*mutatis mutandis*) les dispositions pertinentes ou renvoyer à celles-ci » (p. 72). Notre seule réserve sur ce raisonnement concerne, bien entendu, l'emploi dans ce contexte de la notion de transposition.

(54) V. *supra* note 31.

(55) Il y a lieu de souligner que, même en considérant le règlement 45/01 comme un acte de transposition des directives 95/46 et 97/66, on en est parvenu substantiellement à la même conclusion (V. A. Haratsch, *op. cit.* p. 53 ; *supra* note 53).

(56) En termes de remèdes juridictionnels, cette conclusion peut se traduire comme suit : en cas de difformité d'une disposition du règlement 45/01 par rapport à celles des directives 95/46 et 97/66, toute partie peut en invoquer l'inapplicabilité conformément à l'article 241 CE. Une telle difformité constituerait en effet une violation du Traité au sens de l'article 230 CE et plus précisément, une violation de l'article 286 (à ce sujet V. aussi A. Haratsch, *op. cit.* p. 59).

Cela dit, nous sommes également en mesure d'apporter une solution au problème concernant les rapports entre les dispositions régissant spécifiquement certains traitements de données et les dispositions d'application générale du règlement 45/01.

En effet, ce serait une erreur de considérer cette question comme si elle ne concernait que le rapport entre le règlement 45/01 et d'autres règlements.

L'article 286 CE impose aux institutions et organes communautaires le respect des directives 95/46 et 97/66. Le législateur communautaire possède à cet égard uniquement le pouvoir d'arrêter des dispositions utiles en vue de leur application, et ne peut donc introduire des dispositions en violation de ces actes.

Comme nous l'avons vu, cela implique que les dispositions arrêtées sur la base de l'article 286 § 2 ne peuvent valablement contrevenir à celles des directives. Cette conclusion vaut cependant aussi pour toute autre disposition ayant vocation à régir les traitements de données.

En effet, lorsque le législateur communautaire exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par le Traité CE, par exemple pour établir des formes de coopération et des réseaux d'échange de données entre administrations (comme le SID-volet communautaire), cela est sans préjudice de l'article 286 § 1. Le législateur communautaire ne peut en aucun cas porter atteinte à la pleine application des dispositions auxquelles celui-ci renvoie.

Il s'ensuit que les dispositions spéciales régissant certaines catégories de traitements doivent, sous peine d'invalidité, respecter les dispositions générales contenues dans le règlement 45/01, *dans la mesure où celles-ci reprennent les dispositions des directives 95/46 et 97/66.*

III. — LE CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT 45/01 : PERSPECTIVES DE RÉFORME

A. — *Traitements effectués par les institutions communautaires dans le cadre des titres V et VI du Traité UE*

Les traitements mis en œuvre « pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne » ne rentrent pas dans le champ d'application matériel des directives 95/46 et 97/66 (57). La Commission avait cependant proposé de soumettre au même régime tous les traitements effectués par les institutions communautaires, qu'ils fussent effectués dans le cadre des activités communautaires, de la PESC ou de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (58).

(57) Dir. 95/46, préc. art. 3 § 2. V. aussi dir. 97/66, préc. art. 1 § 3.

(58) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de la communauté et à la libre circulation de ces données (COM(1999)337 déf.), art. 3.

Toutefois lors de l'adoption du règlement 45/01, cet aspect de la proposition de la Commission n'a pas été retenu (59). Dans le but d'arriver rapidement à l'adoption de l'acte, le Parlement européen, bien que favorable à une redéfinition du champ d'application dans le sens indiqué par la Commission, a préféré s'accorder en première lecture avec le Conseil, qui y était fermement opposé. Dans le même but, la Commission a préféré de ne pas retirer la proposition de règlement. Elle a toutefois voulu marquer son désaccord par une déclaration verbalisée lors de l'adoption du règlement par le Conseil.

Il est utile d'en reporter un passage ici même puisque, en exposant la position de la Commission, la problématique juridique qui sera analysée dans les lignes suivantes se clarifie :

« [...] La Commission constate que des traitements de données personnelles sont effectués par les institutions dans le cadre du titre V et VI du Traité sur l'Union européenne. Elle considère qu'il est nécessaire de soumettre ces traitements à des règles juridiques, claires et certaines concernant la protection des données personnelles.

La Commission affirme que cette réglementation peut être adoptée sur la base de l'article 286 du Traité instituant la Communauté européenne. Elle considère que cette base couvre le traitement des données effectués par les institutions et organes communautaires dans tous les cas où ils agissent, y compris dans le cadre des activités relevant des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne. Dès lors, elle ne partage pas l'interprétation du Conseil selon laquelle l'article 286 du Traité instituant la Communauté européenne couvrirait seulement les activités régies par ce même Traité. [...] » (60).

En effet, quelle que soit leur importance pratique, les traitements effectués par les institutions communautaires dans le cadre des activités relevant des titres V et VI du TUE ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique (61). Le préambule du règlement, tout en essayant d'indiquer un remède à cette lacune, ne fait que renforcer l'idée que les traitements effectués dans ces domaines se trouvent en réalité au-delà de tout contrôle efficace :

« Lorsque [un] traitement est effectué par les institutions et organes communautaires pour l'exercice d'activités situées hors du champ d'application du présent règlement, en particulier celles prévues aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes est assurée dans le respect de l'article 6 du traité

(59) Règlement 45/01, préc. art. 3. V. aussi considérants 14, 15 et 16.

(60) Déclaration 120/00 *ad* article 3 § 1 du règlement 45/01, préc. (doc. Conseil 14547/00, Annexe II, p. 7 ; ce document est disponible sur le site <http://ue.eu.int>).

(61) Il est utile dès maintenant de préciser de quels traitements il *ne s'agit pas* ici. Premièrement, les institutions communautaires n'ont aucun rôle opérationnel dans les traitements de données personnelles effectués au sein des grands systèmes d'information institués dans le cadre de la coopération policière : SIS, SID et Système d'Information Europol (V. *supra*, notes 10, 11 et 12 ; V. également *infra*). En outre, pour ce qui est des traitements effectués par les institutions communautaires en tant qu'employeurs et en tant que parties à d'autres contrats, il y a lieu de souligner que l'ensemble de la logistique administrative pour la mise en œuvre des titres V et VI du Traité UE est celle de la Communauté (V. G. Isaac, Le « pilier » communautaire, un « pilier » pas comme les autres, Cah. dr. eur. 2001.53 et 57). Dès lors, tous les traitements de données s'y rapportant sont soumis au régime juridique du règlement 45/01.

sur l'Union européenne. L'accès aux documents, y compris les conditions d'accès aux documents contenant des données à caractère personnel, relève des réglementations adoptées sur la base de l'article 255 du Traité CE dont le champ d'application s'étend aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne » (62).

L'article 6 du Traité UE impose en effet aux institutions de l'Union le respect des libertés fondamentales. Cependant, les particuliers ne disposent pas de voies de recours directes pour soumettre aux juridictions communautaires les actes pris par les institutions dans le cadre des titres V et VI du Traité UE (63). La référence à l'article 255 CE pour sa part, semblerait suggérer une sorte d'équivalence entre le droit d'accès d'un particulier aux données le concernant et celui que tout citoyen et tout résident de l'Union peut faire valoir par rapport aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Toutefois, une telle suggestion est erronée dans son concept. De plus, elle est tout aussi trompeuse quant à la force de pénétration de ces différents types de droit d'accès à l'information : le droit d'accès prévu à l'article 255 CE ne constitue pas, pour la personne concernée par un traitement de données, un instrument juridique convenable pour la protection de ses droits (64).

Une lacune juridique semble donc bien exister. Ceci ne signifie pas pour autant que la Commission soit fondée à prétendre que l'article 286 CE constitue une base juridique appropriée pour légiférer en matière de traitements effectués, par les institutions communautaires, dans le cadre de la PESC et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

L'argumentation en faveur d'une telle thèse peut se résumer comme suit. Le libellé de l'article 286 CE suggère une application au-delà du champ d'application du droit communautaire. Ce dernier dispose en effet de l'application de certains actes « aux institutions et organes institués par le [Traité CE] ou sur la base de celui-ci », sans qu'aucune distinction ne soit faite quant au domaine

(62) Règlement 45/01, préc. considérant 15.

(63) Il est vrai que l'article 46, lettre d) du Traité UE attribue à la Cour de justice la juridiction sur le respect de l'article 6 UE de la part des institutions. Cependant, cette juridiction s'exerce « dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés européennes et du traité [sur l'Union européenne] ». A bien voir, en relation aux activités relevant du titre V du Traité UE la Cour ne possède aucune compétence, sauf pour ce qui concerne l'article 28 (V. *infra* note 72). En ce qui concerne le titre VI, l'article 35 UE attribue exclusivement aux Etats membres et à la Commission la légitimation active pour provoquer le contrôle de la Cour sur les actes des institutions (*rectius* : sur certains actes). Pour plus de détails à ce sujet V. S. Peers, *Who's judging the watchmen?*, *Yearbook of European Law*, 1998.337 et s.

(64) Pour s'en rendre compte, il suffit d'analyser le régime des exceptions prévu pour l'accès du public aux documents d'une part, et pour l'accès de la personne concernée aux données personnelles la concernant de l'autre (V. respectivement le règlement (CE) 1049/01 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE L 145/2001, p. 43, art. 4 et le règlement 45/01, préc. art. 20). Dans une optique plus générale, il a été observé à juste titre que « [...] a public access regime constitutes in a way the minimum upon which the party in an administrative procedure may rely ; it is not conceivable that documents which may be disclosed to the general public may not be disclosed to the party concerned by the same documents » (P. Dyrberg, *Current issues in the debate on public access to documents*, *European Law Review*, 1999.158). En ce qui concerne la distinction nette qui doit être faite sur le plan conceptuel entre les différents types de droit d'accès, V. I. Harden, *Citizenship and information*, *European Public Law*, 2001.183, 186 et 188.

d'activité (65). Cette circonstance permettrait à elle seule de conclure à l'applicabilité de l'article 286 CE aux traitements effectués dans le cadre des titres V et VI au nom du principe du cadre institutionnel unique, consacré par l'article 3 du Traité UE.

Ce deuxième passage du raisonnement laisse toutefois perplexe.

Le principe du cadre institutionnel unique exclut, en premier lieu et principalement, la création de nouvelles institutions propres à l'Union en dehors du cadre institutionnel de la Communauté (66). Parallèlement, il comporte une extension des attributions des institutions communautaires aux domaines d'action spécifiques au Traité UE ainsi que l'application dans le cadre du Traité UE de certaines dispositions du Traité CE.

Le Traité UE, il y a lieu de le souligner, « consacre une technique de communautarisation contrôlée, sélective et progressive » (67) en établissant, aux articles 28 et 41 du Traité UE, une liste limitative des articles du Traité CE qui sont d'application dans le cadre de celui-ci. Pour qu'une disposition du Traité CE soit applicable aux institutions agissant dans les secteurs de la PESC ou de la coopération policière, il est nécessaire que *deux* conditions soient remplies : la première, que son libellé ne s'y oppose pas et la seconde, qu'elle soit mentionnée dans les articles 28 et 41 UE (68). Le caractère cumulatif de ces conditions a été affirmé par le Tribunal de première instance dans ses arrêts *Svenska Journalistförbundet* et *Hautala* (69).

Or, les articles 28 et 41 UE ne contiennent aucune mention de l'article 286 CE. Cette absence paraît d'autant plus significative qu'avec le Traité d'Amsterdam, c'est-à-dire au moment même où le nouvel article 286 était inséré dans le Traité CE, les articles 28 et 41 UE ont été amendés et les listes qu'ils contiennent ont été réexaminées et élargies. Ainsi donc, il semble exclu que l'article 286 CE puisse servir de base juridique pour l'adoption d'une mesure régissant les traitements effectués par les institutions dans le cadre des titres V et VI du Traité UE.

Dans la perspective d'une unification du régime juridique des traitements effectués par les institutions et organes communautaires, il paraît donc indispensable de procéder à une nouvelle révision des traités afin d'introduire dans les articles 28 et 41 UE une référence à l'article 286 CE (70).

(65) La Commission et le Parlement européen n'ont pas manqué de le relever. V. la Déclaration 120/00 de la Commission, préc. ainsi que le rapport Paciotti, préc. p. 69.

(66) Sous cet aspect d'ailleurs le principe souffre quelques exceptions : V. Action commune du Conseil du 20 juillet 2001 relative à la création d'un institut d'études de sécurité de l'Union européenne (2001/554/PESC) JOCE L 200/2001, p. 1 ; Action commune du Conseil du 20 juillet 2001 relative à la création d'un centre satellitaire de l'Union européenne (2001/555/PESC) JOCE L 200/2001, p. 5.

(67) Isaac, *op. cit.* p. 55.

(68) Dans ce sens, V. M. Haag, *Le Médiateur européen*, J.-Cl. Europe, fasc. 212, 1998, p. 5.

(69) TPI, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, Rec. 1998, p. II-2289, points 81 et 82. Plus explicitement, TPI, *Hautala c/ Conseil*, aff. T-14/98, Rec. 1999, p. II-2489, point 41.

(70) Une unification partielle, concernant seulement les règles applicables aux traitements effectués dans le cadre du premier et du troisième pilier, est aussi envisageable : à cette fin il suffirait d'insérer la référence à l'article 286 CE dans le texte du seul article 41 UE. L'extension des compétences du Médiateur européen aux seules matières relevant du troisième pilier constitue un précédent de communautarisation asymétrique du deuxième et du troisième pilier.

Conformément à la jurisprudence *Journalistförbundet*, ceci devrait en principe déterminer l'applicabilité des actes arrêtés sur son fondement aux activités menées par les institutions communautaires dans le cadre des titres V et VI (71). Concernant le règlement 45/01, toutefois, il semblerait nécessaire à cette fin que soit modifié l'article 3, qui limite expressément le champ d'application du Règlement aux traitements mis en œuvre « pour l'exercice d'activités qui relèvent en tout ou en partie du champ d'application du droit communautaire ».

En revanche, une mention de l'article 286 CE dans les articles 28 et 41 UE devrait entraîner à elle seule l'extension de la juridiction du TPI et de la CJCE au sens des articles 220 et suivants du Traité CE (72), ainsi que de la compétence du Contrôleur européen de la protection des données, dans la mesure où celui-ci tire son pouvoir de surveillance directement de l'article 286 CE.

B. – Traitements effectués dans le cadre des systèmes européens d'information du troisième pilier

La question que nous avons traitée jusqu'ici ne doit pas être confondue avec une autre problématique, touchant également à la définition du champ d'application matériel du règlement 45/01.

Cette problématique est celle du régime juridique des opérations de traitement de données personnelles au sein des systèmes européens d'information établis dans le cadre de la coopération policière : le SIS, le SID et le SIE (73).

En doctrine, de nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer le niveau insuffisant de protection fourni aux particuliers par les règles actuellement en vigueur dans ces domaines, en soulignant notamment l'infléchissement des principes concernant les droits de l'individu et l'absence de voies de recours appropriées (74).

Parmi les institutions communautaires, le Parlement européen dénonce depuis des années avec vigueur le caractère inadéquat du cadre normatif existant. Selon lui, pour obtenir un système efficace et cohérent de protection des données au sein de l'Union dans son ensemble, il faudrait tout d'abord procéder à l'unification du régime juridique, en rendant applicables le règlement 45/01 aux traitements effectués par les institutions communautaires et par Europol, et la directive 95/46 aux traitements effectués dans le cadre du SIS et du SID. Deuxièmement, il faudrait éliminer les trois Autorités de contrôle communes (ACC) instituées respectivement par la Convention de Schengen, la Convention SID et la Convention Europol. Celles-ci seraient substituées dans leurs fonctions par le Contrôleur européen de la protection des données, de manière à n'avoir

(71) V. TPI, *Journalistförbundet*, préc. point 82 ; V. aussi G. Isaac, *op. cit.* p. 58.

(72) V. TPI, *Journalistförbundet*, préc. point 85.

(73) V. *supra* notes 10, 11 et 12.

(74) Par ex. V., en relation à la Convention Europol, S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, *op. cit.* p. 572-573.

plus qu'un seul organe de surveillance pour tous les traitements effectués au sein de l'Union européenne (75).

Jusqu'à ce jour cette position du Parlement européen s'est heurtée à une opposition ferme de la part du Conseil (76).

Au cours de la procédure d'adoption du règlement 45/01, la proposition n'a jamais été avancée d'appliquer ses dispositions aux traitements effectués au sein des systèmes européens d'information du troisième pilier. Cependant, son préambule reflète dans une certaine mesure cette controverse inter-institutionnelle.

En effet, le considérant 16 prend le soin de préciser que « [l]es dispositions [du règlement] ne s'appliquent pas aux organes institués hors du cadre communautaire pas plus que le contrôleur européen de la protection des données n'est compétent pour contrôler le traitement des données à caractère personnel effectué par ces organes ».

D'autre part, le considérant 17 souligne que « l'efficacité de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans l'Union présuppose la cohérence des règles et des procédures applicables en la matière aux activités relevant de différents cadres juridiques », et suggère la perspective d'une évolution du cadre normatif dans le sens du rapprochement de ces règles et procédures.

La position exprimée par le Parlement européen, et que nous avons résumée plus haut, fera l'objet dans les lignes qui suivent de quelques observations. Son analyse au sein du présent article se justifie dans la mesure où le Parlement considère les dispositions contenues dans la directive 95/46 et dans le règlement 45/01 comme étant les règles qui devraient régir tous les traitements effectués dans le cadre du droit de l'Union européenne, et le Contrôleur européen comme étant l'autorité appropriée pour surveiller leur bonne application.

Tout d'abord, il y a lieu de souligner que les finalités auxquelles les réformes proposées se rapportent ne sauraient être en elles-mêmes critiquées. L'aspiration vers une plus grande clarté systématique se justifie pleinement, notamment en considération du fait que l'efficacité de tout régime de protection des données dépend en partie de la vigilance des personnes concernées, de la conscience qu'elles ont de leurs droits et donc de la transparence du cadre juridique (77). En outre, un régime pleinement efficace de protection des données dans le secteur de la police est d'autant plus indispensable que « *policing in Europe at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century is more sophis-*

(75) Cette position a été développée par le Parlement européen à maintes reprises. V. notamment le rapport du 6 sept. 2000 de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, rapporteur Jorge Salvador Hernandez Mollar (doc. A5-0279/2000), ainsi que la résolution législative du Parlement s'y rapportant (JOCE C 146/ 2001, p. 83).

(76) Pour ne mentionner qu'un exemple : aucun des amendements de principe proposés par le Parlement européen en vue de la création d'un secrétariat unique pour les ACC Schengen, SID et Europol (V. la résolution législative citée à la note précédente, amendements 1, 2 et 4) n'a été retenu par le Conseil dans sa décision du 17 octobre 2000 (JOCE L 271/2000, p. 1).

(77) V. le rapport Paciotti, p. 69-70. Sur l'importance du contrôle individuel dans l'économie de tout système de protection des données V. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 94.

ticated, more intrusive, more secret, and more centralised than ever since the Second World War » (78).

Cependant, si les raisons motivant la position du Parlement européen sont en principe de bonnes raisons, encore faut-il vérifier si les solutions proposées, et que nous avons sommairement décrit plus haut, sont appropriées aux insuffisances dénoncées. Les observations formulées à cet égard seront précédées par de brèves descriptions des différents systèmes européens d'information.

Concernant tout d'abord le SIS, celui-ci peut être décrit comme étant à la fois un réseau de banques de données – toujours identiques entre elles – mises à la disposition des autorités nationales de police et un réseau de communication entre celles-ci. L'identité entre les banques de données nationales (N-SIS) est assurée par une « fonction de support technique » ou « *central facility* » (I-SIS) qui n'occupe que cette fonction.

Chacun des N-SIS doit être considéré en tout et pour tout comme une base de données nationale. En effet, les traitements de données effectués au sein des N-SIS sont régis par le droit national : la Convention d'application Schengen se limite d'une part, à imposer un standard minimal aux Parties Contractantes et d'autre part, à prévoir certaines dispositions ponctuelles qui sont d'application dans la mesure où elles posent des « conditions plus exigeantes » par rapport aux dispositions correspondantes du droit national (79).

Pour faire respecter leurs droits, les particuliers peuvent s'adresser aux autorités de contrôle et aux juridictions de chaque Partie Contractante. Etant donnée la parfaite identité entre toutes les bases de données du système, l'objet du contrôle ne varie pas selon l'Etat où la plainte ou le recours est introduit, ce qui ouvre d'ailleurs aux particuliers la possibilité du *forum shopping*. Il est vrai que les autorités de contrôle et les juridictions nationales ne peuvent pas modifier directement les données au cas où celles-ci auraient été introduites par les autorités d'un autre Etat. Cependant, les Parties Contractantes se sont mutuellement engagées à exécuter les décisions définitives des autorités des autres Parties concernant la rectification, le verrouillage ou l'effacement des données (80).

L'Autorité commune de contrôle, composée de représentants des autorités nationales, n'est pas une instance de recours et ne s'occupe pas d'affaires individuelles. En revanche, elle est « compétente pour analyser les difficultés d'interprétation et d'application pouvant survenir lors de l'exploitation du Système d'information Schengen, pour étudier les problèmes pouvant se poser lors de l'exercice du contrôle indépendant effectué par les autorités de contrôle nationales des Parties Contractantes ou à l'occasion de l'exercice du droit d'accès au Système, ainsi que pour élaborer des propositions harmonisées pour trouver des solutions communes aux problèmes existants ». Elle établit à ce sujet des rap-

(78) D. Korff, *The feasibility of a seamless system of data protection rules for the European Union*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1998, p. 47.

(79) Convention de Schengen, art. 104 et 117. L'article 117 impose aux Parties Contractantes d'assurer que leurs législations nationales respectent un standard minimal constitué par la Convention n° 108 ainsi que par la recommandation n° R(87)15 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, intitulée « Réglementation de l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police » (V. *infra*).

(80) Convention de Schengen, art. 106 et 111.

ports et les soumet « aux instances auxquelles les autorités de contrôle nationales transmettent leur rapport » (81).

Il y a lieu maintenant d'examiner, à la lumière de ce qui précède, les propositions formulées, notamment par le Parlement européen, au sujet du SIS : que les informations traitées dans le cadre de la coopération Schengen le soient selon les dispositions de la directive 95/46, et que les traitements soient surveillés par l'autorité prévue à l'article 286 CE en substitution de l'ACC (82).

Tout d'abord, concernant l'application de la directive 95/46 aux traitements effectués dans le cadre du SIS, une étude ordonnée par la Commission à ce sujet est parvenue à la conclusion que rien ne s'oppose à l'application des principes de la directive dans le secteur de la police. Plus précisément, il est affirmé que ces principes seraient, en vertu de leur droit national, *déjà* obligatoires pour la police dans plusieurs Etats membres et que la délimitation du champ d'application de la directive serait dès lors inutile et artificieuse. Dans cette optique, rien ne s'opposerait à ce que le cadre juridique soit clarifié en soumettant tout traitement de données aux principes de la directive (83).

Il reste cependant à vérifier si l'application de la directive 95/46 au SIS entraînerait à elle seule un relèvement du niveau de protection des particuliers. Or, la directive prévoit de façon générique que les Etats membres peuvent limiter par voie législative les droits des personnes, ainsi que l'application des principes du traitement. Cela est permis lorsqu'une telle limitation est nécessaire pour sauvegarder, entre autres, la sûreté de l'Etat, la sécurité publique, la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales, un intérêt économique ou financier important d'un Etat membre ou de l'Union, les missions de contrôle et d'inspection relatives à ces intérêts publics (84). Tous les traitements de données effectués au sein du SIS sont susceptibles d'être couverts par l'une ou l'autre de ces clauses d'exception.

La Convention d'application de Schengen impose à ses Parties des obligations qui paraissent en réalité plus contraignantes : pour participer au SIS, les Parties Contractantes sont tenues au respect de la Convention 108, convention qui prévoit des exceptions très similaires à celles qui sont décrites *supra*, et de la recommandation n° R(87)15 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, intitulée « Réglementation de l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police » (85). Cette recommandation concrétise, en reformulant les principes du traitement, les exceptions contenues dans la Convention 108. Elle est fort détaillée et ne prévoit pas d'exception en elle-même (86).

(81) Convention de Schengen, art. 115 § 3 et 4.

(82) V. spécifiquement en relation avec le SIS, la résolution du Parlement européen au Conseil sur le programme d'activités au sein de la coopération Schengen d'ici juin 1999 (JOCE C 104/1999, p. 143), point 10.

(83) V. D. Korff, *op. cit.* p. 68.

(84) Dir. 95/46, préc. art. 13.

(85) Convention de Schengen, art. 117.

(86) Pour une analyse détaillée de cette recommandation, V. W. Bruggeman, Data protection issues in interinstitutional information exchange : the case of criminal and administrative intelligence, in M. Den Boer (éd.), *Schengen's final days ?*, Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1998.

Il reste à souligner que cette recommandation ne peut être considérée, spécialement dans ce contexte, comme étant du *soft law*. A cet égard, il y a lieu d'observer que l'article 104 de la Convention de Schengen fait désormais partie du droit de l'Union européenne – plus précisément, du droit « fondé sur le titre VI » du Traité UE (87). La Cour de justice est, dans les limites prévues à l'article 35 UE, compétente pour statuer à titre préjudiciel sur son interprétation ainsi que pour statuer sur tout différend concernant son interprétation ainsi que son application de la part des Etats, le cas échéant sur initiative de la Commission en sa qualité de gardienne des traités (88).

L'attribution d'une mission de surveillance sur les traitements effectués au sein du SIS au Contrôleur européen de la protection des données constitue, nous l'avons vu, le deuxième volet de la réforme proposée par le Parlement européen.

A cet égard, il y a lieu avant tout de rappeler que la mission du Contrôleur est celle de surveiller les traitements de données personnelles effectués par les institutions et organes communautaires. Dans le cadre du SIS, les échanges et les traitements d'informations sont effectués exclusivement par les administrations nationales, et le contrôle est assuré en premier lieu et principalement par les autorités nationales de contrôle. La proposition de transférer au Contrôleur européen cette fonction s'accorde mal avec son mandat tel qu'il est défini à l'heure actuelle. Elle ne paraît d'ailleurs pas susceptible d'améliorer la protection des personnes concernées, dans la mesure où chaque autorité nationale semble la mieux placée pour surveiller efficacement les traitements ayant lieu dans la sphère de sa juridiction.

Quant à l'idée de substituer le Contrôleur européen à l'ACC, étant donné que la fonction de celle-ci consiste à *évaluer le fonctionnement* du SIS et à en *dénoncer les failles*, eu égard spécialement à l'efficacité du régime de protection des données, il semblerait préférable que cette tâche soit conservée auprès d'un organe formé justement par les représentants des autorités qui assurent sur le terrain le respect des règles.

L'analyse et les observations que nous venons de formuler sont en grande partie applicables au SID, dont les propriétés fonctionnelles et structurelles sont très proches de celles du SIS.

Concernant Europol, en revanche, le discours est différent.

En effet, Europol a pour fonction de favoriser l'échange d'informations entre Etats membres, mais aussi d'analyser ces données et de fournir aux autorités de police des Etats membres un service d'*intelligence*. Par conséquent, il est prévu dans la Convention Europol que soient créés : (a) un système d'informations qui sert au stockage et à la circulation des données personnelles concernant les per-

(87) V. protocole (n° 2) annexé au Traité UE et au Traité CE, intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne. V. également décis. n° 1999/436/CE du Conseil du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen (JOCE L 176/1999, p. 17), notamment art. 1 et 2 et annexe A. V. aussi P.J. Kuijper, *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and incorporation of the Schengen acquis*, *Common Market Law Review*, 2000.349.

(88) V. art. 35 UE.

sonnes ayant commis ou présumées avoir commis un des crimes relevant des compétences d'Europol (89) ; (b) des fichiers de travail à des fins d'analyse concernant certaines catégories de personnes, fichiers destinés à appuyer l'enquête criminelle dans les Etats membres (90). Dans ce contexte – à la différence des systèmes d'information analysés précédemment, qui voient la participation exclusive des services nationaux – Europol participe activement à toute opération de traitement des données personnelles (récolte, stockage, transmission, croisement, etc.). En créant ces fichiers d'analyse, il crée en outre de nouvelles informations personnelles destinées aux autorités de police nationales intéressées et pouvant avoir un impact considérable sur la vie des personnes concernées (91). Il n'est donc que naturel que l'ACC ait ici, au-delà de ses fonctions d'observation et d'évaluation du fonctionnement du système en sa globalité, un rôle véritable d'instance de recours et de surveillance sur les traitements effectués par Europol, rôle qui est complémentaire par rapport à celui exercé par les autorités nationales vis-à-vis des partenaires nationaux du SIE (92).

Cela étant, il y a lieu d'observer que la proposition de substituer le Contrôleur européen de la protection des données à l'ACC ne va pas à l'encontre des objections formulées plus haut en relation au SIS. En effet, il paraît tout à fait compatible avec la mission que le Traité CE confère au Contrôleur que celui-ci surveille les traitements effectués par le partenaire « supranational » d'un système d'information tel le SIE, tout en laissant aux autorités nationales le soin de surveiller les partenaires nationaux (93).

En outre, la substitution de l'ACC Europol avec le Contrôleur serait susceptible d'améliorer la position des personnes concernées. Tout d'abord, une telle substitution présenterait l'avantage de simplifier le cadre institutionnel auquel les particuliers sont confrontés : ceux-ci auraient à leur disposition une sorte de « guichet unique » pour la protection à l'égard des traitements de données personnelles effectués par les organismes européens (94). Ensuite, elle aurait des conséquences aussi sur le plan de la protection juridictionnelle. En effet, les décisions de l'ACC Europol en matière de droit d'accès aux données de la part de la personne concernée, ainsi qu'en matière de rectification et effacement des données erronées ou illégitimement traitées, sont définitives. De ce fait, tout contrôle juridictionnel, direct ou indirect, sur les traitements effectués par Europol est exclu (95). Par contre, les décisions du Contrôleur européen sont pleinement soumises au contrôle des juridictions communautaires (96).

(89) V. Convention Europol, art. 7 et s.

(90) V. Convention Europol, art. 10.

(91) W. Bruggeman (*op. cit.* p. 143) souligne également cet aspect : « Schengen is only concerned with the exchange of data [...]. Europol has that exchange function too, but it was also specially designed for an analysis function which leads to the generation of new data not previously "owned" by a participating Member State ». Sur les risques que cette nouvelle information (« soft data » ou « intelligence data ») peut comporter pour les personnes concernées, V. *ibid.* p. 122-123.

(92) Convention Europol, art. 19 § 7, 20 § 4, 24.

(93) Il en va ainsi, par exemple, pour le SID-volet communautaire (V. règlement 515/97, préc. art. 37).

(94) On entend par là principalement les institutions et organes communautaires ainsi que Europol.

(95) Convention Europol, art. 24 § 7. Voir à ce sujet les observations critiques de S. Simitis, Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy, *op. cit.* p. 573. Il y a cependant lieu

Les observations qui précèdent n'ont en elles-mêmes pas d'implications automatiques sur le plan du régime juridique des traitements effectués par Europol. A cet égard il est en effet possible de suivre un raisonnement similaire par rapport à celui que nous avons formulé à propos du SIS.

Actuellement, Europol est tenu, lors de tout traitement de données, de respecter les principes de la Convention 108 et de la recommandation R(87) 15 (97), intégrés par les dispositions contenues dans la Convention Europol elle-même. Le reproche a souvent été fait à la Convention Europol de prévoir des dérogations tellement vastes et vagues qu'elles reviennent en substance à dépouiller les particuliers de leurs droits, notamment de leur droit d'accès (98).

Il n'est pas possible d'examiner ici le bien fondé de ces critiques. La question qui se pose ici est celle de savoir si l'éventuelle application du règlement 45/01 à Europol serait susceptible d'apporter une solution au problème.

A cet égard, il y a lieu d'observer que les activités d'Europol sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 20 du règlement 45/01. Cette disposition permet en effet que soient apportées des dérogations aux principes régissant la qualité des données et que soit limité l'exercice des droits conférés aux personnes concernées, en des termes qui ne paraissent pas significativement plus restrictifs que ceux qui sont utilisés dans la Convention Europol elle-même.

En considération de cela, la réponse à la question semblerait être négative, ou pour le moins dubitative. Dès lors, sans que cela ne préjuge d'une éventuelle extension du champ d'application du règlement 45/01 visant à clarifier le cadre juridique, la voie la plus directe pour le renforcement des droits des particuliers face à Europol semblerait mener à une modification de la Convention Europol et notamment de son article 21, afin de réduire la portée des restrictions à l'exercice des droits des personnes concernées qu'y sont prévues.

*

* *

Le processus d'évolution du système de la protection des personnes à l'égard des traitements de données personnelles effectués par les institutions européennes ne devrait pas avoir touché à sa fin avec l'adoption du règlement 45/01. Celui-ci en représente une étape fondamentale – notamment en raison de l'institution du Contrôleur européen de la protection des données – mais pas définitive. Dans les lignes qui précèdent, deux directions possibles de cette évolution ont été considérées : d'une part celle de la désintégration et du morcellement du régime contenu dans le règlement 45/01 et d'autre part celle de

d'observer que la possibilité d'agir en dommage-intérêts n'est en tout cas pas préjugée. En effet, la personne lésée peut agir contre l'Etat où un fait dommageable lié au traitement de données personnelles se produit. Si le dommage se produit en raison d'une faute d'Europol, celui-ci est tenu de rembourser à l'Etat concerné les sommes versées à titre d'indemnisation (Convention Europol, art. 38).

(96) Règlement 45/01, préc. art. 32 § 3.

(97) Convention Europol, art. 14 § 3. Dans le contexte de cette disposition, le terme « principes » ne signifie pas que la recommandation R(87)15 doit être respectée pour ainsi dire dans ses grandes lignes : ses dispositions ne sont en effet pas intitulées « articles » mais « principes ».

(98) S. Simitis (Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy, *op. cit.* p. 573) parle d'un « démantèlement » du droit d'accès.

l'extension de son champ d'application à tout traitement de données personnelles effectué au sein de l'Union européenne.

Tout d'abord, les craintes d'une désintégration du cadre juridique mis en place avec le règlement 45/01 n'ont en réalité pas de raison d'être, du moins sous l'angle qui a été ici analysé.

Nous avons déjà souligné que les dispositions d'application générale en matière de traitements de données effectués par les institutions et organes communautaires doivent toujours être lues conjointement aux dispositions spéciales qui les complètent ou les précisent.

Or, au regard de l'article 286 CE ces dispositions spéciales ne sont valables que si elles sont compatibles avec celles qui sont contenues dans les Directives 95/46 et 97/66. Cette conclusion s'applique, matériellement, également aux rapports entre les dispositions spéciales et celles qui sont contenues dans le règlement 45/01, dans la mesure où celles-ci reprennent les dispositions des directives.

Dès lors, l'introduction de nouvelles disciplines spéciales et éventuellement dérogatoires ne devrait pas mettre en crise une application cohérente et homogène, dans l'ensemble de la Communauté, des dispositions générales du règlement 45/01.

Pendant, il y a lieu d'observer que le cadre juridique manque remarquablement de clarté et transparence même après l'adoption du règlement 45/01. Dans ce sens, on peut dire que ce dernier ne tient pas toutes ses promesses de codification de la matière. A cet égard, il aurait été utile d'abroger de façon expresse ou de modifier les dispositions qui sont incompatibles ou mal coordonnées avec celles du règlement (99). Il aurait été également utile de réexaminer, sinon la validité, l'opportunité d'autres dispositions (100). Cela n'a pas été fait, et la raison en est claire : les institutions ont fait un effort remarquable pour parvenir à une approbation rapide du règlement.

Eu égard à ce résultat, un certain manque de clarté du cadre juridique représente certes un défaut marginal. Il est cependant souhaitable que Parlement, Conseil et Commission s'activent dans le futur pour que les principes relatifs à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, que ces institutions ont elles-mêmes posés en 1998, reçoivent pleine application en la matière (101).

(99) Par exemple : l'article 32 § 5, dernier alinéa du règlement 515/97, préc. ne mentionne pas, pour des raisons évidentes, les décisions du Contrôleur européen de la protection des données, alors qu'en toute logique il devrait le faire aujourd'hui.

(100) Par ex. l'article 8 § 4 du règlement 1073/99, préc. attribue au Comité de surveillance OLAF une fonction de supervision sur le respect par l'OLAF de l'article 286 CE. L'opportunité de cette disposition semble être remise en question par l'attribution au Contrôleur européen d'une compétence générale de surveillance sur les traitements effectués par les institutions et organes communautaires (V. art. 286 § 2 CE et règlement 45/01, préc. art. 1 § 2).

(101) V. l'Accord interinstitutionnel du 22 déc. 1998 (1999/C 73/01) entre Parlement européen, Conseil et Commission sur la qualité rédactionnelle de la législation communautaire (JOCE C 73/1999, p. 1), § 19 et 21. Concernant les modalités d'un réexamen global du cadre juridique, V. par ex. le règlement relatif à l'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (règlement 1049/2001, préc.), art. 18.

Venons-en maintenant aux perspectives de réforme du champ d'application du règlement 45/01 (plus précisément : des dispositions d'application générale contenues dans la directive 95/46 et dans le règlement 45/01).

A cet égard, le débat en cours reproduit dans un sens la discussion portant sur une éventuelle élimination de la structure en piliers de l'Union (102). Ce débat est en effet axé (presque exclusivement) sur la question de savoir s'il faudrait ou non « communautariser » le régime juridique (et le système de surveillance) des traitements de données personnelles effectués dans le cadre des titres V et VI du Traité UE.

Cette question est pertinente. Cependant la façon « absolue » de la poser qui est propre surtout au Parlement européen, paraît trop rigide et même, en partie, erronée.

En effet, un raisonnement en termes de « piliers » et de « communautarisation » risque d'être trompeur en matière de protection des données : au sein du seul troisième pilier, les contextes dans lesquels des données personnelles sont traitées sont si différents, structurellement et fonctionnellement, que leurs éventuelles réformes ne sauraient être discutées de façon unitaire sinon au prix d'une excessive simplification. A cet égard, on peut très synthétiquement rappeler les observations que nous avons développées dans la section III.

En ce qui concerne les traitements effectués par les *institutions communautaires* dans le cadre des titres V et VI du Traité UE, une communautarisation pleine ne poserait pas de problèmes conceptuels et viendrait au contraire combler une véritable lacune dans l'ordre juridique de l'Union. Cependant, pour qu'elle puisse être menée à bien une révision des traités paraît nécessaire.

Concernant les systèmes européens d'information établis dans le cadre de la coopération policière, il y a lieu de distinguer ce qui a trait au champ d'application matériel du régime juridique de ce qui concerne les attributions du Contrôleur européen.

L'extension du champ d'application matériel de la directive 95/46 aux traitements mis en œuvre au sein du SIS et du SID d'une part, et du règlement 45/01 aux activités d'Europol de l'autre, pourrait sans doute amener plus de clarté en la matière. Nous nous permettons cependant d'observer qu'une telle réforme, à elle seule, ne paraît pas être en mesure de renforcer significativement la protection des particuliers à l'égard de ces traitements. A cette fin, il semblerait en tout état de cause nécessaire d'amender directement les dispositions pertinentes des conventions SIS, SID et Europol.

La proposition d'étendre les fonctions de surveillance du Contrôleur européen de la protection des données ne peut, pour sa part, faire l'objet d'une évaluation unitaire.

Si la perspective d'assujettir Europol à la surveillance du Contrôleur européen revêt un intérêt certain, la proposition de concentrer dans les mains du Contrôleur européen les fonctions de contrôle des traitements effectués au sein du SIS et du SID laisse en revanche perplexe. En effet elle semble inappropriée en ce qu'elle méconnaît à la fois les caractéristiques essentielles (structurelles et fonc-

(102) Nous nous référons au « large débat » qui s'est ouvert avec la déclaration n° 23 relative au futur de l'Union européenne, annexée au Traité de Nice (JOCE C 80/2001, p. 1).

tionnelles) de ces systèmes d'information ainsi que le rôle qui est propre au Contrôleur européen.

Le Parlement européen se bat depuis des années pour une juste cause, il y a lieu de le souligner. Le régime des traitements des données au sein de l'Union dans son ensemble a encore besoin d'être amélioré : le cadre juridique doit être rendu plus clair, transparent et cohérent, ses lacunes doivent être comblées, les droits des personnes doivent être renforcés, notamment vis-à-vis d'Europol.

Dans cette optique, cependant, la communautarisation ne peut représenter une fin en soi : elle est à considérer plutôt comme un moyen pour atteindre ces buts. Le fait d'invoquer la communautarisation comme une panacée pour tous les maux, même là où il est malvenu de le faire, constitue une faiblesse de la stratégie du Parlement. Il a en outre l'effet de paralyser la dialectique inter-institutionnelle, comme il est démontré par le « dialogue entre sourds » que le Parlement européen et le Conseil entretiennent à ce sujet depuis quelque temps (103).

Dans l'intérêt d'une ultérieure systématisation et d'une amélioration du cadre normatif, il reste donc à espérer que le dialogue entre institutions sera à l'avenir orienté sur la définition des objectifs et sur les moyens nécessaires pour les atteindre, avec davantage de pragmatisme et sans rigidité inutile.

(103) V. *supra* notes 75 et 76.