

ROYAUME DE BELGIQUE

1000 Bruxelles, le

Adresse postale : Ministère de la Justice
Bd. de Waterloo, 115

Bureaux : Av. de la Porte de Hal, 5 - 8
1060 Bruxelles
Tél. : 02 / 542.72.00
Fax : 02 / 542.72.12

**COMMISSION DE LA
PROTECTION DE LA VIE PRIVEE**

AVIS N° 33 / 98 du 14 décembre 1998

N. Réf. : 10 / A / 98 / 025 / 32

**OBJET : Directive 95/46/CE - flux transfrontières de données - niveau de protection
offert par la législation américaine.**

La Commission de la protection de la vie privée,

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des
traitements de données à caractère personnel, en particulier l'article 29;

Vu la demande d'avis du Ministre de la Justice, du 8 octobre 1998;

Vu le rapport de M. Y. POULLET,

Emet, le 14 décembre 1998, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

Suite à une demande émanant des autorités américaines adressée au comité instauré par l'article 31 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après, la directive), le Ministre de la Justice s'est adressé à la Commission pour solliciter son avis sur le niveau de protection offert par les Etats-Unis. La question tendait à déterminer si un document intitulé "Elements of effective selfregulation for privacy protection", destiné à servir de lignes directrices pour l'élaboration de codes de conduite dans le secteur privé, était susceptible de garantir un niveau de protection adéquat au regard des exigences posées par la directive quant aux flux de données à caractère personnel à destination de pays tiers à l'Union européenne. L'article 25 de la directive fait, en effet, obligation aux pays membres d'interdire tout flux transfrontière vers des pays tiers qui n'offrent pas un niveau de protection adéquat.

Sur base d'informations communiquées tant par le fonctionnaire du Ministre de la Justice chargé du dossier que par la Commission européenne dans le contexte des travaux du groupe mené par le groupe institué à l'article 29 de la directive (au sein duquel la Commission belge est représentée), la Commission a constaté que le document sur laquelle son avis était demandé n'était plus d'actualité. En effet, une nouvelle proposition américaine intitulée "*Safe Harbor Principles*" remplace le document intitulé "*Elements of effective self-regulation for privacy protection*". La Commission, après avoir constaté que le nouveau texte ne s'éloigne que sur des points tout à fait mineurs du précédent texte américain que le rapport avait examiné, n'a pas jugé utile de modifier les références. En outre, la Commission estime important de rappeler dans le présent avis certains principes généraux doivent être pris en compte dans l'appréciation du caractère adéquat du niveau de protection offert. Si dans leur formulation, les observations se fondent sur le document intitulé "Elements of effective Selfregulation for Privacy Protection" et sur un document officieux des services de la Commission européenne au Comité de l'article 31 qualifié de "non paper document" (ci-après, le document officieux),⁽¹⁾ elles doivent être envisagées dans le contexte plus large du dialogue avec les Etats-unis ou avec d'autres pays tiers concernant le caractère adéquat du niveau de protection offert.

La demande portait également sur le niveau de protection garanti par le "Federal Privacy Act" et le Fair Credit Reporting Act. L'examen de chacune de ces deux réglementations fait l'objet d'avis distincts de la Commission.

1

Doc C 5055/98.

II. EXAMEN

Avant toute chose, la Commission tient à rappeler les deux conditions inscrites à l'article 25 de la directive. La première est le respect par le maître du fichier qui communique des données à un pays tiers des dispositions nationales prises en application de la directive et la seconde a trait au caractère **adéquat** du niveau de protection offert par le pays tiers.

La Commission souligne l'importance de la première condition. Le fait qu'un pays tiers mette en oeuvre un niveau de protection des données jugé adéquat ne signifie pas pour autant que toutes données peuvent être transférées librement vers ce pays. En tout état de cause, les dispositions nationales transposant la directive doivent être prise en compte. Dans ce contexte, la Commission souhaite attirer l'attention sur le fait que toute communication de données à caractère personnel vers un pays tiers doit respecter le principe de finalité. En outre, il va de soi que dans le cadre de la marge de manoeuvre que leur laisse la directive, la Belgique peut, sur base de dispositions nationales plus strictes, interdire un flux transfrontière.

A propos de la deuxième condition, la Commission tient à émettre les observations suivantes :

1. Il est nécessaire d'être attentif au fait qu'une réponse officielle de la part du Comité institué à l'article 31 de la directive sera considérée comme ferme et limitera fortement toute possibilité de renégociation ultérieure.⁽²⁾ A cet égard, il est indispensable de s'interroger sur l'effectivité de la protection et en particulier sur la manière dont les principes seront imposés aux secteurs concernés.

2. Le respect du principe de finalité est essentiel. Il est important que les finalités fassent l'objet d'une détermination suffisante et qu'elles présentent une certaine légitimité par rapport à la mission de l'entreprise ou de l'administration dans son rapport avec les personnes concernées par les données.

A cet égard, la Commission ne peut se satisfaire de l'approche en vertu de laquelle toute utilisation est permise dès qu'il y a information du consommateur et que ce dernier effectue un choix, ce qui n'implique d'ailleurs pas forcément de consentement de sa part ni que le consentement constitue une garantie suffisante dans tous les cas.

Sur ce dernier point, la Commission se réfère aux critiques émises par le Groupe institué à l'article 29 de la directive à propos du "Platform for Privacy Preferences (P3P) and the Open Profiling Standard (OPS)", lequel met en oeuvre ces possibilités de choix.⁽³⁾ La question fondamentale qui se pose est de savoir si la vie privée est négociable par "choix" ?

² A noter que l'article 25 paragraphe 6 prévoit que "la Commission peut constater, conformément à la procédure prévue à l'article 31, paragraphe 2, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat (...), en raison de sa **législation interne** ou de **ses engagements internationaux**, souscrits notamment à l'issue des négociations visées (...), en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes", ce qui conduit à l'interroger sur la possibilité de constater un niveau de protection adéquat sur la base de la proposition américaine.

³ Voir opinion 1/98 adoptée le 16 juin 1998.

3. La pertinence des données s'apprécie au regard des finalités des traitements de données, ce qui suppose au préalable que ces finalités soient suffisamment déterminées.

Par ailleurs, la Commission peut se rallier à la remarque formulée dans le document officiel relative à l'absence de divergence importante entre les approches européenne et américaine. Alors que le document américain prévoit que l'exactitude doit être garantie suivant le degré de nécessité correspondant à l'objectif, la directive utilise les termes de mesures raisonnables nécessaires afin de garantir l'exactitude des données.

4. Pour ce qui est du principe de transparence, la Commission juge très positifs les principes américains repris sous la rubrique "Awareness" .

5. En ce qui concerne la formulation des droits reconnus et en particulier le droit d'accès, la Commission est d'avis que des formulations du type -la personne concernée "**should have**"- devraient être écartées. Pour que celle-ci puisse se prévaloir de droits, il paraît nécessaire de remplacer cette expression par "**has**".

6. La Commission peut souscrire aux autres remarques relatives au droit d'accès formulées dans le document officiel. En outre, la Commission estime nécessaire de circonscrire les restrictions à ce droit. L'utilisation dans le document américain d'exemptions exprimées en des termes comme "reasonable", "appropriate", termes susceptibles d'interprétations larges, risquerait de vider le droit d'accès de son contenu.

7. La Commission souscrit à la remarque formulée dans le document officiel relative aux transferts successifs. Le bénéficiaire du transfert ne devrait pouvoir retransférer les données que vers des pays offrant un niveau de protection adéquat, sous réserves des dérogations de l'article 26 paragraphe 1 de la directive. La Commission insiste sur l'importance de cette remarque dans le contexte des services "on-line".

8. A propos des données sensibles, la Commission souhaite émettre plusieurs observations :

- a) Avant toute chose, la notion de "donnée" devrait être définie. Il est important de connaître l'approche américaine à cet égard. En particulier, les "cookies" constituent-ils des données, qu'en est-il des données relatives à des personnes identifiables mais non identifiées, etc...?
- b) La notion de "donnée sensible" devrait également être définie. Qu'en est-il, par exemple, de la commande d'un livre sur les Mormons ?
- c) Le droit européen prévoit la possibilité de limiter la possibilité d'émettre un consentement en matière de données sensibles. Qu'en est-il pour les Etats-Unis ?
- d) Le consentement de la personne concernée considéré par le document américain comme un fondement suffisant pour le traitement des données sensibles devrait porter spécifiquement sur les données sensibles et non résulter d'un consentement global.

9. Le principe de l'article 15 de la directive, relatif aux décisions individuelles automatisées n'est pas mentionné par le document américain. Son respect est particulièrement important vis-à-vis des systèmes "on-line" où des décisions peuvent être prises par des systèmes d'aide à la décision en fonction du profil du consommateur (internaute).

10. En ce qui concerne l'effectivité des principes, l'idée d'un **audit indépendant** et d'un recours devant un **organe agissant indépendamment** et de manière transparente est primordiale.

En ce qui concerne les coûts de "vérification", la Commission se demande s'il ne serait pas possible de prévoir que les mécanismes de vérification puissent être d'autant plus légers (et donc d'autant moins coûteux) que les mécanismes de plainte, de recours et de vérification d'office pourront être facilités et ce, auprès ou par une autorité indépendante où les organisations de consommateurs et les personnes concernées seraient représentés. Cette autorité ne pourrait-elle pas être financée par des contributions légères du secteur ?

Il est important de souligner que des sanctions suffisamment dissuasives devraient exister et que le droit d'agir de la personne concernée devrait exister, même en cas de dommage purement moral.

CONCLUSIONS :

La Commission insiste pour que le Ministre rappelle, auprès du groupe de l'article 31, que le jugement d'adéquation est opéré, non seulement par rapport aux principes de la directive, mais également par rapport aux spécificités de la législation nationale prise en application de la directive.

La Commission estime qu'il est dans sa mission et ses compétences de participer au processus d'évaluation du niveau de protection offert par un pays tiers et souhaite que les modalités de son intervention fasse l'objet de discussions avec l'Administration.

Ceci dit, conformément à ce qui est prévu à l'article 29 du projet de loi transposant la directive et dans la logique des articles 25 et 26 de la directive, la Commission insiste sur la nécessité d'une approche commune aux différents pays de l'Union européenne. A l'appui de ce raisonnement, la Commission se réfère également à l'article 30 de la directive qui confie au groupe institué à l'article 29 la mission "de donner à la Commission un avis sur le niveau de protection dans les pays tiers".

La Commission estime que le travail de coordination européenne doit être amélioré et ce pour deux raisons :

la première est le manque de moyens de la Commission belge pour opérer le travail d'analyse en profondeur que requiert la mise en oeuvre de l'article 25;

la seconde, plus fondamentale, est la double constatation que nombre de flux seront opérés par des multinationales ayant des implantations dans divers pays européens et qu'en outre, toute décision qui pourrait être prise en Belgique risque d'être contournée par la transmission de l'information vers d'autres pays européens moins sévères d'où seront alors exportés les données vers les pays tiers.

Ainsi, il apparaît à la Commission belge que si le flux a une portée européenne, il serait utile que la Commission puisse transmettre directement la question soulevée au secrétariat du groupe dit de l'article 29, que par ailleurs, ce groupe puisse être saisi directement par des entreprises ou organisations soucieuses de pouvoir exporter des données. Dans ce cas là, le secrétariat du Groupe de travail pourrait préparer un rapport préparatoire soumis à la discussion du Groupe.

Au delà, il serait utile que les diverses "autorités de contrôle" nationales transmettent au Groupe, les avis ou décisions rendus par elles.

Le secrétaire,

Le président,

(sé) M-H. BOULANGER.

(sé) P. THOMAS.