



HAL
open science

L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Quel apport à la protection des données à caractère personnel ?

Ludovic Pailler

► To cite this version:

Ludovic Pailler. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Quel apport à la protection des données à caractère personnel?. Légipresse: l'actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux, 2015. hal-04477681

HAL Id: hal-04477681

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04477681>

Submitted on 26 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Quel apport à la protection des données à caractère personnel ?

Ludovic Pailler
ATER à l'Université de Limoges - OMIJ

L'intégration, dans un texte supranational de protection des droits fondamentaux, d'une disposition spécifique à la protection des données à caractère personnel est une innovation certaine au plan formel. Sur le plan substantiel, désireux de « *renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques* »¹, les rédacteurs de la Charte ont simplement repris les principes essentiels de la protection des données à caractère personnel issus du droit de l'Union et de sources extérieures². Seule nouveauté, le paragraphe 1^{er} consacre un droit à la protection des données à caractère personnel. Guy Braibant, représentant du Président de la République et du Gouvernement au sein de la convention chargée de rédiger la Charte, en tempère immédiatement la portée lorsqu'il affirme que l'article 8 de la Charte pose « *un principe [(le droit à la protection des données à caractère personnel)], prévoit une série de modalités de mise en œuvre de ce principe et, enfin, institue une autorité de contrôle de leur application* »³.

L'apport de la Charte à la protection des données à caractère personnel semble se limiter à la fondamentalisation des principes énoncés notamment dans le droit dérivé sans rien n'y ajouter d'autre qu'une forme de visibilité, de reconnaissance et de solennité inédites. De plus, ces données étaient déjà l'objet d'une protection sous l'angle des droits fondamentaux. Tant la Cour de justice⁴ que la Cour EDH⁵ ont recouru à cette fin au droit au respect de la vie privée, qui est d'ailleurs pris comme objet des différents textes de protection des données à caractère personnel⁶. La seconde affirme d'ailleurs que « *[l]a protection des données personnelles joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale* »⁷, si bien que les principes essentiels de la protection des données à caractère personnel peuvent être subsumés sous l'article 8 de la Convention EDH⁸ dès lors qu'elle mobilise pour son interprétation la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981⁹. La portée de la consécration d'un droit à la protection des données personnelles de la Charte est-elle purement symbolique ?

Au premier abord, l'entrée en vigueur d'un droit fondamental à la protection des données personnelles formellement distinct du droit au respect de la vie privée n'a pas eu d'incidence significative sur la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière, considérant le lien étroit entre les articles 7 et 8 de

¹ Préambule de la Charte.

² Pour une liste complète, voir les explications du *Praesidium*, JOUE, 14 déc.2007, C 303, p. 17.

³ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, coll. Points, éd. Seuil, 2001, p.113.

⁴ Voir, par exemple, CJCE, 6 nov. 2003, C-101/01, Lindqvist, *Rec.* I-12971.

⁵ Voir, par exemple, Cour EDH, 26 mars 1987, req. n° 9248/81, Leander c. Suède.

⁶ Voir notamment, art. 1 § 1 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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, 23 nov. 1995, L 281, p. 31 ; art. 1 de la Convention 108 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.

⁷ Cour EDH, Gde ch., 4 déc. 2008, req. n°s 30562/04 et 30566/04, S. et Marper c. Royaume Uni, § 104 ; voir déjà, Cour EDH, Gde ch., 4 mai 2000, req. n° 28341/95, Rotaru c. Roumanie, § 43.

⁸ Voir, par exemple, sur le droit de rectification, Cour EDH, 18 nov. 2008, req. n° 22427/04, Cemalettin Canli c. Turquie.

⁹ Cour EDH, Gde ch., S. et Marper c. Royaume-Uni, *préc.*, § 104.

la Charte¹⁰, les a initialement joints pour mener une analyse sous l'angle du « *droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel* »¹¹. Si elle paraît désormais conférer une autonomie fonctionnelle à chacune de ces dispositions en procédant à un examen distinct de l'une et de l'autre, elle n'en maintient pas moins que le droit à la protection des données à caractère personnel « *revêt une importance particulière pour le droit au respect de la vie privée* »¹².

La référence persistante au droit au respect de la vie privée dans des affaires mettant en cause des traitements de données à caractère personnel alors même que le droit à la protection de ces données est censé, notamment, en garantir l'effectivité ne manque pas d'interroger l'intérêt de l'article 8 de la Charte. Il est ainsi malaisé de déterminer avec certitude si le « *« printemps » des données personnelles* »¹³ doit réellement sa survenance au droit à la protection des données à caractère personnel ou à l'importance singulière de l'atteinte portée à celui-ci ainsi qu'au droit au respect de la vie privée. En effet, tant dans les arrêts *Digital Rights Ireland* et *Google Spain* que dans le récent arrêt *Schrems*, les solutions doivent autant à l'article 7 qu'à l'article 8 de la Charte. Le droit au respect de la vie privée n'y est pas moins doté d'une prééminence¹⁴, le droit à la protection des données à caractère personnel conservant une valeur instrumentale¹⁵.

La valeur ajoutée de l'article 8 de la Charte est donc pour le moins incertaine. Il ne paraît pas avoir plus d'utilité pour la protection des données à caractère personnel que le droit au respect de la vie privée et le droit dérivé de l'Union. Toutefois, l'arrêt *Digital Rights Ireland* recèle, grâce à l'analyse distincte du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel, les premiers signes d'une activation de l'article 8 de la Charte, et plus particulièrement de son premier paragraphe. La Cour de justice y déduit une ingérence dans ce droit de la seule existence d'un traitement des données à caractère personnel¹⁶, et non de la méconnaissance des modalités de sa mise en œuvre figurant à l'article 8 § 2 et 3. Ce faisant, elle s'émancipe de l'intention des rédacteurs de la Charte et autonomise l'article 8 § 1 pour interpréter le droit à la protection des données à caractère personnel comme un véritable droit à leur respect (I) – formule délibérément inspirée du libellé de l'article 7 – dont la plus-value est toutefois moindre (II) que ce que l'aspect technique de l'innovation pouvait laisser espérer.

I – L'émergence d'un véritable droit au respect des données à caractère personnel

S'étant seulement agi de réaffirmer des droits préexistants « *à la lumière [notamment] des développements [...], technologiques* »¹⁷, les rédacteurs de la Charte ont entendu limiter l'innovation que constitue l'article 8 par l'énoncé d'un droit à la protection des données à caractère personnel pour le moins équivoque. Les explications du *Praesidium* manquant d'en éclaircir le sens, l'intervention de la Cour de justice était nécessaire. Elle va incidemment se prononcer dans l'arrêt *Digital Rights*

¹⁰ CJUE, Gde ch., 9 nov. 2010, C-92/09 et C-93/09, Volker, *Rec.* I-11063, pt. 47.

¹¹ CJUE, Gde ch., Volker, *préc.*, pt. 52 ; CJUE, 17 oct. 2013, C-291/12, Schwarz, *Rec. numérique*, pt. 26. La formule est tirée de la Convention 108 (art. 1), qui fut reprise dans la directive 95/46 (art. 1 § 1).

¹² CJUE, Gde ch., 8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, en attente de publication, pts. 32 et s.

¹³ A. DEBET, « La CJCE saisie d'une question préjudicielle sur le Safe Harbor », *CCE* 2015, comm. 16. Pour mesurer la portée de ce printemps des données personnelles, on renvoie aux commentaires des arrêts *Digital Rights Ireland*, *Google Spain* et *Schrems*.

¹⁴ L'arrêt *Schrems* en fournit une illustration topique. L'article 8 de la Charte, mis à part son paragraphe 3, y est évoqué conjointement avec l'article 7, mais l'analyse est menée sous l'angle du droit au respect de la vie privée (CJUE, Gde ch., 6 oct. 2015, C-362/14, en attente de publication, pts. 39 à 42, et 91 à 98).

¹⁵ Comp., notamment, CJUE, Gde ch., *Schrems, préc.*, pt. 78.

¹⁶ CJUE, Gde ch., *Digital Rights Ireland, préc.*, pt. 36.

¹⁷ Préambule de la Charte.

Ireland. En retenant que le seul traitement de données à caractère personnel constitue une ingérence dans l'article 8, elle met un terme au minimalisme équivoque de l'article 8 (A) au profit d'une lecture maximaliste l'article 8 § 1 qui tend à l'ériger en un droit au respect des données à caractère personnel (B).

A – Le minimalisme équivoque de l'article 8 de la Charte

L'équivoque est liée, tout d'abord, à la formulation même d'un « *droit à la protection* ». Elle n'est pas inédite¹⁸ mais ne peut que susciter des interrogations compte tenu du lien étroit qui existe entre ce droit et le droit au respect de la vie privée. Il n'est pas certain que la différence de vocabulaire entre les deux énoncés soit délibérée dès lors qu'il est plus courant d'évoquer, dans les écrits institutionnels et juridiques, la protection des données à caractère personnel plutôt que leur respect. Néanmoins, elle invite à retenir une interprétation restrictive de ce droit, ce que confortent les propos de Guy Braibant pour lequel les paragraphes 2 et 3 de l'article 8 contiennent les modalités de mise en œuvre de son premier paragraphe¹⁹, sans précision relative au caractère exhaustif ou exemplatif de liste ainsi dressée²⁰. Quelle que soit la réponse, le choix des principes essentiels expressément fondamentalisés ne s'explique pas : pourquoi mentionner le droit d'accès et non l'essentiel droit d'opposition²¹, le principe de finalité et non celui de sécurité²². Toujours est-il que le libellé du droit à la protection des données à caractère personnel l'apparente à un droit « créance » ou à une obligation positive : mettre en œuvre une telle protection au moyen, notamment, des principes essentiels de loyauté, de finalité, de consentement, d'indépendance de l'autorité de contrôle et garantir l'exercice des droits d'accès et de rectification. Autrement dit, l'article 8 § 1 de la Charte n'aurait pas pour objet de conférer à toute personne le droit de s'opposer à toute ingérence positive mais seulement de garantir que le traitement des données à caractère personnel, par principe libre, est suffisamment encadré par le législateur²³. Il ne s'opposerait pas, par lui-même au traitement de données à caractère personnel. Cette acception n'est pas incongrue dans la mesure où le droit à la protection des données à caractère personnel peut s'analyser comme un droit fondamental propre à compléter la protection d'autres valeurs fondamentales comme la vie privée, la dignité humaine ou la non-discrimination²⁴.

L'équivoque est renforcée, ensuite, par l'article 16 du TFUE et les explications du *Praesidium*. Si l'entrée en vigueur concomitante des articles 8 § 1 de la Charte et 16 § 1 du TFUE, qui consacrent, de façon inédite, le même droit fondamental, rend l'obligation d'interpréter le premier dans les conditions et limites définies par le traité inopérante²⁵, la lecture conjointe de l'article 16 § 2 du TFUE et des

¹⁸ On la retrouve dans d'autres articles de la Charte (art. 24 § 1, 30). Parfois, ne sont pas évoqués un droit à la protection mais seulement l'exigence d'une protection sous une forme impersonnelle (art. 33, 35, 37 et 38)

¹⁹ *Op. cit.*, p. 113.

²⁰ Les termes employés par Guy Braibant dans son ouvrage n'excluent pas qu'elle puisse être exemplative (*op. cit.*, p. 113).

²¹ L'arrêt *Google Spain* fait clairement ressortir l'importance du droit d'opposition pour la protection des données à caractère personnel puisqu'il contribue à fonder le « *droit à la décorrélation* » (É. GEFRAY, « La protection des données personnelles, élément clé à l'ère numérique », *Légipresse* 2014, p. 515) entre l'objet d'une recherche et un lien vers une page internet affichée par le moteur de recherche (CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, C-131/12, en attente de publication.).

²² Sur le caractère essentiel de ce principe pour la protection des données à caractère personnel, voir CJUE, Gde ch., Digital Rights Ireland, *préc.*, pts. 40 et 66 à 68.

²³ Rappr. P. De HERT et S. GUTWIRTH, « Privacy, Data Protection and Law Enforcement, Opacity of the Individual and Transparency of Power », in E. CLAES *e.a.* (dir.), *Privacy and the Criminal Law*, Intersentia, 2006, cité par M. TZANOU, « Data protection as a fundamental right next to privacy ? 'Reconstructing' a not so new right », *International Data Privacy Law* 2013, vol. 3, n° 2, p. 88.

²⁴ Comp. Y. POULLET et A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in K. BENYEKHLEF et P. TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, éd. Thémis, 2009, p. 157, spéc. p. 209 et s.

²⁵ Art. 52 § 2 de la Charte.

explications du *Praesidium* est plus troublante. L'article 16 § 2 dispose que le Parlement européen et le Conseil « *fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel* ». Les explications, certes dépourvues de valeur contraignante²⁶, indiquent que « *la directive [95/46/CE] et le règlement [45/2001/CE] contiennent des conditions et limitations applicables à l'exercice du droit à la protection des données à caractère personnel* ». Ces différents éléments laissent penser qu'il convient de retenir une interprétation purement inductive de ce droit fondamental. Or, le droit à la protection des données à caractère personnel figure dans la subdivision relative aux libertés et il n'est pas contesté qu'il est doté d'un effet direct. Il se distingue ainsi des principes issus de la Charte, qui servent de supports aux droits économiques et sociaux, et sont dépourvus d'effet direct²⁷. Le droit dérivé n'aurait donc pour rôle que de préciser les modalités d'application et la portée de l'article 8 de la Charte²⁸, sans que l'interprétation de ce dernier n'y soit subordonnée.

La lecture minimaliste de l'article 8 de la Charte a paru prévaloir dans un premier temps, la Cour de justice n'évoquant pas d'atteintes propres à celle-ci en dehors de la méconnaissance de ses paragraphes 2²⁹ et 3³⁰. Cette conjecture incertaine a été renversée dans l'arrêt *Digital Rights Ireland* dès lors que tout traitement de données à caractère personnel constitue une ingérence dans l'article 8 de la Charte.

B – L'interprétation maximaliste de l'article 8 de la Charte

Avant l'arrêt *Digital Rights Ireland*, des prémisses tacites d'une interprétation maximaliste de l'article 8 de la Charte sont apparues dans des affaires où la Cour de justice était saisie de la mise en place de systèmes de surveillance par des sociétés de services numériques aux fins de protection des droits de propriété intellectuelle sur internet. Or, de tels systèmes impliquent « *une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel* », ce qui constitue une ingérence dans le droit à la protection des données à caractère personnel et rendait nécessaire une mise en balance de ce droit avec le droit de propriété intellectuelle³¹. L'interprétation maximaliste est explicite dans l'arrêt *Digital Rights Ireland* dans lequel la Cour de justice retient que l'ingérence dans l'article 8 de la Charte découle de la seule circonstance que la directive dont la validité était en cause prévoyait un traitement de données à caractère personnel.

Alors qu'elle n'était pas spécialement interrogée sur ce point, et que l'Avocat général Pedro Cruz Villalón avait privilégié l'examen sous le seul angle du droit au respect de la vie privée, la Cour de justice a délibérément autonomisé l'article 8 § 1 des paragraphes 2 et 3 en ajoutant au droit à la protection des données à caractère personnel le contenu d'un droit « liberté ». Toute personne a le droit, en principe, à ce que les données à caractère personnel la concernant ne soient pas l'objet d'un traitement. Cette dernière opération doit s'analyser comme une ingérence positive. Il est cependant

²⁶ Le droit primaire impose seulement de les prendre dûment en considération (art. 6 § 1 al. 3 TUE et 52 § 7 de la Charte).

²⁷ Art. 52 § 5 de la Charte. Le sens et la portée des principes issus de la Charte sont déterminés par les actes de droit dérivé ou les législations nationales qui le mettent en œuvre.

²⁸ Rappr. O. De SCHUTTER, « Article II-68 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Tome II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant 2005, p. 122, spéc. n° 4.

²⁹ CJUE, Gde ch., Volker, *préc.*, pts. 60 à 63).

³⁰ Comp. CJUE, Gde ch., 16 oct. 2012, C-614/10, Commission c. Autriche, *Rec. numérique*, pt. 36.

³¹ CJCE, 24 nov. 2011, C-70/10, Scarlet Extended, *Rec.* I-11959, pts. 50, 51 et 53 ; voir également CJUE, 16 févr. 2012, C-360/10, SABAM, *Rec. numérique*, pts. 48, 49 et 51.

regrettable que la juridiction du plateau du Kirchberg ait complété le droit à la protection des données à caractère personnel sans même évoquer sa politique prétorienne sous-jacente, garantir, au moyen des droits fondamentaux, un haut niveau de protection des données à caractère personnel³². L'absence de justifications à cette acception négative de l'article ne saurait signifier qu'elle relevait de l'évidence au regard des difficultés d'interprétation précédemment soulevées. L'interprétation maximaliste tient certainement au souci qu'a la Cour de justice de garantir l'effet utile du droit de l'Union³³, en l'occurrence celui de l'article 8, la lecture minimaliste y étant impropre eu égard à l'interprétation constructive du droit au respect de la vie privée.

L'article 8 de la Charte est donc doté d'une double fonction négative et positive. Les termes de droit au respect des données à caractère personnel le retranscrivent mieux que le libellé actuel de l'article 8 § 1 au regard des autres dispositions de la Charte, même s'il ne s'agit pas seulement de garantir l'intégrité et la fiabilité de celles-ci. Malgré l'importance de cette innovation, sa plus-value effective pour la protection des données à caractère personnel est marginale.

II – La plus-value marginale d'un droit au respect des données à caractère personnel

Le constat est sévère dès lors que la consécration de l'aspect négatif de l'article 8 § 1 de la Charte est récente. Néanmoins, les premiers effets de cette complétion du droit à la protection des données personnelles (A) ne parviennent pas plus que l'approfondissement prévisible de ce droit fondamental en un droit à l'autodétermination informationnelle (B) à convaincre du potentiel effet utile de l'article 8 de la Charte pour le renforcement de la protection des données à caractère personnel.

A Les prémices peu probantes du droit au respect des données à caractère personnel

L'arrêt *Digital Rights Ireland* renferme deux innovations qui participent d'une élévation du niveau de protection des données à caractère personnel par les droits fondamentaux propre au droit au respect de celles-ci. L'une est primordiale mais tacite, l'autre est explicite et contribue à formuler une nouvelle exigence pour le moins incohérente.

Tout d'abord, la seule affirmation que tout traitement de données à caractère personnel s'analyse en une ingérence dans l'article 8 de la Charte procède d'une systématisation de la protection de celles-ci au moyen des droits fondamentaux. Cela ne résulte pas véritablement d'un élargissement du champ des données à caractère personnel objet de la protection. En effet, s'il n'a jamais été affirmé que le droit au respect de la vie privée s'applique à toute donnée à caractère personnel, la Cour EDH retient cependant qu'« [a]u-delà du nom, la vie privée et familiale peut englober d'autres moyens d'identification personnelle et de rattachement à une famille », ce qui inclut, par exemple, les données médicales et ethniques³⁴. Il est dès lors difficile, au regard de la définition des données à caractère personnel que donne la directive 95/46³⁵, de les exclure du champ du droit au respect de la vie

³² CJUE, Gde ch., 9 mars 2010, C-518/07, Commission c. Allemagne, *Rec.* I-1885, pts. 21 et 22 ; CJUE, Gde ch., Schrems, *préc.*, pt. 72.

³³ Comp., *mutatis mutandis*, sur la justification des obligations positives notamment tirée de la nécessité de garantir des droits « concrets et effectifs », Cour EDH, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, Airey c. Irlande, § 24 et s.

³⁴ Cour EDH, Gde ch., *préc.*, S. et Marper c. Royaume-Uni, § 66.

³⁵ Il s'agit de « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale » (art. 2 litt. a).

privée³⁶, quand bien même elles ne seraient pas relatives à un aspect de la vie privée, et ce d'autant plus que la Cour EDH interprète l'article 8 de la Convention EDH en concordance avec la Convention 108 du Conseil de l'Europe³⁷. La systématisation tient aux conditions requises pour qu'existe une ingérence. En effet, tout traitement de données à caractère personnel ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. La Cour EDH affirme ainsi que « *pour déterminer si les informations à caractère personnel [...] font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée [...], [elle] tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirées* »³⁸. Si « *la mémorisation des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence* » dans le droit au respect de la vie privée³⁹, il n'en est rien lorsque sont en cause des données publiques⁴⁰. La Cour de justice procède de même lorsqu'elle énonce que « *la simple mémorisation par l'employeur de données nominatives relatives aux rémunérations versées à son personnel ne saurait, comme telle, constituer une ingérence dans la vie privée* » à la différence de « *la communication de ces données à un tiers* »⁴¹. L'existence d'un droit au respect des données à caractère personnel écarte la nécessité de recourir à une analyse casuistique puisque l'ingérence est automatiquement déduite de l'existence d'un traitement, notion issue de la directive 95/46 dont la définition est si large⁴² qu'elle est susceptible d'englober toute opération réalisée au moyen de données à caractère personnel et étend d'autant la protection de celles-ci. Cet allègement de la charge probatoire relativement à l'atteinte portée au droit fondamental rend systématique l'examen de sa justification au regard des critères de légalité, de légitimité et de proportionnalité. Néanmoins, cette systématisme de l'ingérence en présence d'un traitement était déjà déduite, par la Cour de justice, de la combinaison des articles 7 et 8 de la Charte⁴³.

La Cour de justice a ensuite parachevé l'autonomisation de l'article 8 § 1 de la Charte en érigeant au rang de garantie fondamentale le principe de sécurité des données à caractère personnel. En effet, non seulement sa mise en œuvre dans la directive « conservation des données »⁴⁴ a permis de considérer qu'il n'était pas porté atteinte au contenu essentiel de l'article 8 § 1⁴⁵, mais l'absence de « *garanties suffisantes, telles que requises par l'article 8 de la Charte, permettant d'assurer une protection efficace des données conservées contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicite de ces données* » a contribué à justifier l'invalidation de la dite directive pour défaut d'adéquation à l'objectif poursuivi. Au titre de ces insuffisances, la Cour de Luxembourg dénonce la circonstance que « *la directive n'impose pas que les données en cause soient conservées sur le*

³⁶ Comp. J. ROCHFELD, « La vie tracée ou le Code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 619, spéc. n^{os} 4 et s., et n^o 14 ; concl. de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón sous l'arrêt *Digital Rights Ireland*, pts. 65 et 66.

³⁷ Cour EDH, Gde ch., 16 févr. 2000, req. n^o 27798/95, *Amann c. Suisse*, § 65.

³⁸ Cour EDH, Gde ch., *S. et Marper c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 67.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., *Rotaru c. Roumanie*, *préc.*, § 43.

⁴¹ CJCE, 20 mai 2003, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, *Rec. I-4989*, pt. 74.

⁴² Il s'agit de « *toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation*[⁴²], *l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* » (art. 2 litt. b de la directive 95/46).

⁴³ CJUE, Gde ch., *Volker*, *préc.*, pt. 52.

⁴⁴ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communication électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, *JOUE*, 13 avr. 2006, L 105, p. 54.

⁴⁵ CJUE, Gde ch., *Digital Rights Ireland*, *préc.*, pt. 40.

territoire de l'Union, de sorte qu'il ne saurait être considéré qu'est pleinement garanti le contrôle par une autorité indépendante, explicitement exigé par l'article 8, paragraphe 3, de la Charte, du respect des exigences de protection et de sécurité»⁴⁶. Elle pose ainsi une exigence inédite, résultat de la combinaison des paragraphes 1 et 3 de l'article 8, passée relativement inaperçue, mais au contenu indéterminé. Doit-elle être interprétée comme s'opposant au transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers qu'encadre les articles 25 et 26 de la directive 95/46, et le chapitre V de la proposition de règlement général relatif à la protection des données, ou bien comme imposant que les supports de conservation des données soient localisés sur le territoire de l'Union ? La première proposition répond à l'objectif de prévenir tout abus, ou tout accès ou utilisation illicite des données, mais le transfert de données dans un pays tiers ne s'oppose pas à l'utilisation, par l'autorité de contrôle relevant du territoire à partir duquel s'opère le transfert, de ses pouvoirs pour assurer que cette opération se réalise dans le respect des droits et libertés fondamentaux des personnes concernées⁴⁷. La seconde paraît excessive et incohérente avec le champ de compétence des autorités de contrôle. En effet, l'article 28 de la directive 95/46, tout comme l'article 51 de la proposition de règlement général relatif à la protection des données, leur permet d'exercer leurs fonctions quel que soit le droit applicable au traitement de données à caractère personnel dès lors que ce dernier a lieu sur le territoire de l'État membre dont elles relèvent. Dès lors, puisque la seule collecte de données à caractère personnel sur un territoire donné peut s'analyser en un traitement⁴⁸, ce dernier est soumis aux pouvoirs de l'autorité de contrôle correspondante, nonobstant la localisation des supports de conservation desdites données⁴⁹.

Ces premières applications de l'article 8 § 1 sont peu démonstratives. Au mieux, le droit au respect des données à caractère personnel permet à la Cour de justice de procéder à une économie de moyen, le reste étant encore assez confus. L'éventuelle consécration d'un droit à l'autodétermination informationnelle, que laisse augurer, d'une part, le lien étroit entre les articles 7 et 8 de la Charte et, d'autre part, le droit à l'autonomie personnelle⁵⁰ que fonde ce dernier, ne paraît pas plus à même de conférer au droit au respect des données à caractère personnel un effet utile.

B – La perspective décevante d'un droit à l'autodétermination informationnelle

Dans le célèbre arrêt de la Cour constitutionnelle allemande de 1983, le droit à l'autodétermination informationnelle s'entend comme « *le pouvoir de l'individu de décider lui-même, sur la base du concept d'autodétermination, quand et dans quelle mesure une information relevant de sa vie privée peut être communiquée à autrui* »⁵¹. Une telle possibilité n'a pas été reconnue sur le fondement du droit au respect de la vie privée ni dans la jurisprudence de la Cour EDH, ni dans celle de la Cour de justice⁵². Toutefois, c'est un droit, pour l'individu intéressé, de contrôler les données personnelles le concernant, et non les seules informations relatives à sa vie privée, que tend à consacrer la Cour de

⁴⁶ *Ibid.*, pt. 66. Dans la directive invalidée, l'obligation de conservation des données visait les fournisseurs de services de communications électroniques situés « *dans le ressort* » des États membres, sans exigence relative à la localisation des données (art. 3 dir. 2006/24/CE).

⁴⁷ CJUE, Gde ch., Schrems, *préc.*, pts. 44 et 45..

⁴⁸ Cette opération figure parmi les exemples de traitement qu'énumère l'article 2 *littera* b de la directive 95/46.

⁴⁹ Comp. CJUE, Gde ch., Schrems, *préc.*, pts. 44 et 45. Dans cette affaire, la possibilité pour l'autorité nationale de contrôle de l'État membre à partir duquel s'opère un transfert de données à caractère personnel à destination d'un pays tiers où elles font l'objet d'un traitement est suffisante pour protéger le « *droit garanti à l'article 8, paragraphes 1 et 3, de la Charte, de saisir les autorités nationales de contrôle d'une demande aux fins de la protection de leurs droits fondamentaux* » (pt. 58).

⁵⁰ Cour EDH, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61.

⁵¹ Citée par Y. POULLET et A. ROUVROY, *loc. cit.*, spéc. p. 159.

⁵² Voir, pour un exposé fidèle des apports de ces deux jurisprudences en la matière, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, 2014.

justice sur le fondement de l'article 8 § 1 de la Charte⁵³. En effet, en assimilant tout traitement de données à caractère personnel à une ingérence dans le droit au respect de ces données, la Cour de justice dote, en principe, la personne concernée du droit d'interdire l'utilisation de celles-ci, par une autre personne, physique ou morale, qui en détermine les finalités et les moyens d'en user⁵⁴. L'ingérence positive peut dès lors s'analyser comme une perte de contrôle sur les données à caractère personnel relative au sujet de l'article 8 § 1. Le droit de l'Union contribue déjà à donner à la personne concernée un certain contrôle sur les données à caractère personnel par des prérogatives telles que le droit d'accès et d'opposition, et par l'effet des principes de finalité, d'information, de consentement, de loyauté, de proportionnalité et de sécurité. L'interprétation proposée de l'article 8 § 1 devrait permettre d'approfondir cette faculté sans pour autant l'ériger en droit absolu, l'article 52 § 1 permettant qu'il soit restreint par des mesures légales et proportionnées destinées, pour exemple, à garantir la sécurité publique, l'accès du public à l'information ou bien encore le droit de contrôle sur les données à caractère personnel qui concerneraient également une autre personne. Le droit à l'autodétermination informationnelle, à l'instar du droit au respect de la vie privée, ne devrait toutefois pas se limiter au droit d'empêcher autrui d'user de ces données. Il devrait également s'entendre comme le droit pour son bénéficiaire d'utiliser ces données à caractère personnel pour nouer et développer des relations avec autrui, par exemple sur les réseaux sociaux⁵⁵, y compris à des fins patrimoniales⁵⁶.

Quels progrès de la protection des données à caractère personnel peut-on attendre de l'avènement d'un tel droit ? Il ne saurait révolutionner la matière sauf à mettre à bas la mise en œuvre des principes fondamentaux de la protection des données à caractère personnel qui contribue à protéger l'individu contre l'expression d'un consentement précipité ou mal éclairé par lequel il renoncerait au haut niveau de protection que garantit le droit dérivé. En revanche, un droit à l'autodétermination informationnelle devrait permettre aux juges du plateau du Kirchberg de pallier, au moins temporairement, l'inadéquation de la directive 95/46 aux évolutions des technologies et des comportements ainsi qu'à la massification des traitements en anticipant les innovations du règlement général relatif à la protection des données dont la négociation s'enlise⁵⁷. Il ne paraît pas indispensable à cette fin. En effet, la Cour de justice s'est montrée capable de telles audaces dans son arrêt *Google Spain*⁵⁸ au motif d'une protection efficace et complète du droit au respect de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Elle a ainsi interprété de façon particulièrement large les règles d'applicabilité spatiale de la directive 95/46, anticipant sur l'élargissement envisagé dans le futur règlement général⁵⁹, et déduit des droits de rectification et d'opposition lus à la lumière des articles 7 et 8 de la Charte un « droit à la décorrélation »⁶⁰ entre une donnée à caractère personnel, le nom, et les

⁵³ Comp. sur « *le droit de contrôler ses propres données* », Résolution 1165(1998) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée ; Rapport annuel 2014 du Conseil d'État, proposition n° 1.

⁵⁴ Voir, sur la définition du responsable de traitement, art. 2 *litt. d* de la directive 95/46.

⁵⁵ Comp. L. PAILLER, *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, préf. F. MARCHADIER, Larcier, 2012.

⁵⁶ Certains sites internet, comme *YesProfile*, permettent non seulement de déterminer la valeur d'un profil mais également d'en tirer des revenus.

⁵⁷ La proposition de cet instrument date du 25 janvier 2012 (COM(2012) 11 final).

⁵⁸ *Préc.*

⁵⁹ L'application de la directive est étendue aux traitements réalisés par un établissement établi hors du territoire de l'Union dès lors que cette activité est indissociablement liée à celle d'un établissement du même groupe établi sur le territoire de l'Union (CJUE, Gde ch., *Google Spain*, *préc.*, pts. 53 et s.). Dans le règlement général, il est envisagé de soumettre au droit européen de la protection des données les traitements réalisés par des responsables de traitement ne disposant pas d'un établissement sur le territoire de l'Union européenne lorsque leur activité de traitement est liée à l'offre de biens et de services dans l'Union à des personnes résidant sur le territoire de l'Union (art. 3 § 2 *litt. a*).

⁶⁰ É. GEFRAY, *loc. cit.*

liens hypertextes vers des pages internet relative à la personne concernée qui préfigure les droits à l'oubli et à l'effacement⁶¹. Il n'est pas à exclure que, dans le même mouvement, la Cour de justice puisse esquisser les traits d'un droit à la portabilité des données⁶² à partir du droit d'accès puisqu'il s'agit pour la personne concernée de pouvoir obtenir du responsable du traitement une copie des données le concernant sous un format qui lui permette de les réutiliser. Tout au plus le droit à l'autodétermination informationnelle pourrait-il forcer cette évolution prévisible et faire gagner du temps à la jurisprudence. L'écoulement du temps n'a pas ainsi la même prégnance lorsque l'individu est expressément titulaire d'un droit de contrôle sur les données à caractère personnel qui le concerne⁶³.

Si la consécration d'un droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas une construction en trompe l'œil, une disposition purement cosmétique, son effet utile est considérablement réduit par le traditionnel dynamisme interprétatif du droit au respect de la vie privée. Même doté d'une acception négative qui pourvoit à son incomplétude et à son ambiguïté originelles, il ne paraît pas apte à provoquer des évolutions que l'article 7 de la Charte ne pourrait lui-même soutenir. En revanche, l'émergence d'un droit au respect des données à caractère personnel et de son prolongement, l'autodétermination informationnelle, pourrait s'accompagner d'une autonomisation de l'article 8 de la Charte pris comme fondement à la protection fondamentale des données à caractère personnel. L'article 8 de la Charte pourrait fonctionnellement prévaloir sur l'article 7 considérant son adéquation particulière en matière de données à caractère personnel, *specialia generalibus derogant*⁶⁴, sachant que les exigences de son contrôle peuvent d'ores et déjà être déduites de sa correspondance avec l'article 8 de la Convention EDH⁶⁵.

⁶¹ Art. 17 de la proposition de règlement général relatif à la protection des données, COM(2012) 11 final.

⁶² Art. 18 de la proposition de règlement général relatif à la protection des données, COM(2012) 11 final.

⁶³ Comp., sur la prise en considération de cette circonstance, CJUE, Gde ch. Google Spain, *préc.*, pt. 93 ; Cour EDH, Gde ch., Rotaru c. Roumanie, *préc.*, § 43.

⁶⁴ Comp., sur le rapport du général au particulier entre les articles 7 et 8 de la Charte, CJUE, Gde ch., Volker, *préc.*, pts. 77, 78 et 81.

⁶⁵ Voir en ce sens, CJUE, Gde ch., Digital Rights Ireland, *préc.*, pts. 53 et s.