

Bruxelles, le 26 novembre 2008

AU PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

**MÉMOIRE EN INTERVENTION AU SOUTIEN DES CONCLUSIONS
DE LA REQUÉRANTE**

dans l'affaire C-518/07,

Commission des Communautés européennes

soutenue par:

Contrôleur européen de la protection des données, partie intervenante

contre

République fédérale d'Allemagne,

présenté par le Contrôleur européen de la protection des données, Rue Wiertz 60,
1047 Bruxelles,

représenté par M. Hielke Hijmans et M. Alfonso Scirocco, administrateurs au bureau du
Contrôleur européen de la protection des données, en qualité d'agents.

I. INTRODUCTION

I.1 Introduction du mémoire en intervention

1. Par son ordonnance du 14 octobre 2008, le président de la Cour a accueilli la demande d'intervention au soutien des conclusions de la requérante dans l'affaire C-518/07 présentée par le Contrôleur européen de la protection des données (ci-après dénommé "le Contrôleur").
2. Dans la présente affaire, la requérante demande à la Cour de déclarer que la République fédérale d'Allemagne ne s'est pas acquittée des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive 95/46/CE¹, en soumettant à la surveillance de l'État les autorités de contrôle chargées de surveiller le traitement des données au sein du secteur privé dans les "Länder" allemands et en transposant ainsi de manière incorrecte l'exigence d'action "en toute indépendance" des autorités de contrôle de la protection des données.
3. La République fédérale d'Allemagne conteste les conclusions de la requérante. Dans son mémoire en défense, elle défend une interprétation différente du concept "en toute indépendance". Selon elle, ce concept devrait être interprété de manière fonctionnelle. Il conviendrait de faire en sorte que les autorités de contrôle puissent statuer indépendamment d'influences extérieures, et notamment indépendamment des institutions ou organismes devant être contrôlés. Selon le gouvernement fédéral, il n'est pas contraire à la directive que les missions de contrôle du secteur privé soient exécutées par une administration subordonnée à un ministère ou par un ministère lui-même.
4. Selon le Contrôleur, un tel résultat serait incompatible avec la directive et donc avec le droit de l'Union européenne. C'est pour cette raison que le Contrôleur intervient en l'espèce au soutien des conclusions de la requérante.

I.2 Nature de l'affaire et objet de l'intervention

5. Comme l'expliquent la requérante et la défenderesse, l'espèce revêt une importance générale qui dépasse les particularités de la mise en œuvre de la directive en droit allemand: elle donne à la Cour l'occasion de préciser le sens de la deuxième phrase de l'article 28, paragraphe 1, de la directive: "Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies"². Cette explication permettra:
 - a) d'assurer que les autorités de contrôle remplissent la mission dont elles sont investies de la meilleure manière possible, ce qui garantira un haut niveau de protection des données au sein de l'Union européenne;

¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 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, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31 (ci-après dénommée "la directive").

² C'est le Contrôleur qui souligne (comme dans plusieurs autres citations dans le présent document).

- b) de contribuer à une meilleure harmonisation des arrangements institutionnels en matière de protection des données, ce qui facilitera la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur.
6. Le Contrôleur centrera son intervention sur l'importance générale que revêt l'espèce; il développera, point par point, les principaux éléments du concept "en toute indépendance"³.
 7. Le premier point qui part de l'historique de la directive, comprend une analyse du texte de son article 28 et de son contexte législatif, comme le protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁴, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.
 8. Passant au deuxième point, le Contrôleur expliquera pourquoi des autorités indépendantes sont nécessaires pour la protection des données à caractère personnel et ensuite, au troisième point, pourquoi ces autorités doivent agir en toute indépendance. La totale indépendance sera décrite comme un choix de principe, qui se distingue toutefois d'une indépendance illimitée: il convient d'examiner ce concept dans la perspective de l'efficacité de la protection des données, qui comprend un contrôle efficace.
 9. Le quatrième point servira d'illustration: comment le concept d'indépendance a-t-il été appliqué au niveau des Communautés européennes? Il sera question du cas particulier du Contrôleur, prévu par le règlement (CE) n° 45/2001⁵.
 10. Le cinquième point contient l'essentiel de l'argumentation du Contrôleur: aucune influence extérieure n'est acceptable dès lors qu'une autorité traite des cas particuliers - ce qui englobe non seulement les décisions elles-mêmes, mais aussi la stratégie et les priorités concernant l'opportunité et la manière dont ladite autorité utilise ses pouvoirs décisionnels. L'indépendance se définit par rapport à trois éléments: par rapport à l'autorité investie du pouvoir de nomination, par rapport aux responsables politiques et par rapport à l'entité contrôlée. Dans le sixième point, le Contrôleur énoncera les conditions minimales qui permettent d'assurer cette indépendance.
 11. Dans la dernière partie de la présente intervention, le Contrôleur présentera à la Cour des suggestions concernant l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 28 de la directive en droit allemand lorsqu'il s'agit de contrôle du secteur privé (l'objet de l'espèce).

³ Concernant l'indépendance, voir également H. Hijmans "The European Data Protection Supervisor: The Institutions of the EC controlled by an Independent Authority", CMLR 43, 1313-1342, 2006.

⁴ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, Strasbourg, 8.11.2001, CETS 181 (ci-après dénommé "le protocole additionnel").

⁵ Règlement (CE) n° 45/2001 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, JOL 8 du 12.1.2001, p. 1.

II. LE CONCEPT "EN TOUTE INDÉPENDANCE"

II.1 *Le texte de l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE et son contexte législatif*

L'historique de l'article 28, paragraphe 1

12. L'article 28, paragraphe 1, de la directive érige en condition essentielle de l'exercice de leurs missions le principe selon lequel les autorités chargées du contrôle de l'application de la législation en matière de protection des données agissent "en toute indépendance". Il ressort clairement du libellé de cet article que les autorités de contrôle doivent jouir d'une totale indépendance pour s'acquitter effectivement de toutes les missions décrites à l'article 28.
13. Ce principe reflète l'accord général sur le concept d'indépendance dégagé par le législateur communautaire, et donc parmi les États membres, au cours du processus législatif. La proposition de directive présentée par la Commission mentionnait à l'origine la mise en place d'autorités indépendantes. Son article 26, paragraphe 1, était libellé comme suit: "Les États membres assurent qu'une autorité indépendante compétente contrôle la protection des données à caractère personnel. Cette autorité est chargée de surveiller l'application des dispositions nationales prises en application de la présente directive et d'exercer toutes les fonctions qui lui sont attribuées par la présente directive"⁶.
14. L'exigence d'indépendance de ces autorités a fait l'objet d'un débat animé durant le processus législatif, certains États membres - dont l'Allemagne - essayant de la restreindre à une simple "indépendance par rapport à l'autorité à surveiller"⁷. Comme cela ressort de l'historique de la directive, plusieurs États membres n'étaient pas d'accord avec le concept étroit d'indépendance proposé par l'Allemagne, ce qui a conduit le législateur communautaire à faire le choix clair de renforcer ce concept en introduisant la précision "en toute indépendance" dans la directive. Contrairement à ce que prétend l'Allemagne, le consensus dégagé parmi les États membres à propos de la version actuelle de l'article 28, paragraphe 1, doit être compris comme une volonté de prévoir une totale indépendance des autorités au sens où il ne devrait pas s'agir de la seule indépendance par rapport à l'organisme à surveiller. En outre, il ressort clairement du considérant 62 de la directive que le législateur communautaire a bien l'intention d'exiger une totale indépendance, au sens plein, des autorités chargées du contrôle de la protection des données, étant donné que l'exercice "en toute indépendance [de] leurs fonctions est un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel".

⁶ Proposition de directive COM(90)0314- C3-032790.

⁷ Voir recours de la Commission européenne, point 53; mémoire en défense de l'Allemagne, point 25.

Le concept d'indépendance en droit européen et en droit international

15. Le concept d'indépendance adopté dans la directive a été confirmé par la suite dans d'autres instruments législatifs de l'Union européenne en tant que valeur essentielle de la protection des données en droit européen. Le principe d'indépendance a aussi été consacré en droit communautaire à l'article 286 du traité CE, qui prévoit l'institution d'un organe indépendant de contrôle chargé de surveiller l'application de la législation relative à la protection des données par les institutions de l'UE. Lors de la création du poste de Contrôleur européen de la protection des données, il a en outre été précisé à l'article 44 du règlement (CE) n° 45/2001 que le Contrôleur "exerce ses fonctions en toute indépendance". Ces exemples montrent bien que, dans le cadre du traité CE, l'indépendance des autorités de contrôle doit être comprise comme une indépendance totale.
16. En outre, l'indépendance des autorités de contrôle est un élément essentiel du droit fondamental à la protection des données⁸ - protection qui a été reconnue comme un droit fondamental à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹: "Le respect de ces règles [relatives à la protection des données] est soumis au contrôle d'une autorité indépendante" (paragraphe 3). Dans le traité de Lisbonne, cette exigence pourrait même devenir encore plus claire: la charte y acquiert un caractère juridiquement contraignant (en vertu de l'article 6 du traité sur l'Union européenne) et les nouvelles dispositions de fond sur la protection des données (article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et article 39 du traité sur l'Union européenne) comprennent la même notion de contrôle exercé par une autorité indépendante que la charte.
17. En outre, le concept d'indépendance a aussi été consacré dans des instruments législatifs internationaux régissant la protection des données. L'article 1^{er}, paragraphe 3, du protocole additionnel à la convention 108 du Conseil de l'Europe reprend le concept de totale indépendance énoncé à l'article 28, paragraphe 1, de la directive, en exigeant expressément que: "Les autorités de contrôle exercent leurs fonctions en toute indépendance"¹⁰. Le rapport explicatif sur le protocole additionnel souligne que seule la totale indépendance des autorités de contrôle peut garantir la protection effective des droits et libertés individuelles.

Le concept d'indépendance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans celle de la Cour de justice

18. Même si le concept de "en toute indépendance" n'a pas été expressément défini dans la directive, il est possible d'en préciser le sens en examinant comment il a été défini dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans celle de la Cour de justice.

⁸ Les instruments législatifs instaurant de grands systèmes d'information au niveau européen (comme le Système d'information Schengen, Europol et Eurojust) contiennent aussi des dispositions sur le contrôle, qui doit être exercé par des autorités indépendantes.

⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364 du 18.12.2000, p. 1.

¹⁰ Protocole additionnel, mentionné à la note de bas de page 4.

19. Tout d'abord, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la protection d'un droit fondamental tel que le droit au respect de la vie privée doit être soumis au contrôle d'un organisme indépendant pour le protéger de l'ingérence de l'exécutif¹¹. En outre, elle considère l'intervention d'un organe indépendant, dans certaines circonstances, comme une garantie du "contrôle efficace" de la nécessité d'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits prévus à l'article 8¹². Dans l'affaire *Gaskin*, elle a consacré l'obligation positive qui incombe à l'État de charger une autorité indépendante d'accorder à un particulier le droit d'accès aux dossiers concernant sa vie privée et familiale.
20. Ensuite, s'agissant de la protection d'un droit fondamental, l'indépendance est en général comprise comme l'indépendance à l'égard de l'exécutif¹³. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme définit le concept d'indépendance comme l'absence de tout lien entre le tribunal et toute partie du gouvernement. Elle la distingue de l'impartialité, qui doit prévaloir à l'égard des parties au procès et de l'affaire concernée. Conformément à cette jurisprudence, un organe indépendant est donc un organe qui n'est soumis à aucun contrôle d'une autorité administrative.
21. Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et également de celle de la Cour de justice¹⁴, il faut prendre en compte un certain nombre d'éléments pour apprécier si un organe peut être considéré comme indépendant: la faculté d'exercer sa mission de manière indépendante et sous sa propre responsabilité¹⁵, l'indépendance de ses membres et la garantie que ceux-ci ne sont soumis qu'au respect de la loi¹⁶, des procédures appropriées pour la nomination et la révocation de l'autorité qui garantissent son indépendance¹⁷, le pouvoir de fonder ses décisions sur l'avis qu'il s'est lui-même librement forgé sur les éléments de fait et de droit, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures¹⁸ et le point de savoir s'il présente une apparence d'indépendance¹⁹.
22. Il est intéressant de noter que le rapport explicatif sur le protocole additionnel reprend la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice lorsqu'il recense les éléments qui contribuent à garantir l'indépendance des autorités chargées de la protection des données: "Parmi ces éléments on peut citer la composition de l'autorité, le mode de désignation de ses membres, la durée d'exercice et les conditions de cessation de leurs fonctions, l'octroi à l'autorité de

¹¹ Voir, par exemple, *Klass et autres v. Allemagne* [GC], n° 5029/71, CEDH 1978, Série A, n° 28, et *Rotaru v. Roumanie* [GC], n° 28341/95, point 48, CEDH 2000-V.

¹² La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'indépendance traite essentiellement de l'indépendance des juridictions et des tribunaux. Voir *Gaskin v. Royaume-Uni* [P], n° 10454/83, point 49, CEDH 1989, Série A, n° 160.

¹³ Voir *Dumitru Popescuv. Roumanie (n° 2)*, n° 71525/01, point 70, CEDH 2007.

¹⁴ Principalement dans sa jurisprudence sur l'indépendance des juridictions et des tribunaux dans le cadre de l'article 234 du traité CE.

¹⁵ Affaire C-54/96, *Dorsch Consult*, Recueil 1997, p. I-4691, point 35.

¹⁶ Affaire C-54/96, *Dorsch Consult*, Recueil 1997, p. I-4691, point 35.

¹⁷ Affaire C-53/03, *Syfait*, Recueil 2005, p. I-4609, point 31.

¹⁸ Voir *Langborger v. Suède* [P], n° 11179/84, point 32, CEDH 1989, Série A, n° 155.

¹⁹ Voir *Langborger v. Suède* [P], n° 11179/84, point 32, CEDH 1989, Série A, n° 155. Voir aussi *Bryan v. Royaume-Uni*, n° 19178/91, point 38, CEDH 1995, Série A, n° 335-A: le fait que le ministre ait le pouvoir d'ordonner la révocation du pouvoir conféré à l'inspecteur de statuer sur un appel suffit à priver l'inspecteur de l'apparence d'indépendance requise.

ressources suffisantes ou l'adoption de décisions à l'abri d'ordres ou d'injonctions extérieurs à l'autorité".

L'article 28, paragraphe 1, n'établit aucune distinction entre les secteurs d'activité faisant l'objet du contrôle

23. Il faut noter que la directive ne prévoit pas que des distinctions soient établies dans le contrôle exercé par les autorités - et par conséquent dans les garanties d'indépendance sont conférées à ces dernières - selon que ce contrôle concerne le secteur public ou privé; elle prévoit que les autorités chargées de contrôler l'application de la législation en matière de protection des données agissent en toute indépendance, mais sans établir aucune distinction, en ce qui concerne la protection des intéressés, selon que l'activité contrôlée se déroule dans le secteur privé ou le secteur public.
24. En pratique, une telle distinction semble artificielle et ne peut être appliquée de manière très rigoureuse, car il arrive de plus en plus souvent que le traitement de données à caractère personnel concerne à la fois le secteur public et le secteur privé. Ainsi, il peut être difficile de déterminer quelle autorité sera chargée du contrôle lorsque des autorités publiques confient à des entreprises du secteur privé le traitement des données qu'elles doivent assurer. Le tableau se complique encore davantage lorsqu'on tient compte du fait qu'une organisation - ou l'ensemble de ses activités - ne relève pas exclusivement du secteur privé *ou* du secteur public. Comment pourrait-on prévoir un contrôle efficace dès lors qu'il serait confié à plusieurs autorités qui n'offrent pas les mêmes garanties aux intéressés?
25. Cela ne signifie pas que la directive interdit aux États membres d'établir de telles distinctions pour des raisons d'organisation interne. Toutefois, cette distinction ne devrait pas affecter la protection effective des droits et des libertés des personnes. Les garanties de totale indépendance doivent s'appliquer strictement, que l'autorité exerce son contrôle à l'égard du secteur privé ou du secteur public.

II.2 Pourquoi faut-il des autorités indépendantes pour assurer la protection des données à caractère personnel?

26. La directive 95/46/CE a contribué à harmoniser les rôles et les compétences des autorités de contrôle de la protection des données, tout en précisant que celles-ci doivent exercer leurs fonctions "en toute indépendance". L'article 28 décrit les missions qui leur sont confiées, à savoir la consultation, le contrôle préalable, l'investigation et l'intervention, ainsi que le pouvoir d'ester en justice et traiter les réclamations. De par leur nature même, les missions accomplies par les autorités de contrôle de la protection des données ne peuvent être confiées qu'à des autorités pouvant agir en toute indépendance.
27. Une des missions confiées aux autorités de contrôle de la protection des données est de contribuer à ce que le traitement des données soit transparent et à ce que les responsables du traitement soient tenus de rendre des comptes aux personnes concernées²⁰. Ces autorités sont les gardiennes des libertés individuelles, surtout lorsque les personnes concernées ignorent qu'un traitement de leurs données a lieu. C'est pourquoi la directive impose d'avertir ces autorités de contrôle préalablement

²⁰ Voir le considérant 63 de la directive 95/46/CE.

à la mise en œuvre d'un traitement, pour qu'elles puissent vérifier que les données à caractère personnel des personnes concernées sont suffisamment protégées. Elles sont en outre habilitées à effectuer un contrôle préalable des traitements qui présentent des risques spécifiques pour les droits des personnes. Dans ce cas, elles doivent parfois rechercher un juste équilibre entre les libertés individuelles et les intérêts collectifs qui sont en jeu.

28. L'institution d'autorités indépendantes de contrôle de la protection des données se justifie encore par deux autres raisons: premièrement, il faut avoir des compétences techniques spécialisées pour comprendre les opérations de traitement et, deuxièmement, il s'est avéré nécessaire d'habiliter ces autorités à exercer leur mission d'une façon proactive et de leur propre initiative, notamment parce que les personnes concernées, comme mentionné plus haut, n'ont pas toujours connaissance du traitement de données à caractère personnel les concernant. Un contrôle ex post par les autorités judiciaires n'offre pas une protection suffisante.
29. À bien des égards, les autorités de contrôle de la protection des données s'acquittent de tâches quasi judiciaires: elles peuvent être saisies de réclamations, mener des enquêtes et statuer sur une affaire sur la base de règles de droit. Qui plus est, les décisions qu'elles prennent font l'objet d'un recours devant les tribunaux judiciaires. En ce sens, on peut même considérer que plusieurs aspects de leurs activités relèvent de la définition d'une "juridiction" au sens de l'article 6 de la CEDH et de l'article 234 du traité CE²¹.
30. Ainsi, les autorités de contrôle de la protection des données doivent avoir tous les pouvoirs nécessaires pour effectuer des enquêtes proactives afin de garantir le respect du droit. Elles doivent être habilitées à recueillir toutes les informations dont elles ont besoin pour accomplir leurs missions de contrôle. En outre, elles doivent avoir le pouvoir d'ester en justice lorsque les dispositions nationales n'ont pas été respectées.
31. Par ailleurs, le Contrôleur fait observer que la spécificité de ces tâches ordonne que les autorités agissent en toute indépendance, comme l'a clairement indiqué la résolution adoptée en Allemagne, en 2005, par les délégués à la protection des données et l'autorité fédérale de contrôle de la protection des données²².

II.3 *Que signifie l'expression "en toute indépendance"?*

32. L'expression "en toute indépendance" qui figure dans la directive devrait être interprétée en tenant compte du contexte juridique plus large dans lequel elle s'inscrit. En fait, la nécessité d'un contrôle indépendant de la protection des données à caractère personnel est une des valeurs fondamentales de la protection des données en droit européen²³. Par conséquent, l'indépendance des autorités de

²¹ C'est aussi le cas, par exemple, de la CNIL, dont le Conseil d'État français a jugé, dans sa décision n° 311974 du 19 février 2008, qu'elle constituait une juridiction indépendante.

²² "Entscheidung der 70. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 27./28. Oktober 2005", disponible à l'adresse <http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/index.php?id=24723>. Voir également l'extrait du rapport annuel pour 2007 de l'autorité de contrôle de la protection des données du land de Sachsen-Anhalt, disponible à l'adresse: <http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/index.php?id=24582>.

²³ Voir plus haut le point 15.

contrôle de la protection des données est une question de principe, qui revêt une valeur constitutionnelle et constitue la pierre angulaire de tout système de protection des données. Le considérant 62 de la directive confirme ce point en affirmant que les autorités de contrôle, exerçant leurs fonctions en toute indépendance, constituent un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel²⁴.

33. La notion d'indépendance doit dès lors être comprise dans un sens large, puisqu'une interprétation étroite nuirait vraisemblablement à la protection effective des données dans l'un ou l'autre domaine. En outre, la nécessité de garantir l'indépendance fournit des orientations et impose des restrictions à la fois pour l'UE, en tant que législateur, et pour les États membres, qui mettent en œuvre la législation de l'UE en matière de protection des données.
34. Ces réflexions nous amènent au texte de l'article 28, paragraphe 1, lui-même. Quoique cette disposition autorise une grande souplesse quant au nombre d'autorités auxquelles une mission de contrôle peut être confiée et à la répartition des fonctions parmi ces autorités, elle n'en laisse aucune quant à la nécessité de garantir leur totale indépendance. Le Contrôleur soutient que cette disposition doit être comprise comme imposant une indépendance tous azimuts (c'est-à-dire à l'égard de l'ensemble des parties prenantes et des acteurs institutionnels) dans le domaine de la protection des données.
35. Néanmoins, le concept de totale indépendance ne peut pas être interprété, de manière abstraite, comme passant par la création d'un organisme qui ne serait lié en aucune façon au système légal et constitutionnel dans lequel il opère. En tout état de cause, dans un État de droit, il convient que l'obligation de rendre des comptes soit respectée. Les décisions prises par l'autorité peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel; la transparence de son fonctionnement général doit être assurée (par exemple par un rapport annuel rendu public) et les règles en matière de contrôle financier et d'audit peuvent lui être appliquées.
36. L'article 28 trouve le juste milieu entre ces deux aspects en établissant le cadre tant des pouvoirs que des obligations des autorités de contrôle. Selon le Contrôleur, les éléments énumérés à l'article 28 de la directive 95/46/CE sont des critères d'efficacité, à l'aune desquels il convient d'apprécier l'indépendance de l'autorité de contrôle de la protection des données.
37. D'une part, l'article 28 recense toute une série de pouvoirs de décision et d'exécution, par exemple des pouvoirs de consultation et d'investigation, des pouvoirs effectifs d'intervention, et des pouvoirs d'ester en justice et de connaître des réclamations, que chaque autorité peut exercer sur son territoire national. D'autre part, il dispose que les décisions de l'autorité de contrôle peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel et il impose aux autorités de contrôle d'établir un rapport d'activité à intervalles réguliers. Cet équilibre entre totale indépendance et obligation de rendre des comptes est un élément essentiel de l'article 28: les restrictions imposées à l'indépendance ne devraient être acceptables que si elles sont strictement nécessaires pour exercer ce contrôle sur l'autorité indépendante et conformes aux dispositions de la directive elle-même.

²⁴ Voir le considérant 62 de la directive et, plus haut, le point 14.

38. Le Contrôleur soutient que le concept de totale indépendance n'implique pas seulement des "obligations négatives" pour les États membres, à savoir s'abstenir de prendre des mesures de nature à restreindre indûment l'indépendance des autorités de contrôle, mais aussi des "obligations positives", garantissant que les autorités puissent exercer, concrètement et effectivement, les pouvoirs qui leur sont conférés.
39. La mise en œuvre de ce concept devrait être examinée du point de vue d'une protection effective des données: il faut non seulement que l'indépendance des membres de l'autorité soit garantie, mais aussi que celle-ci dispose de moyens et de pouvoirs suffisants.

II.4 Un exemple: l'indépendance telle qu'elle est prévue dans le règlement (CE) n° 45/2001

40. Le règlement (CE) n° 45/2001, instituant le Contrôleur, offre un exemple représentatif d'autorité de contrôle indépendante.
41. Il convient tout d'abord de faire observer que ce règlement n'est pas contraignant pour les États membres et qu'il n'est pas destiné à restreindre leur marge de manœuvre en ce qui concerne la transposition de la directive dans leur droit national. Ce point, confirmé par le considérant 36 du règlement, est une conséquence directe des principes de subsidiarité et de proportionnalité consacrés à l'article 5 du traité CE.
42. Le Contrôleur pense toutefois que le règlement n° 45/2001 est un bon exemple, qui devrait être pris en considération pour interpréter le concept d'indépendance. En fait, l'article 286 du traité CE impose au législateur, qui a adopté le règlement n° 45/2001, de rendre applicables aux institutions et organes communautaires les principes établis dans les actes communautaires relatifs à la protection des données à caractère personnel, notamment la directive²⁵.
43. Dans cette perspective, même si le Contrôleur admet volontiers que le contrôle de la protection des données peut être assuré par plus d'une autorité, il n'est pas d'accord avec l'argument avancé par l'Allemagne selon lequel, le Contrôleur étant compétent pour exercer un contrôle sur le secteur public, il n'y aurait pas d'analogie avec le cas d'espèce. Cela impliquerait que le concept de "totale indépendance" puisse être divisé en différentes sous-espèces d'indépendances ayant des sens différents en fonction des entités qui font l'objet du contrôle²⁶.
44. En outre, l'existence d'un lien entre les dispositions de la directive et celles du règlement n° 45/2001, en ce qui concerne la notion d'indépendance, a été confirmée dans l'ordonnance de la Cour de justice datée du 14 octobre, autorisant le Contrôleur à intervenir en l'espèce. En effet, le président de la Cour a reconnu dans son ordonnance que, en vertu du parallélisme entre ces dispositions, "(...) *la définition du concept juridique de "toute indépendance" retenue dans l'arrêt à*

²⁵ Ainsi que la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JO L 24 du 30.1.1998 (remplacée par la directive 2002/58/CE), qui n'est pas en rapport direct avec le cas d'espèce.

²⁶ Voir plus haut les points 23 à 25.

intervenir dans la présente affaire peut revêtir une importance fondamentale pour le statut du Contrôleur (...)"²⁷.

45. Le Contrôleur estime par conséquent que l'interprétation des dispositions de la directive qui concernent l'indépendance ne saurait faire abstraction des dispositions analogues du règlement n° 45/2001. Il faut en outre souligner que, dans le règlement n° 45/2001, le législateur a défini plus en détail les caractéristiques de l'autorité de contrôle de la protection des données concernée, à savoir le Contrôleur, en donnant une forme concrète aux dispositions de la directive, qui avaient été rédigées dans des termes plus généraux afin de laisser une certaine latitude pour sa mise en œuvre au niveau national.
46. Le législateur communautaire a institué une autorité *sui generis* qui présente, surtout d'un point de vue institutionnel, des caractéristiques uniques visant à garantir son indépendance: le Contrôleur et son adjoint sont nommés selon une procédure particulière et atypique, associant la Commission, le Parlement européen et le Conseil; ils sont sélectionnés parmi des personnes offrant toutes garanties d'indépendance; le Contrôleur ou l'adjoint ne peuvent être déclarés démissionnaires que par la Cour de justice, à la requête du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, si l'un d'eux ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou a commis une faute grave (article 42, paragraphe 5); le Contrôleur dispose de son propre secrétariat ainsi que d'un budget autonome garantissant les ressources humaines et financières nécessaires (article 43, paragraphes 3 et 4); il jouit de pouvoirs d'exécution étendus, concernant notamment le verrouillage du traitement des données à caractère personnel, l'accès aux informations pertinentes ainsi qu'aux installations des institutions, ainsi que du droit de saisir la Cour de justice ou d'intervenir devant elle (article 47).
47. Tous ces éléments ont un lien direct avec l'indépendance du Contrôleur, expressément réaffirmée à l'article 44: dans l'accomplissement de sa mission, le Contrôleur exerce ses fonctions en toute indépendance, ne sollicite ni n'accepte d'instructions de quiconque et s'abstient de tout acte incompatible avec ses fonctions, même après l'expiration de son mandat.
48. Ce tableau d'ensemble confirme que le législateur a spécifiquement veillé à garantir une totale indépendance dans le domaine de la protection des données au niveau de l'UE en choisissant délibérément, pour le Contrôleur, une structure institutionnelle sensiblement différente de celle d'autres modèles plus courants, par exemple les agences, qui se caractérisent généralement par le fait qu'elles ne sont pas totalement indépendantes de la Commission.
49. Ce faisant, le législateur a conféré au Contrôleur un statut en quelque sorte quasi judiciaire, comme le confirment notamment les similarités entre la procédure à suivre pour déclarer le Contrôleur démissionnaire et la procédure équivalente pour révoquer un juge de la Cour de justice. Parallèlement, le législateur a veillé à ce que le Contrôleur doive rendre des comptes à différents moments: nomination, rapports d'activité annuels, adoption annuelle d'un budget et contrôle juridique exercé par la Cour de justice.

²⁷

Point 18.

50. Dans cette perspective, l'expérience du Contrôleur confirme qu'une autorité de contrôle de la protection des données ne peut exercer ses fonctions en toute indépendance et, partant, accomplir effectivement les tâches qui lui sont confiées, que si la structure institutionnelle dont elle relève consacre cette indépendance et garantit que l'autorité puisse exercer effectivement ses pouvoirs, tout en étant tenue de rendre des comptes. En effet, si les pouvoirs d'exécution sont indispensables pour assurer la totale indépendance, l'exercice effectif de ces pouvoirs dans la pratique dépend, quant à lui, de la totale indépendance de l'institution.

II.5 Le principe essentiel: aucune influence extérieure n'est acceptable

51. L'indépendance ne peut être totale que si aucune influence extérieure ne pèse sur la prise de décision. Il convient de se situer à un point équidistant des intérêts en conflit et de rester à l'abri de toute sorte de suggestions, d'indications et de pressions extérieures, qu'elles soient manifestes ou dissimulées²⁸.
52. De par sa nature, cette exigence ne peut être respectée que si le concept de totale indépendance ne se limite pas à la stricte indépendance par rapport au responsable du traitement qui fait l'objet d'un contrôle. Selon le Contrôleur, l'indépendance ne peut être totale que lorsque le processus décisionnel est à l'abri non seulement des influences directes exercées par le responsable du traitement qui fait l'objet du contrôle, mais aussi des influences indirectes exercées par d'autres intervenants.
53. Le premier argument à l'appui de cette affirmation concerne les pouvoirs conférés à l'autorité de contrôle. En vertu de l'article 28, paragraphe 3, de la directive, l'autorité devrait disposer de pouvoirs d'investigation, de pouvoirs effectifs d'intervention et du pouvoir d'ester en justice. Ces pouvoirs peuvent être qualifiés de quasi judiciaires (voir plus haut, le point 29), puisqu'ils sont conçus pour assurer la protection juridique du citoyen, et être considérés comme des pouvoirs d'exécution, les autorités ayant à garantir le respect de la législation en matière de protection des données.
54. Ces deux types de pouvoirs impliquent essentiellement que l'ensemble des autorités de contrôle devraient disposer de pouvoirs décisionnels afin de garantir le droit des individus à la protection des données à caractère personnel. Les décisions ainsi rendues ont un effet de droit pour les personnes concernées ainsi que pour le responsable du traitement qui fait l'objet du contrôle. Conformément à l'article 28, paragraphe 1, de la directive, ces décisions doivent être prises en toute indépendance.
55. Le deuxième argument concerne la portée de ces pouvoirs, qui ne se limite pas à la faculté de trancher des conflits dans des cas précis. En particulier, l'exercice des pouvoirs d'exécution pourrait avoir un impact plus large. Les autorités disposent d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le moment et la manière de les exercer et, lorsqu'elles le font, elles influent sur le degré de respect de la législation en matière de protection des données. Par conséquent, il se peut que l'exercice de ces pouvoirs n'affecte pas seulement le responsable du traitement qui fait l'objet du contrôle, mais aussi des tiers ou la société en général.

²⁸ Ces termes ont été appliqués aux organes judiciaires par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions concernant l'affaire C-17/00, Rec. 2001, p. I-9445.

56. Le troisième argument concerne l'exercice effectif de ces pouvoirs, qui nécessite des pouvoirs discrétionnaires en matière de stratégie et de priorités, pour que l'autorité détermine si elle exerce ses pouvoirs décisionnels, et de quelle manière. Des décisions doivent être prises sur la façon la plus efficace d'effectuer les tâches et d'allouer des ressources limitées. De telles décisions peuvent avoir une incidence notable sur les organisations susceptibles de faire l'objet d'un contrôle. Ce point est d'autant plus important que les autorités de contrôle n'agissent pas seulement lorsqu'elles sont sollicitées (par exemple à la suite d'une réclamation), mais aussi de leur propre initiative.
57. Ceci nous amène à examiner la question de la détermination de l'indépendance des autorités de contrôle. Le Contrôleur distingue trois types d'indépendance: par rapport au responsable du traitement des données qui est contrôlé, par rapport au gouvernement en tant que responsable politique, et par rapport à l'autorité de nomination.
58. Le premier type d'indépendance, qui n'appelle pas d'explication, n'est pas contesté par la partie défenderesse. En l'espèce, la Cour doit décider si la totale indépendance va au-delà de l'indépendance par rapport au responsable du traitement des données qui est contrôlé et comprend l'indépendance par rapport au gouvernement en tant que responsable politique et l'indépendance par rapport à l'autorité de nomination.
59. En ce qui concerne l'indépendance par rapport au gouvernement en tant que responsable politique, plusieurs raisons justifient qu'elle soit visée par l'article 28, paragraphe 1:
- a) aucune influence politique sur le contenu de la décision ne peut être acceptée. Un débat politique sur les décisions individuelles à l'égard de particuliers, ainsi que sur la stratégie et les priorités, devrait être évité. Il ne serait pas compatible avec le droit communautaire que des décisions prises dans des cas individuels soient soumises à une approbation (préalable) dans le domaine politique;
 - b) cette incompatibilité est d'autant plus manifeste que l'autorité qui statue dans des cas individuels dispose d'une large marge d'appréciation. À cet égard, le Contrôleur souligne que les dispositions législatives relatives à la protection des données comprennent un certain nombre de normes ouvertes (relatives notamment à la qualité des données, à la proportionnalité, à la limitation des finalités). Le recours à cette marge d'appréciation ne devrait être soumis qu'au contrôle juridictionnel, et non au contrôle politique²⁹;
 - c) l'allocation de ressources limitées (budget, personnel, logement, outils informatiques) ne doit pas dépendre d'autres priorités politiques valables à un moment donné ou à un endroit donné. L'indépendance présuppose l'effectivité de la protection des données (voir le point 56);
 - d) le gouvernement peut être une partie intéressée lorsque le traitement est effectué par une organisation privée, car il y participe ou pourrait y participer. Tel peut être le cas lorsque les données sont traitées dans le cadre d'un partenariat public-privé ou lorsque le gouvernement sous-traite avec le secteur privé. Le Contrôleur fait observer que c'est également pour ces raisons que le public et le privé ne peuvent pas être entièrement distingués (voir aussi les points 23 à 25);

²⁹ Voir à cet égard aussi les points 66 et 72.

- e) le gouvernement peut avoir un intérêt particulier s'il a besoin d'accéder à des bases de données pour accomplir ses tâches. Tel peut être le cas lorsque les autorités fiscales demandent à accéder à des données à caractère personnel du secteur financier; l'accès à des données à caractère personnel à des fins répressives constitue un autre exemple. Le Contrôleur renvoie dans ce contexte à la directive 2006/24/CE sur la conservation des données³⁰, qui oblige les fournisseurs de services à conserver certaines données concernant les télécommunications et autorise les services répressifs des États membres à y accéder dans certaines conditions. Le contrôle devrait avoir lieu quel que soit l'intérêt que pourrait avoir le gouvernement à accéder aux données;
 - f) un intérêt plus indirect du gouvernement est l'intérêt économique: il pourrait être intéressant, pour des raisons économiques, de ne pas être trop strict en ce qui concerne le respect de la législation relative à la protection des données par certaines sociétés. Celles-ci pourraient en effet se plaindre des charges administratives qu'entraîne la protection des données, et même tenir compte de ces charges pour décider d'investir dans un pays ou une région.
60. Le troisième type d'indépendance s'exerce par rapport à l'autorité de nomination. Elle se justifie à nouveau essentiellement par le fait qu'aucune influence sur le fond des décisions relatives à des cas individuels ne peut être acceptée - que ce soit directement ou indirectement. L'indépendance totale implique que:
- a) la procédure de nomination soit suffisamment transparente et comporte des garanties assurant que les personnes sélectionnées pour être membres de l'autorité exercent leurs fonctions de manière indépendante;
 - b) l'autorité (ou les autorités) de nomination s'abstienne(nt) d'influencer l'autorité de contrôle après l'avoir nommée. L'autorité de nomination procède aux nominations, mais elle doit ensuite respecter l'indépendance des personnes nommées.
61. En ce qui concerne la procédure de nomination, le Contrôleur fait observer que la directive prévoit qu'il appartient entièrement au législateur national de la réglementer. Il s'agit d'un choix logique du législateur communautaire, car cette procédure dépend de l'organisation interne et des prescriptions constitutionnelles des États membres. Par exemple, dans certains États membres, l'autorité de contrôle sera nommée par le pouvoir exécutif, et dans d'autres, par le parlement. Toutefois, cette procédure doit être organisée de telle sorte qu'elle permette à l'autorité d'agir effectivement en toute indépendance, comme l'exige l'article 28.
62. Après sa désignation, l'autorité de contrôle doit agir en toute indépendance par rapport à l'autorité de nomination, et c'est la législation nationale qui doit prévoir les garanties nécessaires à cet effet. En d'autres termes, la situation juridique des membres de l'autorité doit être assurée (désignation pour une période raisonnable, rémunération adéquate, protections contre le licenciement), et l'organisation doit disposer de ressources suffisantes et ne pas dépendre d'instructions externes.
63. Toutefois, l'indépendance par rapport à l'autorité de nomination ne signifie pas que la directive interdit que l'autorité de contrôle ait des comptes à rendre à l'autorité de

³⁰ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13.4.2006, p. 54.

nomination. Cette responsabilité est également nécessaire pour garantir l'effectivité des activités de l'autorité de contrôle. Par exemple, l'article 28, paragraphe 5, prévoit que l'autorité de contrôle établit à intervalles réguliers un rapport sur son activité; la directive autorise que ce rapport soit adressé à l'autorité de nomination, qui l'examine par la suite (et formule ainsi un avis ultérieur sur les activités de l'autorité de contrôle).

64. Cette indépendance n'implique pas non plus que les membres de l'autorité de contrôle ne peuvent en aucun cas être licenciés, par exemple s'ils n'agissent pas en toute indépendance ou si, pour d'autres motifs, l'autorité ne remplit pas sa mission. Toutefois, le licenciement ne devrait être fondé que sur des motifs exceptionnels, sans aucun rapport avec le contenu de la décision prise, et être soumis à un contrôle juridictionnel à part entière.
65. Enfin, rien ne s'oppose à ce que l'autorité de nomination soit responsable des ressources dont dispose l'autorité de contrôle, à condition que des garanties suffisantes soient prévues pour l'empêcher d'exercer une influence indirecte sur le fond des décisions prises.

II.6 Conditions et garanties minimales d'indépendance

66. Compte tenu de ce qui précède, le Contrôleur estime que la mise en œuvre du concept "en toute indépendance" nécessite le respect de conditions et de garanties minimales:
 - a) en règle générale, il faut s'assurer que les décisions - au sens visé aux points 51 à 56, qui comprend les décisions en matière de stratégie et de priorités - sont prises en toute autonomie, à savoir que l'autorité "ne sollicite ni n'accepte d'instructions de quiconque"³¹. Le Contrôleur souligne qu'il n'est pas possible d'agir de manière indépendante sans disposer d'une structure organisationnelle indépendante;
 - b) afin de garantir pleinement l'indépendance par rapport au gouvernement en tant que responsable politique, aucun recours devant un organe administratif ne peut être prévu; les recours ne peuvent être portés que devant des tribunaux au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 234 du traité CE ("juridiction"). Les décisions prises par l'autorité dans l'exercice de ses pouvoirs quasi-juridictionnels et de ses pouvoirs répressifs ne peuvent faire l'objet que d'un recours juridictionnel, comme le précise également l'article 28, paragraphe 3, de la directive;
 - c) afin de garantir pleinement l'indépendance par rapport à l'autorité de nomination, des conditions et des garanties minimales devraient s'appliquer à la nomination, à l'exercice des fonctions et au licenciement des membres de l'autorité. Pour la même raison, des conditions et des garanties minimales sont nécessaires pour garantir que le budget et le personnel soient suffisants et indépendants et pour assurer l'indépendance organisationnelle.

³¹ Libellé de l'article 44, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001.

III LA SITUATION EN ALLEMAGNE

III.1 Les trois types de contrôle exercés sur les autorités chargées de la protection des données

67. Dans la présente partie, le Contrôleur va examiner brièvement la mise en œuvre de l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE en droit allemand, dans la mesure où elle relève de la présente procédure devant la Cour. Le Contrôleur souscrit pleinement aux conclusions de la Commission selon lesquelles le système allemand, qui prévoit que les autorités de contrôle sont soumises à la tutelle ("Aufsicht") du gouvernement de l'État ("Land"), est contraire à la directive.
68. Le système allemand reconnaît trois types de tutelle de l'État : la "tutelle de la légalité" ("Rechtsaufsicht"), la "tutelle de fond" ("Fachaufsicht") et la "tutelle de service" ("Dienstaufsicht")³².
69. La tutelle de la légalité permet au gouvernement de l'État de contrôler la légalité des décisions prises par l'autorité de contrôle chargée de la protection des données. La tutelle de fond englobe la tutelle de la légalité et va au-delà de celle-ci en accordant au gouvernement de l'État le pouvoir de contrôler la teneur "politique" des décisions prises par l'autorité de contrôle. Si la tutelle de la légalité et la tutelle de fond sont applicables, l'autorité de contrôle est liée par le point de vue du gouvernement. Le Contrôleur fait observer que la tutelle de la légalité et la tutelle de fond seront en pratique difficiles à distinguer, puisque l'exercice de pouvoirs de décision comporte nécessairement une large marge d'appréciation³³.
70. La troisième forme de tutelle, à savoir la tutelle de service, porte sur les décisions relatives à l'organisation de l'autorité de contrôle. Par exemple, les missions et les demandes de congé sont soumises à l'approbation du gouvernement de l'État. Dans les Länder allemands, et pour autant que le contrôle concerne le secteur privé, toutes les autorités de contrôle sont soumises à une tutelle de service, associée soit à une tutelle de la légalité, soit à une tutelle de fond.
71. Il est évident, au moins en ce qui concerne la tutelle de la légalité et la tutelle de fond, que les conditions énoncées au point 66 ci-dessus ne sont pas remplies, et que ces formes de tutelle sont manifestement incompatibles avec la directive. En résumé, les autorités de contrôle ne peuvent agir en toute indépendance puisque leurs décisions peuvent être annulées, voire même remplacées, par des décisions de l'autorité de tutelle.
72. Au point 50 du mémoire en défense, la partie défenderesse soutient que la tutelle de la légalité est nécessaire pour contrôler l'exercice de pouvoirs étatiques par l'autorité de contrôle à l'égard des particuliers concernés; elle allègue que la tutelle de la légalité protège les droits des citoyens. Le Contrôleur convient que l'État de droit exige que la légalité des décisions des autorités de contrôle puisse être contrôlée, ce qui sert à l'évidence l'intérêt des citoyens et du public en général. Cette exigence doit également être considérée comme un élément important de la protection des données. Toutefois, le contrôle de la légalité doit être effectué par

³² Le Contrôleur renvoie aux points 8 à 14 de la requête de la Commission pour une description plus détaillée des trois types de tutelle.

³³ Voir le point 59.

une autorité qui est elle-même indépendante. C'est précisément la raison pour laquelle l'article 28, paragraphe 3, de la directive dispose que les décisions des autorités de contrôle "peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel". Or, les autorités allemandes responsables de la tutelle de la légalité ne sauraient manifestement pas être considérées comme des juridictions.

73. En outre, le système de la tutelle de service menace manifestement l'indépendance organisationnelle des autorités de contrôle. À cet égard, le Contrôleur entend souligner, sans pour autant négliger la nécessité d'arrêter des modalités pratiques qui contribuent à rendre effectifs la protection des données et le contrôle, que le niveau d'indépendance le plus élevé possible doit être garanti. Même si la tutelle de service ne porte pas directement sur les décisions de fond, elle peut en réalité exercer une influence indirecte sur le processus de décision. Comme indiqué précédemment, l'allocation de ressources limitées (budget, personnel, logement, outils informatiques) ne doit pas dépendre d'autres priorités politiques valables à un moment donné ou à un endroit donné (voir aussi le point 59).
74. Si, par exemple, l'autorité de contrôle est subordonnée à la tutelle de service du ministère de l'intérieur et si les ressources sont limitées, le ministère de l'intérieur pourrait éventuellement abuser de la tutelle de service qu'il exerce pour faire valoir des intérêts contraires à ceux de la protection des données. À titre d'illustration, en cas de manifestation publique de grande ampleur, le ministère de l'intérieur doit, d'une part, assurer la sécurité publique, et d'autre part, allouer des moyens administratifs à l'autorité de contrôle chargée de surveiller le respect des règles relatives à la protection des données au cours de cette manifestation³⁴. Tandis qu'il est dans l'intérêt du ministère de recevoir des informations détaillées sur les personnes qui participent à cette manifestation, ce dernier doit également administrer l'autorité chargée de surveiller le traitement des données à caractère personnel dans ce contexte.

III.2 Contraintes constitutionnelles d'ordre interne

75. La partie défenderesse prétend, au point 49 de son mémoire en défense, que le principe de la démocratie, consacré à l'article 20, paragraphe 2, et à l'article 28, paragraphe 1, de la constitution allemande, exige que tout exercice de pouvoirs étatiques soit soumis au contrôle d'un ministère afin de garantir un contrôle exhaustif exercé par le parlement. La Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfG) a confirmé ce principe, également connu sous le nom du principe du "*Verbot ministerialfreier Räume*"³⁵.
76. Le Contrôleur entend confirmer, comme l'a soutenu la Commission au point 69 de la requête, que l'effet d'une mesure communautaire dans un État membre ne peut être affecté par des allégations selon lesquelles elle serait contraire aux principes d'une structure constitutionnelle nationale. La Commission invoque à juste titre la primauté du droit communautaire.
77. Le Contrôleur souhaite en outre faire observer que la Cour constitutionnelle fédérale a estimé qu'il était possible de déroger au principe du "*Verbot*

³⁴ Également dans le secteur privé. À titre d'exemple récent, on peut citer les traitements concernant les tickets dans le cadre de la coupe du monde de football de 2006 en Allemagne, où les préoccupations de sécurité ont aussi été prises en considération.

³⁵ BVerfGE 9, 268, 281.

ministerialfreier Räume" si cela est nécessaire pour la protection d'un droit constitutionnel³⁶. Le droit à la protection des données constitue un droit de ce type, comme l'a confirmé la Cour constitutionnelle fédérale lorsqu'elle a estimé que, conformément aux articles 1^{er} et 2 de la constitution allemande, un particulier est habilité à décider par lui-même, sur le fondement de l'idée d'auto-détermination, quand et dans quelles limites des faits relatifs à sa vie personnelle peuvent être divulgués³⁷. Dans le même arrêt, la Cour constitutionnelle fédérale a mentionné expressément la nécessité de disposer d'autorités indépendantes pour garantir effectivement le droit à l'auto-détermination en matière d'information³⁸.

78. Il ressort de la pratique suivie en Allemagne que le principe du "*Verbot ministerialfreier Räume*" ne conduit pas systématiquement à l'application du système actuel des tutelles de la légalité, de fond et de service: il existe des autorités totalement indépendantes, ou qui jouissent d'une grande indépendance. À titre d'exemples, on peut citer - comme l'a fait la Commission - la Banque centrale allemande (*Deutsche Bundesbank*) et l'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt*)³⁹. Par ailleurs, le Comité de vérification environnementale (*Umweltgutachterausschuss*) jouit d'une "totale indépendance", au sens où il n'est lié par aucune instruction des ministres. L'autorité fédérale de surveillance des médias présentant un danger pour la jeunesse (*Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien*) est aussi totalement indépendante et ses membres ne sont soumis à aucune instruction⁴⁰. Le principal argument de la partie défenderesse à cet égard est que ces autorités ne sont pas directement comparables aux autorités de contrôle. Il se peut que ce soit le cas, mais cela n'empêche pas pour autant que d'autres formes d'indépendance existent et, par ailleurs, que la protection effective des données nécessite un contrôle exercé en toute indépendance par des autorités chargées de la protection des données.
79. Enfin, le Contrôleur souhaite ajouter que le respect de l'obligation de rendre des comptes peut être assuré par d'autres moyens, qui ne portent pas atteinte à l'indépendance des autorités chargées de la protection des données. Comme indiqué précédemment, cette obligation est, dans un État de droit, est un élément essentiel de l'indépendance, mais elle n'exige pas qu'une supervision soit effectuée par des autorités administratives.

³⁶ Bizer: Unabhängige Datenschutzkontrolle, DuD 1997, 481f. La Cour constitutionnelle fédérale a confirmé ce principe dans le cas où l'autorité est responsable de la vérification de contenus susceptibles de porter atteinte à des mineurs (Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften - autorité fédérale de surveillance des publications présentant un danger pour la jeunesse). Voir BVerfGE 83, 110.

³⁷ BVerfGE 65, I (154) - traduction du Contrôleur.

³⁸ BVerfGE 65, I (46) "die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter (ist) von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung". (La participation de responsables de la protection des données indépendants (revêt) une importance considérable pour une protection effective du droit à l'auto-détermination en matière d'information - traduction du Contrôleur).

³⁹ Voir point 22 de la déclaration de la Commission du 12 décembre 2006; l'indépendance de la Banque centrale allemande est garantie par l'article 12 de la loi relative à la Banque centrale allemande (*Gesetz über die Bundesbank*); pour l'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt*), voir l'article 51, paragraphe 1 de la loi relative aux restrictions de concurrence (*Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen*).

⁴⁰ Article 6 de la loi relative aux systèmes de management environnemental et d'audit (*Umweltgesetz*) et article 19, paragraphe 4, de la loi sur la protection de la jeunesse (*Jugendschutzgesetz*).

IV CONCLUSION

80. Le Contrôleur européen de la protection des données demande qu'il plaise à la Cour de déclarer que l'expression "en toute indépendance" utilisée à l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE comporte trois éléments, à savoir: l'indépendance par rapport à l'autorité investie du pouvoir de nomination, l'indépendance par rapport aux responsables politiques et l'indépendance par rapport à l'entité contrôlée.

81. En outre, le Contrôleur demande qu'il plaise à la Cour de déclarer que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 95/46/CE, en soumettant à la tutelle de l'État les autorités de contrôle responsables de la surveillance du traitement des données dans le secteur privé dans les Länder allemands, et en transposant ainsi de façon erronée l'exigence de selon laquelle les autorités de contrôle chargées de la protection des données doivent agir "en toute indépendance".

Hielke HIJMANS

Alfonso SCIROCCO