



Strasbourg, le 21 June / juin 2012

CDDH(2012)R75 Addendum II

**STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS
(CDDH)**

**COMITE DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME
(CDDH)**

**Reply of the CDDH following the request of the T-PD Bureau concerning the
modernisation of the Convention for data protection (STCE 108)**

**Réponse du CDDH suite à la demande du Bureau du T-PD concernant la
modernisation de la Convention pour la protection des données (STCE 108)**

Introduction :

The Bureau of the T-PD asked the CDDH to formulate possible comments concerning its proposals for the modernisation of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (CETS 108).

At its 75th meeting (19-22 June 2012), the CDDH adopted the reply appearing hereafter. It includes in particular the opinion prepared by its Committee of Bioethics (DH-BIO) concerning the genetic data and the biometric data.

- Reply of the CDDH3
- Opinion from DH-BIO..... 4

S'agissant des propositions qu'il a faites pour moderniser la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, (STCE 108), le Bureau du T-PD a demandé au CDDH de formuler des commentaires éventuels.

Lors de sa 75^e réunion (19-22 juin 2012), le CDDH a adopté la réponse figurant ci-après. Elle contient notamment l'avis préparé par son Comité de Bioéthique (DH-BIO) concernant plus particulièrement les données génétiques et les données biométriques.

- Réponse du CDDH14
- Avis du DH-BIO..... 15

Reply of the CDDH on the document of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD) entitled “Modernisation of Convention 108: new proposals”.

1. The Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (CETS No. 108, hereinafter “the Convention”) is currently undergoing a modernisation process. The Steering Committee for Human Rights (CDDH) has been asked by the Bureau of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD) to give its opinion on the proposals regarding that modernisation as contained in document T-PD-BUR(2012)01REV2.

2. The CDDH welcomes the envisaged modernisation of the Convention. It was the first legally binding international instrument in the data protection field, and it is still regarded as a worldwide standard in this regard. Therefore, it is important that its relevance and effectiveness are preserved and that the Convention is being properly adjusted to technological change which brings with it the increasing transfer and accumulation of data in a globalised world. The importance of the current modernisation process is further highlighted by the fact that the Convention is an exemplary human rights standard by the Council of Europe which may be applied and implemented beyond the European continent.

3. When reviewing the Convention, the CDDH recommends to maintain the principle-based approach which forms the basis of the text, and to avoid being unnecessarily prescriptive. Moreover, coherence with the relevant law or legal proposals of the European Union should also be considered¹. As regards the preamble to the Convention, it is proposed that it should also address the right of access to official documents, bearing in mind the Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205).

4. Where they seek to achieve the same objectives, the CDDH recommends to bring the provisions in the Convention in line with the relevant provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR). This is particularly notable in respect of the proposed draft Article 6 (1) concerning the processing of sensitive data, which appears to be seeking to achieve the same broad drafting objective as in Article 14 ECHR. It appears in particular somewhat unclear in Article 6 (1) why sub-paragraphs (a) and (b) present two exhaustive lists of types of sensitive data, given the general condition that follows in sub-paragraph (c). It is therefore suggested to construct this paragraph as in Article 14 ECHR, in which a general test (“on any ground”) is followed by a non-exhaustive list of examples. This could be drafted as follows:

¹ See e.g. the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data ((General Data Protection Regulation) (COM(2012) 11 final - 2012/0011 (COD)) and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data ((COM(2012) 10 final - 2012/0010 (COD))).

“The processing of certain categories of personal data shall be prohibited where their processing presents a serious risk to the interests, rights and fundamental freedoms of the data subject, notably a risk of discrimination. Such data might include that which is sensitive by its nature, such as certain genetic data, data related to health or sexual life, data related to criminal offences or convictions, or security measures; or data which are sensitive by the use made of them, for example biometric data, data whose processing reveals racial origin, political opinions [or trade-union membership] or religious or other beliefs.”

5. Likewise, the CDDH would like to stress the importance of using the opportunity of the revision of the Convention to eliminate any divergence between Article 9 [“Exceptions and restrictions”] of the Convention and the limitations contained in the provisions of the ECHR. Therefore, it welcomes the proposed introduction of the term “prevention” to the hitherto expression “the suppression of criminal offences”, in order to bring it in line with e.g. Article 8 ECHR which refers to “the prevention of crime or disorder”. Given that the Convention can be seen as an implementation of the right to control one’s private data under Article 8 ECHR, it would also be consistent for these exceptions to be drafted analogously to the ECHR.

6. The CDDH queries whether it is appropriate to include certain definitions in the explanatory memorandum to the Convention rather than in the body of the Convention text itself.

7. Finally, the modernisation process should bear in mind several ongoing processes on genetic and biometric data. The Committee on Bioethics (DH-BIO) has prepared an opinion on this issue at its 1st meeting (19-22 June 2012). It appears hereafter.

Opinion from DH-BIO on genetics data and biometrics data

In May 2012, via the Steering Committee for Human Rights (CDDH), the Bureau of the Consultative committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (T-PD) asked the Committee on Bioethics (DH-BIO) to provide an opinion on its document entitled “Modernisation of Convention 108: new proposals”, in particular on genetics data and biometrics data.

This document was adopted by the DH-BIO at its 1st plenary meeting (19-22 June 2012). **It is important to note that the object of this document is not to present settled positions, but rather observations intended to further the reflection pursued by the T-PD in the context of the scheme to modernise the Convention on Data Protection.**

These observations, and in particular, those related to genetic data, are made in the light of discussions held by the DH-BIO in the framework of elaboration of the Additional

Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning genetic testing for health purposes.

These observations relate primarily to the concept of genetic and biometric data, and on whether or not they may be considered sensitive data. In analysing these concepts, the DH-BIO took into account the definitions contained in the T-PD document and in the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012) 11 final - 2012/0011 (COD))² and in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data (COM(2012) 10 final - 2012/0010 (COD))³, and bearing in mind their very close similarity and with a view, as far as possible, to ensuring a harmonised approach to these concepts at European level (**The relevant articles of the Regulation and Directive proposals appear in Appendix I to the present opinion**).

I. Genetic data

A. Definitions

Draft Convention – part of the Explanatory Report relating to Article 6
“genetic data” means all data concerning the hereditary characteristics of an individual or characteristics acquired during early prenatal development.

Draft Regulation

Article 4

Definitions

For the purposes of this Regulation:

(...) “genetic data” means all data, of whatever type, concerning the characteristics of an individual which are inherited or acquired during early prenatal development.

Draft Directive

Article 3

Definitions

For the purposes of this Directive:

(...) “genetic data” means all data, of whatever type, concerning the characteristics of an individual which are inherited or acquired during early prenatal development.

B. Analysis of the definition

² http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:EN:PDF>

What the definition covers:

1. The definition is at the very least ambiguous as it can be interpreted as including all inherited characteristics, i.e. not only genetic characteristics proper but also phenotype characteristics such as size and the colour of eyes or hair⁴.
2. Moreover, the expression “concerning the hereditary characteristics” in the explanatory report to the draft Convention leaves a comparatively broad margin of interpretation as to the link between the data and these genetic characteristics. The question could thus arise whether the family history in particular would be covered by this definition.
3. This ambiguity applies to both the draft Regulation and the draft Directive, and to the proposals for revising Convention 108.
4. In order to remove this ambiguity, the following wording, based on that of Article 2 of the Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes, may be proposed:

“genetic data” means all data relating to the genetic characteristics of an individual which have been either inherited or acquired during early prenatal development as they result from an analysis of a biological sample from the individual in question: chromosomal, DNA or RNA analysis or analysis of any other element enabling equivalent information to be obtained.

What the definition does not cover:

5. The definition solely refers to the “hereditary characteristics of an individual or characteristics acquired during early prenatal development”⁵. The genetic modifications

⁴ See the comments by the UK Government to the draft Directive, which has a similar focus:

Comments by the UK House of Commons :

7.21 The Government will need to consider further some of the definitions contained in the proposal, including ... the new definition of genetic data (Article 4(10)). Whilst genetic data is given a higher level of protection because of being included in the special categories of personal data at Article 9(1), there is a possibility that the definition could extend to a wide range of hereditary information such as height or hair colour, which would arguably not merit further protection. The definition of health data to include information relating to "the provision of health services" is also potentially drafted too widely, and would appear to encompass, for example, addresses, appointment times and home phone numbers.

⁵ Without going into details, it should be noted that the genetic characteristics that an individual has inherited or acquired at an early stage of prenatal development may involve both coding and non-coding sequences of DNA. The analysis of non-coding sequences is used primarily for identification (genetic measurements).

Genetic analysis of a biological sample from an individual can yield information on the genetic characteristics of this person that:

- have already expressed themselves in this person: for example, those determining eye color, or those related to a disease whose symptoms are already present in the person concerned;
- have not yet expressed themselves, for example, mutations involved in the development of a disease that did not manifest itself when the analysis was performed. The results of the analysis may then have a predictive dimension related to a future state of health of the person concerned.

acquired during lifetime by only certain somatic cells due for example to external factors in the environment, are therefore not covered (e.g. cells specific mutations found in cancer tumours).

C. Legal framework applicable to genetic data

Draft Convention

Article 6 – Processing of sensitive data

1 The processing of certain categories of personal data shall be prohibited, whether such data are sensitive:

*a. by their nature, namely **genetic data**, data related to health or sexual life, data related to criminal offences or convictions, or security measures;*

(...)

2 Such data may nevertheless be processed where domestic law provides appropriate safeguards.

(Draft Regulation and draft Directive: see Appendix I to the present document)

6. Once the term genetic data has been defined, the next question is whether genetic data as such should be considered to be sensitive data. In this connection, account should be taken of the fact that some genetic data can be health-related; these would therefore be sensitive because of their link to health. Other genetic data non-related to health can be used for identification of an individual. They could thus come within the category of genetic data as well as that of biometric data. If so, and subject to what is said below about the status of biometric data, they would be sensitive. However, if these two categories should not be subject to the same legal framework, as seems to be the case in the draft Regulation and draft Directive, clarification regarding the rules applicable would be necessary.

7. But what about genetic data that were not health-related or which were not used in biometrics? The question then arises whether there are grounds for all genetic data to be subject to special rules. In this respect, some delegations would prefer to identify criteria making it possible to determine which genetic data are sensitive. Data relevant to the most intimate part of private life as well as those presenting a serious risk of discrimination were referred to in this context. The likelihood of any of a person's genetic data being shared with other members of his/her biological family may also be something to consider in the reflection on this question.

II. Biometric data

A. Definitions

Draft Convention – part of the Explanatory Report relating to Article 6
"biometric data" means all data concerning the physical, biological or physiological characteristics of an individual that allow his/her unique identification.

Draft Regulation

Article 4

Definitions

For the purposes of this Regulation:

(...) 'biometric data' means any data relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of an individual which allow their unique identification, such as facial images, or dactyloscopic data.

Draft Directive

Article 3

Definitions

For the purposes of this Directive:

(...) 'biometric data' means any data relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of an individual which allow their unique identification, such as facial images, or dactyloscopic data.

B. Analysis of the definition

The definition covers:

8. The question arises, primarily, whether these data, if taken separately, could be used to identify an individual, or whether it could be used for this purpose in alliance with other data. This point should be clarified.

9. It should be further noted that many data classed as biometric according to the definition, such as photos or audio or video recordings, are ordinary personal data which, in a large number of cases, will undergo ordinary processing (private exchanges of photos or videos, archiving or publication by a newspaper...).

10. This type of ordinary processing does not seem to require the application of specific legal rules.

11. Actually, all that could be brought under specific legal rules are particular types of processing that may be termed biometric in the strict sense.

12. In biometric processing, data are analysed and then compared to a series of reference parameters (fingerprint measurements, various facial measurements, etc.). Data resulting from such analysis and the reference parameters may be called biometric data in the true sense (unlike ordinary personal data, data resulting from the analysis and those constituting biometric parameters could be amenable to specific rules).

13. To put this in a different way, it would seem that in many cases what should be termed biometric is not the initial data, but rather the specific technical processing operations applied to these data and the resulting data.

14. This distinction is not purely semantic, but has precise legal implications: thus, where ordinary personal data are concerned, they should not be designated as sensitive in themselves; only a certain use of such data would be sensitive.

15. The following wording might be considered:

“Biometric data” means all data concerning the physical, biological or physiological characteristics of an individual ~~which~~ **specific technical processing of which** [allows] [contributes to] ~~his/her~~ **the unique identification of the latter”**.

16. The following alternative (and perhaps more accurate) wording might also be considered:

“Biometric data” means all data **resulting from a specific technical processing** of data concerning the physical, biological or physiological characteristics of an individual which [allows] [contributes to] the unique identification of the latter.

17. A third remark concerns the degree of certainty in the identification of a person. The definitions in the various drafts mention unique identification. While certain kinds of biometric processing, such as analysis of a fingerprint or of the iris, permit unique identification, other types of technical processing might not afford the same level of certainty. If for example not all of a fingerprint is available, or a video or audio image is of lower quality, to arrive at a sufficiently accurate identification it may prove necessary to associate the analysis of these data with other data. It is also possible that, with the use of biometry becoming widespread, not every use warrants the fairly expensive recourse to highly sophisticated processes permitting unique identification, but that approximate identification may suffice.

18. Another remark concerns those characteristics designated in the Community drafts as “behavioural characteristics”, a term not appearing in the T-PD draft. This term seems to refer to characteristics such as gait, voice, keystroke analysis, etc. One may take it that the term “behavioural” could have appeared inadequate for designating this type of characteristics; however, care should be taken that the definition also embraces this type of characteristics, otherwise a discrepancy regarding them would be created; the explanatory report could be helpful in this connection.

19. Lastly, it is interesting to note that the Community drafts place the definitions in the actual body of the text whereas in the T-PD draft these definitions appear in the explanatory report. Each of these solutions seems to have its own advantages, whether in terms of legal certainty or of flexibility.

C. **Legal framework applicable to biometric data**

Draft Convention**Article 6 – Processing of sensitive data**

1 The processing of certain categories of personal data shall be prohibited, whether such data are sensitive:

(...)

*b. by the use made of them, namely **biometric data**, data whose processing reveals racial origin, political opinions [or trade-union membership], religious or other beliefs, or;*

(...)

2 Such data may nevertheless be processed where domestic law provides appropriate safeguards.

20. In the T-PD text, biometric data are classed as generally sensitive; hence their processing is prohibited and only by derogation does their processing become lawful. In so far as the concept of biometric data encompasses a very large number of “ordinary” personal data most of which will undergo “ordinary” processing, one may enquire whether the regulatory arrangement that consists in classing biometric data as sensitive, generally prohibiting the processing thereof and permitting only specific processing operations for them by way of an exception, is really the most appropriate.

21. An alternative approach would be to target not “biometric data” but biometric processing (or certain types of biometric processing) of personal data.

22. Here it is interesting to note that the Community draft Regulation (Article 33, see Appendix) does not seem to prescribe precise controls for biometric data at the outset; rather, it lays down a procedure for evaluating biometric processing operations. This approach seems to take account equally of the variety and the evolutiveness of uses of these data.

23. Whichever approach is chosen, presumably the use of biometric methods is bound to become general, even commonplace. In that perspective, close attention could be paid to the identification of hazards inherent in each type of biometric use. For example, general availability of what are often highly decentralised databases containing personal biometric parameters might entail an increased risk of identity usurpation. It would be appropriate for storage of these biometric parameters to fulfil conditions of security that are sufficient not to occasion further insecurity.

24. In this context, the globalisation of biometrics, the internationalisation of service providers and on-line biometric processing constitute major challenges.

III. Additional remark

25. Other provisions of the project of modernisation of Convention ETS No 108 would require more thorough discussion/examination. This is the case of provisions which could apply in the field of biomedical research or e-health. The DH-BIO would be pleased to contribute, within its field of competence, to this examination/discussion.

APPENDIX I**Relevant articles for the draft Regulation and draft Directive**1. Legal framework applicable to genetic data**Draft Regulation:**

Article 9

Processing of special categories of personal data

1. *The processing of personal data, revealing race or ethnic origin, political opinions, religion or beliefs, trade-union membership, and the processing of **genetic data** or data concerning health or sex life or criminal convictions or related security measures shall be prohibited.*

2. *Paragraph 1 shall not apply where:*

(a) the data subject has given consent to the processing of those personal data, subject to the conditions laid down in Articles 7 and 8, except where Union law or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject; or

(b) processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller in the field of employment law in so far as it is authorised by Union law or Member State law providing for adequate safeguards; or

(c) processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another person where the data subject is physically or legally incapable of giving consent; or

(d) processing is carried out in the course of its legitimate activities with appropriate safeguards by a foundation, association or any other non-profit seeking body with a political, philosophical, religious or trade-union aim and on condition that the processing relates solely to the members or to former members of the body or to persons who have regular contact with it in connection with its purposes and that the data are not disclosed outside that body without the consent of the data subjects; or

(e) the processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject; or

(f) processing is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims; or

(g) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest, on the basis of Union law, or Member State law which shall provide for suitable measures to safeguard the data subject's legitimate interests; or

(h) processing of data concerning health is necessary for health purposes and subject to the conditions and safeguards referred to in Article 81; or

(i) processing is necessary for historical, statistical or scientific research purposes subject to the conditions and safeguards referred to in Article 83; or

(j) processing of data relating to criminal convictions or related security measures is carried out either under the control of official authority or when the processing is necessary for compliance with a legal or regulatory obligation to which a controller is subject, or for the performance of a task carried out for important public interest reasons, and in so far as authorised by Union law or Member State law providing for

adequate safeguards. A complete register of criminal convictions shall be kept only under the control of official authority.

3. The Commission shall be empowered to adopt delegated acts in accordance with Article 86 for the purpose of further specifying the criteria, conditions and appropriate safeguards for the processing of the special categories of personal data referred to in paragraph 1 and the exemptions laid down in paragraph 2.

Draft Directive:

Article 8

Processing of special categories of personal data

*1. Member States shall prohibit the processing of personal data revealing race or ethnic origin, political opinions, religion or beliefs, trade-union membership, **of genetic data** or of data concerning health or sex life.*

2. Paragraph 1 shall not apply where:

- (a) the processing is authorised by a law providing appropriate safeguards; or*
- (b) the processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another person; or*
- (c) the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject.*

2. Legal framework applicable to biometric data

Draft Regulation:

Article 33

Data protection impact assessment

1. Where processing operations present specific risks to the rights and freedoms of data subjects by virtue of their nature, their scope or their purposes, the controller or the processor acting on the controller's behalf shall carry out an assessment of the impact of the envisaged processing operations on the protection of personal data.

2. The following processing operations in particular present specific risks referred to in paragraph 1:

(...)

*(d) personal data in large scale filing systems on children, **genetic data or biometric data**;*

(...).

* * *

Réponse du CDDH sur le document du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD) intitulé « Moderniser la convention : nouvelles propositions »

1. La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n ° 108, ci-après «la Convention») fait actuellement l'objet d'un processus de modernisation. Le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a été sollicité par le Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD) pour donner son avis sur les propositions relatives à la modernisation, telles qu'elles figurent dans le document T-PD-BUR (2012)01REV2.

2. Le CDDH se félicite de la modernisation envisagée de la Convention. Elle a été le premier instrument international juridiquement contraignant dans le domaine de la protection des données, et elle est toujours considérée comme une norme mondiale à cet égard. Par conséquent, il est important que sa pertinence et son efficacité soient préservées et que la Convention soit correctement ajustée à l'évolution technologique qui engendre une augmentation du transfert et de l'accumulation de données dans un monde globalisé. L'importance du processus de modernisation en cours est en outre soulignée par le fait que la Convention est une norme de référence en matière de droits de l'Homme du Conseil de l'Europe qui a le potentiel pour être appliquée et mise en œuvre bien au-delà du continent européen.

3. Le CDDH recommande, lors de l'examen de la Convention, de maintenir l'approche fondée sur des principes qui constitue le fondement du texte, et d'éviter d'être inutilement prescriptif. En outre, la cohérence avec le droit et les propositions législatives de l'Union européenne devrait également être assurée⁶. En ce qui concerne le préambule de la Convention, il est proposé qu'il aborde également le droit d'accès aux documents publics, en gardant à l'esprit la Convention sur l'accès aux documents publics (STCE n ° 205).

4. Lorsqu'elles visent les mêmes objectifs, le CDDH recommande d'aligner les dispositions de la Convention avec les dispositions pertinentes de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Ceci est particulièrement pertinent en ce qui concerne le projet d'article 6, paragraphe 1 concernant le traitement des données sensibles, qui semble viser une rédaction aussi large que l'article 14 de la CEDH. En particulier, il n'est pas très clair pourquoi les alinéas (a) et (b) de l'article 6, paragraphe 1, présentent deux listes exhaustives de types de données sensibles, étant donné la condition générale énoncée à l'alinéa (c) qui suit. Il est donc suggéré de formuler ce paragraphe en suivant l'exemple de l'article 14 de la CEDH, dans lequel un terme général («sans

⁶ Voir par exemple : la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles et à la libre circulation de ces données ((règlement général sur la protection des données) (COM (2012) 11 final - 2012 / 0011 (COD)) et la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles par les autorités compétentes aux fins de la prévention, la recherche, la détection ou la poursuite d'infractions pénales ou de l'exécution des sanctions pénales, et la libre circulation de ces données ((COM (2012) 10 final - 2012/0010 (COD))

distinction aucune») est suivi par une liste non-exhaustive d'exemples. Ce pourrait être rédigé comme suit :

"Le traitement de certaines catégories de données à caractère personnel est interdit lorsqu'il présente un risque grave pour les intérêts, les droits et les libertés fondamentales de la personne concernée, notamment un risque de discrimination. Cela peut inclure des données qui sont sensibles de par leur nature, telles que certaines données génétiques, les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle, les données relatives à des infractions pénales ou de condamnations ou des mesures de sécurité, ou des données qui sont sensibles par l'utilisation qui en est faite, par exemple, les données biométriques et les données dont le traitement révèle l'origine raciale, les opinions politiques [ou l'appartenance syndicale] ou les croyances religieuses ou autres. "

5. De même, le CDDH tient à souligner l'importance de saisir l'occasion de la révision de la Convention pour éliminer les divergences entre l'article 9 ["Exceptions et restrictions"] de la Convention et les limitations contenues dans les dispositions de la CEDH. Par conséquent, il se félicite de l'introduction proposée du terme «prévention» préférable à l'expression jusque-là utilisée «la répression des infractions pénales", afin d'assurer la conformité avec, par exemple l'article 8 de la CEDH qui se réfère à «la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales". Étant donné que la Convention peut être considérée comme une mise en œuvre du droit de contrôler ses données personnelles en vertu de l'article 8 de la CEDH, il serait également cohérent que ces exceptions soient rédigées de façon analogue à la CEDH.

6. Le CDDH se demande s'il est approprié d'inclure certaines définitions dans le rapport explicatif de la Convention plutôt que dans le corps du texte de la Convention.

7. Enfin, le processus de modernisation devrait garder à l'esprit plusieurs considérations concernant les données génétiques et biométriques. Le Comité de bioéthique (DH-BIO) a préparé un avis sur cette question. Il figure ci-après.

Avis du DH-BIO sur les données génétiques et les données biométriques

En mai 2012, par l'intermédiaire du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), le Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD) a demandé au Comité de bioéthique (DH-BIO) de donner un avis sur son document intitulé « Moderniser la convention : nouvelles propositions », en particulier sur les données génétiques et les données biométriques.

Le présent document a été adopté par le DH-BIO lors de sa 1^{ère} réunion plénière (19-22 juin 2012). **Il est important de noter que ce document n'a pas pour objet de**

présenter des positions arrêtées, mais des observations visant à contribuer à la réflexion menée par le T-PD, dans le cadre du projet de modernisation de la Convention sur la protection des données.

Ces observations, notamment celles relatives aux données génétiques, sont formulées en particulier à la lumière de la réflexion menée par le DH-BIO dans le cadre de l'élaboration du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif aux tests génétiques à des fins médicales.

Ces observations portent essentiellement sur la notion de données génétiques et celle de données biométriques, ainsi que sur leur qualification ou non de données sensibles. Dans l'analyse de ces notions, le DH-BIO a pris en compte l'énoncé des définitions contenues dans le document du T-PD ainsi que celles figurant dans la Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012) 11 final - 2012/0011 (COD))⁷ et dans la Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données (COM(2012) 10 final - 2012/0010 (COD))⁸ étant donné leur très grande proximité et dans le but d'avoir, autant que possible, une approche harmonisée au niveau européen de ces notions (Les Articles pertinents dans les propositions de Règlement et de Directive figurent en annexe au présent avis).

.

I. Données génétiques

A. Définitions

Projet de Convention – partie du rapport explicatif concernant l'Article 6
« donnée génétique » signifie toute donnée relative aux caractéristiques héréditaires d'un individu ou acquises à un stade précoce du développement prénatal.

Projet de Règlement

Article 4

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par:

(...) « données génétiques »: toutes les données, de quelque nature que ce soit, concernant les caractéristiques d'une personne physique qui sont héréditaires ou acquises à un stade précoce de son développement prénatal.

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:FR:PDF>

⁸ http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/police/docs/com_2012_10_fr.pdf

Projet de DirectiveArticle 3Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

(...) « données génétiques » : toutes les données, de quelque nature que ce soit, concernant les caractéristiques d'une personne physique qui sont héréditaires ou acquises à un stade précoce de son développement prénatal.

B. Analyse de la définition**Ce que la définition recouvre :**

1. La définition est pour le moins équivoque car elle peut être lue comme comprenant toute caractéristique héritée, c'est-à-dire non seulement les caractéristiques génétiques proprement dites mais aussi des caractéristiques phénotypiques telles que la taille, la couleur des yeux ou des cheveux⁹.

2. Par ailleurs, l'expression « relative aux caractéristiques héréditaires » dans le rapport explicatif du projet de Convention, laisse une marge d'interprétation relativement large quant au lien entre les données et ces caractéristiques génétiques. La question pourrait dès lors se poser de savoir si l'histoire familiale, notamment, serait couverte par cette définition.

3. Cette ambiguïté est commune aux projets de Règlement et de Directive, et aux propositions en vue de la révision de la Convention 108.

4. Pour répondre à ces deux remarques, la formulation suivante, basée sur la rédaction de l'article 2 du protocole additionnel relatif aux tests génétiques à des fins médicales, peut être proposée:

« donnée génétique » signifie toute donnée relative aux caractéristiques génétiques d'un individu soit héritées soit acquises à un stade précoce du développement prénatal, résultant de l'analyse d'un échantillon biologique de cet individu : analyse des chromosomes, de l'ADN ou de l'ARN ou de tout autre élément permettant d'obtenir des informations équivalentes.

⁹ Voir, dans le même sens, le commentaire du gouvernement britannique au projet de Directive :

Commentaires formulés par UK House of Commons :

"7.21 Le gouvernement a besoin d'examiner plus avant certaines définitions contenues dans la proposition, y compris ... la nouvelle définition des données génétiques (article 4 (10)). Alors qu'un niveau supérieur de protection est attribué aux données génétiques à raison de leur inclusion dans les catégories particulières de données personnelles à l'article 9 (1), il est possible que la définition puisse englober une large gamme d'information héréditaire comme la taille ou la couleur des cheveux, qui ne mériteraient pas une protection supplémentaire. La définition des données de santé incluant des informations relatives à "la prestation de services de santé" est aussi rédigées potentiellement de façon trop large, et semble contenir, par exemple, adresses, heures de rendez-vous et numéros de téléphone à domicile.

Ce que la définition ne recouvre pas :

5. Il est noté que la définition se réfère uniquement aux caractéristiques « héréditaires ou acquises à un stade précoce de son développement prénatal. »¹⁰ Ne sont donc pas visées ici les modifications génétiques acquises par certaines cellules somatiques au cours de la vie et dues par exemple à des facteurs extérieurs dans l'environnement (par exemple, les mutations spécifiques de cellules se trouvant dans des tumeurs cancéreuses).

C. Régime juridique applicable aux données génétiques**Projet de Convention :***Article 6 – Traitement de données sensibles*

1 Le traitement de certaines catégories de données à caractère personnel est interdit, que ces données soient sensibles :

*a. de par leur nature, à savoir les **données génétiques**, les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle, les données concernant des infractions, condamnations pénales et mesures de sûreté ;*

(...)

2 Ces données peuvent toutefois faire l'objet d'un traitement si le droit interne prévoit des garanties appropriées.

(Projets de Règlement et de Directive : voir Annexe II au présent document)

6. Une fois ainsi définies les données génétiques, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être considérées en tant que telles comme des données sensibles. A cet égard, il convient de tenir compte du fait que certaines données génétiques sont relatives à la santé ; celles-ci seront donc sensibles de par leur lien avec la santé. D'autres données génétiques non liées à la santé peuvent être utilisées aux fins d'identification d'un individu. Elles pourraient alors relever aussi bien de la catégorie des données génétiques que de celle des données biométriques. Elles seraient alors, sous réserve de ce qui est dit plus bas sur le statut des données biométriques, sensibles. Toutefois, si ces deux catégories ne devaient pas être soumises au même régime juridique, comme cela semble être le cas dans les projets de Règlement et de Directive, une clarification quant au régime applicable serait nécessaire.

¹⁰ Sans aller dans le détail, il convient de noter que les caractéristiques génétiques d'un individu héréditaires ou acquises à un stade précoce de son développement prénatal peuvent concerner à la fois les parties codantes et les parties non codantes de l'ADN.

L'analyse des parties non codantes est utilisée essentiellement à des fins d'identification (empreintes génétiques).

L'analyse génétique d'un échantillon biologique d'un individu peut permettre d'obtenir des informations sur des caractéristiques génétiques de cette personne qui:

- se sont déjà exprimées chez cette personne: par exemple, celles déterminant la couleur des yeux, ou bien liées à une maladie dont les symptômes sont déjà présents chez la personne concernée;

- ne se sont pas ou pas encore exprimées: par exemple, mutations impliquées dans le développement d'une maladie qui ne s'est pas manifestée au moment où l'analyse est effectuée. Les résultats de l'analyse peuvent alors avoir une dimension prédictive par rapport à un état de santé future de la personne concernée.

7. Mais qu'en est-il des données génétiques qui ne seraient pas liées à la santé et qui ne serviraient pas en biométrie ? La question se pose de savoir s'il y a une raison pour laquelle toutes les données génétiques devraient être soumises à un régime particulier. A cet égard, certaines délégations ont estimé préférable d'identifier les critères permettant de définir quelles sont les données génétiques sensibles. Les données relevant de l'intimité de la vie privée ainsi que celles présentant un risque grave de discrimination ont été évoquées dans ce contexte. Le fait que toute donnée génétique d'une personne est susceptible d'être également relative à d'autres membres de sa famille biologique pourrait également être un élément à prendre en compte dans la réflexion sur cette question.

II. Données biométriques

A. Définitions

Projet de Convention – partie du rapport explicatif concernant l'Article 6
« Donnée biométrique » signifie toute donnée relative aux caractéristiques physiques, biologiques ou physiologiques d'un individu qui permet son identification unique.

Projet de Règlement

Article 4

Définitions

« Aux fins du présent règlement, on entend par :

(...)«données biométriques»: toutes les données relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique qui permettent son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques.

Projet de Directive

Article 3

Définitions

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

(...) «données biométriques»: toutes les données relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique qui permettent son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques.

B. Analyse de la définition

Ce que la définition recouvre :

8. La question se pose tout d'abord de savoir s'il s'agit de données qui, chacune prise isolément, peuvent servir à identifier un individu, ou bien, aussi, de données qui, jointes à d'autres données, peuvent servir à cette fin. Ce point mériterait d'être clarifié.

9. Il conviendrait de noter en outre que bon nombre de données ainsi qualifiées de biométriques, telles que des photos ou des enregistrements sonores ou visuels, sont des données personnelles ordinaires qui, dans un grand nombre de cas, feront l'objet d'un

traitement ordinaire (échanges privés de photos ou vidéos, archivage ou publication par un journal...).

10. Il ne semble pas que ce type de traitement ordinaire doive faire l'objet d'un régime juridique particulier.

11. En réalité, ce sont certains types particuliers de traitements, que l'on pourrait qualifier de biométriques à proprement parler, qui pourraient faire l'objet d'un régime juridique spécifique.

12. Dans le traitement biométrique, les données sont analysées pour être ensuite comparées à une série de paramètres de référence (mesures des empreintes digitales, diverses mesures du visage, etc.). Les données résultant de cette analyse ainsi que les paramètres de référence peuvent être qualifiés de données biométriques proprement dites (à la différence des données personnelles ordinaires, les données résultant de l'analyse et celles constituant les paramètres biométriques devraient pouvoir faire l'objet d'un régime spécifique).

13. Pour le dire d'une autre manière, il semblerait que, dans nombre de cas, ce ne soit pas les données premières que l'on devrait qualifier de biométriques mais plutôt les traitements techniques spécifiques de ces données premières et les données qui en résultent.

14. Cette distinction n'est pas seulement sémantique mais elle a des conséquences juridiques précises : ainsi, s'agissant de données personnelles ordinaires, elles ne devraient pas être qualifiées de sensibles per se ; ce n'est qu'une certaine utilisation de ces données qui serait sensible.

15. La formulation suivante pourrait être considérée :

« Donnée biométrique » signifie toute donnée relative aux caractéristiques physiques, biologiques ou physiologiques d'un individu ~~qui~~ **dont un traitement technique spécifique** [permet] [contribue à] ~~son~~ l'identification unique **de ce dernier**».

16. La formulation alternative suivante (peut-être plus précise) pourrait être également considérée :

« Donnée biométrique » signifie toute donnée **résultant d'un traitement technique spécifique** de données relatives aux caractéristiques physiques, biologiques ou physiologiques d'un individu qui [permet] [contribue à] l'identification unique **de ce dernier**».

17. Une troisième remarque concerne le degré de certitude dans l'identification d'une personne. Les définitions des divers projets parlent d'une identification unique. Si certains traitements biométriques, tels l'analyse d'une empreinte digitale ou de l'iris de l'œil,

permettent une identification unique, il est possible que d'autres types de traitements techniques ne fournissent pas une certitude du même niveau. Si, par exemple, l'on ne dispose pas de la totalité de l'empreinte digitale ou que l'image visuelle ou sonore soit d'une moindre qualité, il pourrait s'avérer nécessaire, pour parvenir à une identification suffisamment précise, d'associer l'analyse de ces données à d'autres données. Il est également possible que, l'usage de la biométrie se généralisant, tout usage ne mérite pas le recours plus ou moins coûteux à des procédés très sophistiqués permettant une identification unique mais qu'une identification approximative puisse être suffisante.

18. Une autre remarque concerne les caractéristiques dénommées, dans les projets communautaires, "caractéristiques comportementales", expression qui ne figure pas dans le projet du T-PD. Ce terme semble viser des caractéristiques telles que la démarche, la voix, la façon d'écrire, etc. On peut comprendre que le terme comportemental ait pu paraître peu adéquat pour désigner ce type de caractéristique; il conviendrait cependant de veiller à ce que la définition recouvre également ce type de caractéristiques, sans quoi une lacune serait créée à leur égard ; le rapport explicatif pourrait être utile à ce sujet.

19. Enfin, il est intéressant de noter que dans les projets communautaires les définitions figurent dans le corps même du texte alors que dans le projet du T-PD ces définitions apparaissent dans le rapport explicatif. Chacune de ces solutions semble avoir ses avantages propres, que ce soit en termes de sécurité juridique ou de flexibilité.

C. Régime juridique applicable aux données biométriques

Projet de Convention:

Article 6 – Traitement de données sensibles

1. Le traitement de certaines catégories de données à caractère personnel est interdit, que ces données soient sensibles :

(...)

b. de par l'usage qui en est fait, à savoir les **données biométriques**, les données dont le traitement révèle l'origine raciale, les opinions politiques [ou l'appartenance syndicale], les convictions religieuses ou autres convictions ; ou

(...)

2. Ces données peuvent toutefois faire l'objet d'un traitement si le droit interne prévoit des garanties appropriées.

20. Dans le texte du T-PD, les données biométriques sont qualifiées de sensibles d'une manière générale; de ce fait, leur traitement est interdit et ce n'est que par voie de dérogation que leur traitement devient licite. Dans la mesure où la notion de données biométriques englobe un très grand nombre de données personnelles « ordinaires » qui, dans la majorité des cas, feront l'objet d'un traitement « ordinaire », on peut se demander si le régime consistant à qualifier les données biométriques de sensibles, d'en interdire d'une manière générale le traitement et d'en autoriser seulement des traitements spécifiques par voie d'exception est vraiment le plus approprié.

21. Une approche alternative consisterait à viser non pas les « données biométriques » mais le traitement biométrique (ou certains traitements biométriques) des données personnelles.

22. A cet égard, il est intéressant de noter que le projet de Règlement communautaire (Article 33, voir Annexe) ne semble pas prescrire d'emblée un régime précis aux données biométriques ; il énonce plutôt une procédure d'évaluation des traitements biométriques. Cette approche semble tenir compte autant de la variété que du caractère évolutif des usages de ces données.

23. Quelle que soit l'approche choisie, on peut imaginer que le recours à des procédés biométriques est appelé à se généraliser, si ce n'est à se banaliser. Dans cette perspective, une attention particulière pourrait être portée à l'identification des risques inhérents à chaque type d'utilisation de la biométrie. Par exemple, la généralisation de bases de données, parfois très décentralisées, contenant les paramètres biométriques personnels, pourrait entraîner un risque accru d'usurpation d'identité. La conservation de ces paramètres biométriques devrait pouvoir répondre à des conditions de sécurité suffisantes afin de ne pas constituer une occasion d'insécurité supplémentaire.

24. Dans ce contexte, la globalisation de la biométrie, l'internationalisation des fournisseurs de services et le traitement biométrique en ligne constituent des défis majeurs.

III. Remarque supplémentaire

25. D'autres dispositions du projet de modernisation de la Convention 108 nécessiteraient une discussion/un examen plus approfondi(e). Il en est ainsi de dispositions pouvant être appliquées dans le domaine de la recherche biomédicale ou celui de la santé en ligne (e-health). Le DH-BIO serait prêt à contribuer, dans son domaine de compétence, à cet(te) examen/discussion.

ANNEXE I**Articles pertinents dans les propositions de Règlement et de Directive**1. Régime juridique applicable aux données génétiques**Projet de Règlement :**

Article 9

Traitements portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel

1. *Le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la religion ou les croyances, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement **des données génétiques** ou des données concernant la santé ou relatives à la vie sexuelle ou à des condamnations pénales ou encore à des mesures de sûreté connexes sont interdits.*

2. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque:*

a) *la personne concernée a donné son consentement au traitement de ces données à caractère personnel, dans les conditions fixées à l'article 7 et à l'article 8, sauf lorsque le droit de l'Union ou la législation nationale prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée; ou*

b) *le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par une législation nationale prévoyant des garanties appropriées; ou*

c) *le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement, ou d) le traitement est effectué, dans le cadre de leurs activités légitimes et moyennant les garanties appropriées, par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et poursuivant une finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que ledit traitement se rapporte exclusivement aux membres ou aux anciens membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers en liaison avec ses objectifs et que les données ne soient pas divulguées à un tiers extérieur à cet organisme sans le consentement des personnes concernées; ou*

e) *le traitement porte sur des données à caractère personnel manifestement rendues publiques par la personne concernée; ou*

f) *le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice; ou g) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt général sur le fondement du droit de l'Union ou d'un État membre, qui doit prévoir des mesures appropriées à la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée; ou*

h) *le traitement des données relatives à la santé est nécessaire à des fins liées à la santé, sous réserve des conditions et des garanties prévues à l'article 81; ou*

i) *le traitement est nécessaire à des fins de recherche historique, statistique ou scientifique, sous réserve des conditions et des garanties prévues à l'article 83; ou*

j) le traitement des données relatives aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté connexes est effectué soit sous le contrôle de l'autorité publique, ou lorsque le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale ou réglementaire à laquelle le responsable du traitement est soumis, ou à l'exécution d'une mission effectuée pour des motifs importants d'intérêt général, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par la législation d'un État membre prévoyant des garanties adéquates. Un registre complet des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.

3. La Commission est habilitée à adopter des actes délégués en conformité avec l'article 86, aux fins de préciser davantage les critères, les conditions et les garanties appropriées pour le traitement des catégories particulières de données à caractère personnel mentionnées au paragraphe 1, ainsi que les dérogations prévues au paragraphe 2.

Projet de Directive :

Article 8

Traitements portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel

*1. Les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la religion ou les croyances, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement **des données génétiques** ou des données concernant la santé ou la vie sexuelle.*

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque:

- a) le traitement est autorisé par une législation prévoyant des garanties appropriées;*
- ou*
- b) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne; ou*
- c) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée.*

2. Régime juridique applicable aux données biométriques

Projet de Règlement :

Article 33

Analyse d'impact relative à la protection des données

1. Lorsque les traitements présentent des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, le responsable du traitement ou le sous-traitant agissant pour le compte du responsable du traitement effectuent une analyse de l'impact des traitements envisagés sur la protection des données à caractère personnel.

2. Les traitements présentant les risques particuliers visés au paragraphe 1 sont notamment les suivants:

(...)

*d) le traitement de données à caractère personnel dans des fichiers informatisés de grande ampleur concernant des enfants, ou le traitement **de données génétiques ou biométriques**; (...)*