

Strasbourg, 7 mai 2021

T-PD(2021)1rev3

**COMITÉ CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA PROTECTION DES
PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À
CARACTÈRE PERSONNEL**

CONVENTION 108

**Avis sur
Le projet de Deuxième protocole additionnel (version 2)
à la Convention sur la cybercriminalité relatif au renforcement de la coopération et de
la divulgation de preuves électroniques¹**

Direction Générale des droits de l'homme et de l'État de droit

¹ Sur les 55 membres votant par procédure écrite : abstention de l'Allemagne

1. Introduction

1. Le Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY) a commencé en 2017 à travailler sur la rédaction d'un deuxième Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité (STE 185). Le 14 avril 2021, le T-CY a ouvert son [6ème cycle de consultation](#), sur la base d'une publication du projet complet du Protocole qui a été approuvé par la réunion plénière de rédaction du T-CY le 12 avril 2021. Le 13 avril 2021, le Secrétariat du T-CY a également fourni le texte du projet au Secrétariat du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE 108, ci-après "Convention 108") afin de demander l'avis du Comité de la Convention 108 pour le 7 mai. Compte tenu de l'importance que l'Organisation attache à l'adoption du projet de Protocole et des efforts remarquables déployés par de nombreuses délégations à cette fin y compris par la participation d'experts de la protection des données à la négociation de ce texte, ainsi que du délai serré qui a été fixé, le présent avis du Comité a été soumis à une adoption par procédure écrite accélérée. Le Comité de la Convention 108 rappelle qu'il a, de manière continue, offert son soutien et son expertise dans le processus de négociation du deuxième protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité et qu'il reste pleinement disponible pour tout suivi nécessaire au présent avis.

2. Le présent avis s'appuie en partie sur les contributions fournies par le Comité de la Convention 108 dans le cadre des 1er, 2e et 4e cycles de consultation organisés par le T-CY. Il s'appuie sur [les réponses provisoires au document de discussion pour la conférence Octopus 2018](#) (adoptées par la 36e plénière du Comité de la Convention 108 tenue du 19 au 21 juin 2018), sur les interventions orales de l'expert et du Secrétariat du Comité lors des consultations avec des experts en protection des données qui se sont tenues à Strasbourg le 26 novembre 2018, et sur [l'avis T-PD\(2019\)8FIN](#) sur le texte provisoire et le rapport explicatif du projet de deuxième protocole additionnel à la Convention de Budapest sur la cybercriminalité (STE 185) relatif à la divulgation directe d'informations sur les abonnés et donnant effet aux ordres d'une autre Partie pour la production accélérée de données (adopté par la 39e Plénière de la Convention 108 le 19 novembre 2019).

3. En raison du court délai requis pour son adoption, le présent avis se limite donc à la nouvelle disposition sur la protection des données à caractère personnel (article 14), dont le Comité de la Convention 108 n'avait pas connaissance avant sa publication, le 14 avril 2021 et ne fournira des commentaires que sur les autres parties du Protocole lorsqu'elles sont en lien direct avec l'article sur la protection des données ou avec son éventuelle mise en œuvre future. Le Comité souligne donc la forte pression de temps dans laquelle le présent avis a été préparé, et qu'en raison de cette contrainte, cet avis se limite à des commentaires généraux et n'inclut pas un examen approfondi et exhaustif de toutes les implications en matière de protection des données des dispositions proposées.

2. Protection des données à caractère personnel | Article 14

4. Le Comité de la Convention 108 souligne l'importance d'un régime de protection des données complétant la coopération en matière de justice pénale et garantissant ainsi la prévention, l'investigation, les poursuites effectifs et efficaces des infractions pénales, y compris par le traitement des preuves électroniques, tout en protégeant et en promouvant les droits de l'Homme et les libertés fondamentales, notamment le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles. En ce sens, le Comité de la Convention 108 est pleinement conscient que le projet d'article est un compromis atteint lors de négociations avec

un très large éventail de pays et de systèmes juridiques (y compris celui de l'Union européenne qui était représentée lors des négociations par la Commission européenne) et reconnaît le potentiel découlant de l'inclusion d'un article autonome sur la protection des données dans le Protocole pour fournir des règles et des procédures pour la coopération internationale en matière de justice pénale fondées sur les normes du Conseil de l'Europe. Reconnaissant les efforts déployés lors de leur élaboration, le Comité de la Convention 108 souhaite également souligner la nécessité de l'effectivité des garanties en matière de protection des données et le besoin que les Parties au Deuxième Protocole additionnel les appliquent et les fassent respecter dans la pratique. Il salue donc le paragraphe 3 de l'article 23 (relatif aux consultations des Parties et à l'évaluation de la mise en œuvre), qui prévoit que l'évaluation de l'article 14 commencera dès que dix Parties à la Convention ont exprimé leur consentement à être liées par le présent Protocole.

5. Le Comité de la Convention 108 constate que (l'article 14 du) Protocole prévoit des obligations incombant aux autorités publiques traitant des données personnelles reçues en vertu du Protocole, y compris reçues dans le cadre d'un transfert asymétrique par des prestataires de services et des entités fournissant des services de noms de domaine (sur la base des articles 6 et 7). Le Comité de la Convention 108 est conscient du fait que le Protocole ne vise pas à l'harmonisation des régimes nationaux de la protection des données et que le traitement interne par les responsables du traitement est régi par les règles nationales, y compris en vertu des obligations des États parties découlant de l'adhésion à la Convention 108, et après son entrée en vigueur, à la Convention 108+. Le Comité de la Convention 108 rappelle le rôle instrumental de la Convention 108+ en tant que traité multilatéral mondial sur la protection de la vie privée et des données personnelles, y compris pleinement pertinent en ce qui concerne le traitement des données personnelles en matière pénale. Le Comité de la Convention 108 invite donc les Parties à la Convention de Budapest et à l'avenir à son deuxième Protocole additionnel à adhérer à la Convention 108+ ou à l'utiliser comme référence pour le traitement des données personnelles relevant de son champ d'application, et plus spécifiquement lors de la mise en œuvre de ce Protocole. Cela pourrait conduire à un rapprochement des règles nationales, y compris celles régissant les prestataires de services, en ce qui concerne la mise en œuvre des articles 6 et 7. Le Comité de la Convention 108 restera, comme par le passé, ouvert et disponible pour soutenir ces actions des Parties et de tout pays intéressé. Dans un tel effort commun, les garanties nécessaires en matière de protection bidirectionnelle des données, y compris pour les transferts asymétriques pourraient être développées dans le cadre des efforts visant à parvenir à une convergence vers un ensemble élevé de normes pour la protection de la vie privée et des données personnelles dans le monde entier.

6. Par rapport à l'article 14.1, le Comité de la Convention 108 souligne que :

- les deux paragraphes 1.b et 1.c offrent aux Parties des options pour décider mutuellement de l'application entre elles de règles alternatives aux règles prévues aux paragraphes 2 à 15 que le paragraphe 1.a appliquerait par défaut. Compte tenu de la grande importance du texte de compromis sur les paragraphes 2 à 15, la complexité du traitement des données dans la coopération en matière de justice pénale impliquant souvent plusieurs juridictions et le potentiel et l'avantage de partager les informations obtenues grâce à la coopération au titre des 1b et 1c en dehors des Parties à ces accords et ou instruments de coopération, le Comité de la Convention 108 recommanderait d'envisager de renforcer encore l'accent mis sur l'application des normes élaborées et convenues aux paragraphes 2 à 15. Cela pourrait éventuellement être fait en modifiant le texte opérationnel de l'article 14 ou en rappelant aux Parties qui font usage des paragraphes 1b ou 1c pour leur coopération de tenir dûment compte du niveau de protection établi par les paragraphes 2 à 15;

- le texte du paragraphe 1.b n'indique pas expressément que, entre les Parties liées par elle, même lorsqu'elle implique un État membre de l'UE, la Convention 108+ sera en soi qualifiée d'"accord international établissant un cadre global pour la protection des données à caractère personnel" au sens du paragraphe 1. b. ; le Comité de la Convention 108 recommanderait que le rapport explicatif du texte (qui n'a pas été publié pour consultation) confirme que la Convention 108+ remplit les conditions pour l'application du paragraphe 1. b, [y compris dans les relations entre les États membres de l'UE et les États non membres de l'UE liés par elle] ;

- l'option prévue au paragraphe 1.c. ne tire pas pleinement bénéfice des normes par défaut des paragraphes 2 à 15, le paragraphe 1.c. n'exige même pas que les "autres accords ou arrangements" que les Parties peuvent mutuellement décider d'appliquer entre elles en lieu et place des paragraphes 2 à 15 contiennent effectivement des garanties en matière de protection des données ; par conséquent, le Comité de la Convention 108 recommanderait de modifier le texte opérationnel du paragraphe 1.c ou de rappeler aux Parties qui font usage des paragraphes 1b ou 1c pour leur coopération de tenir dûment compte du niveau de protection établi par les paragraphes 2 à 15, ou à clarifier dans le rapport explicatif que ce paragraphe ne sera utilisé que lorsque les Parties ne considèrent pas la nécessité des garanties supplémentaires spécifiques de protection des données car elles transfèrent des données personnelles basées sur un accord d'entraide judiciaire.

7. En ce qui concerne le paragraphe 4 (sur les données sensibles), le Comité de la Convention 108 note que les données biométriques ne sont incluses dans les données sensibles que si elles sont « considérées comme particulièrement sensibles compte tenu des risques qu'elles comportent » et suggère de prendre en compte le fait qu'il n'est pas défini dans le texte laquelle des deux (ou plus) Parties coopérantes concernées est censée faire cette évaluation et comment les positions contradictoires seraient traitées, mais aussi que la marge discrétionnaire inhérente à une telle évaluation permettrait aussi de traiter potentiellement les données biométriques « identifiant une individu de façon unique » comme non sensibles, ce qui est contraire à l'article 6. 1 de la Convention 108+. Par conséquent, le Comité de la Convention 108 propose que le rapport explicatif clarifie que les parties à la Convention 108+ prennent en compte l'article 6.1 de la Convention 108+ lorsqu'elles classifient si une donnée personnelle est sensible ou non.

8. Le Comité de la Convention 108 recommanderait de considérer d'étendre explicitement l'application du paragraphe 8 (sur la tenue des registres) à toutes les opérations de traitement de données conformément à l'article 2.b de la Convention 108+ ou, alternativement, de l'étendre à la « conservation » (en ajoutant le mot « conservé » à « accès, utilisation et divulgation »).

9. Le Comité de la Convention 108 propose d'ajouter au paragraphe 10 (sur les transferts internationaux ultérieurs) la condition que « le transfert des données personnelles ne puisse avoir lieu que lorsqu'un niveau de protection approprié basé sur les dispositions de l'article 14 est garanti » ou, à défaut, pour expliquer dans le rapport explicatif que, lorsqu'une Partie recevant les données personnelles souhaite les envoyer à un destinataire en dehors du champ d'application du Protocole, « la Partie qui les lui a communiquées », lorsqu'elle autorise un tel transfert, tienne dûment compte de la protection que le régime établi en vertu de l'article 14 prévoit pour les données personnelles en question.

10. Au paragraphe 11.a, en vue d'assurer la compatibilité avec l'article 8 de la Convention 108+, le Comité de la Convention 108 serait favorable à l'extension de la liste des avis requis comme suit :

v. l'identité et la résidence habituelle ou l'établissement du responsable du traitement des données ;

vi. les catégories de données à caractère personnel traitées.

11. Au paragraphe 12.a. *i*, le Comité de la Convention 108, en vue d'assurer la compatibilité avec l'article 11 de la Convention 108+, suggère de considérer d'insérer "et les droits et libertés" après "intérêts légitimes". Le Comité de la Convention 108 suggère en outre d'envisager d'ajouter dans le même paragraphe une référence au droit d'obtenir la confirmation du traitement et au droit d'obtenir connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement des données comme prévu à l'article 9 de la Convention 108+ car il peut s'avérer pertinent dans des cas pratiques, ou suggère à titre alternatif d'inclure dans le rapport explicatif que, si aucune restriction ou dérogation ne s'applique, les Parties à la Convention 108+ peuvent mettre en œuvre l'article 12.a *i* comme couvrant également ces droits.

12. Au paragraphe 12.a. *ii*, le Comité de la Convention 108, afin d'assurer la compatibilité avec l'article 9.1.e, de la Convention 108+, suggère de remplacer "rectification" par "rectification et suppression" dans les deux cas.

13. Au paragraphe 14, le Comité de la Convention 108 recommanderait, au vu de l'article 12 de la Convention 108+, d'insérer "et des sanctions" après "voies de recours".

3. "Présence" territoriale d'un prestataire de services | Articles 6 et 7

14. L'article 7 (divulgence directe) et l'article 8 (divulgence accélérée) concernent tous deux l'obtention de données relatives aux abonnés auprès d'un fournisseur de services sur le territoire d'une autre Partie. Le rapport explicatif se lit comme suit (respectivement aux paragraphes 98 et 128) :

« l'expression « fournisseur de services sur le territoire d'une autre Partie » exige que le fournisseur de services soit physiquement présent dans l'autre Partie. En vertu de cet article, le simple fait, par exemple, qu'un prestataire de services ait établi une relation contractuelle avec une société dans une Partie, mais que le prestataire de services lui-même ne soit pas physiquement présent dans cette Partie, ne signifie pas que le prestataire de services se trouve « sur le territoire » de cette Partie. Le paragraphe 1 exige, en outre, que les données soient en possession ou sous le contrôle du prestataire de services. »

15. Le Comité de la Convention 108 invite à clarifier davantage, idéalement dans le texte des articles eux-mêmes, et au moins dans les parties correspondantes du rapport explicatif, le moment où un prestataire de services sera considéré comme « physiquement présent » sur le territoire d'une Partie. Le Comité de la Convention 108 estime qu'une telle clarté est cruciale pour qu'un futur mécanisme de coopération directe ne soit pas affaibli et pour éviter que les autorités/parties ne recherchent la juridiction la plus favorable. Non seulement ce dernier risque placerait les prestataires de services multinationaux devant des injonctions parallèles adressées à leurs implantations ou succursales dans différentes juridictions, mais il pourrait aussi encourager les autorités/parties à choisir d'envoyer des injonctions à la juridiction où se trouve le prestataire de services et qui présente les normes de protection des données les plus faibles. Le Comité de la Convention 108 estime qu'il est pertinent d'apporter plus de clarté, par exemple en stipulant dans le Protocole ou dans le rapport explicatif qu'un prestataire de services sera considéré comme "physiquement présent" sur le territoire d'une Partie lorsqu'il dispose d'une infrastructure stable lui permettant d'exercer effectivement une

activité économique pendant une période indéfinie et à partir de laquelle l'activité de prestation de services est exercée ou gérée.

4. Exécution des ordonnances de production accélérée de données [de trafic] | Article 8

16. Le Comité de la Convention 108 salue les efforts visant à maintenir la distinction de principe et historique que la Convention sur la cybercriminalité a établie entre les mesures relatives aux données des abonnés et celles relatives aux données relatives au trafic en exigeant un standard presque aussi détaillé et élevé pour une telle coopération que pour l'entraide judiciaire. Le Comité estime aussi que cette distinction de principe devrait être préservée car les données de trafic peuvent être encore plus révélatrices que les données de contenu, et que leur divulgation peut être plus intrusive que celle des informations relatives à l'enregistrement des noms de domaine ou aux abonnés (notamment les adresses IP pour l'identification). La position du Comité est en outre étayée par des arguments utilisés dans d'autres parties du rapport explicatif pour défendre la divulgation directe des informations relatives à l'enregistrement des noms de domaine (paragraphe 80 et 82, 6^e alinéa) et des informations relatives aux abonnés (paragraphe 91). Ces deux types d'informations sont présentées comme ne permettant pas de « [tirer] des conclusions précises sur la vie privée et les habitudes quotidiennes des personnes concernées », de sorte que « leur divulgation peut être moins intrusive que celle d'autres catégories de données. » Il est vrai que les données relatives au trafic permettent effectivement de tirer des conclusions intrusives concernant la vie privée et les habitudes quotidiennes des personnes et que par conséquent, mettre en place un traitement différent aux données relatives aux abonnés, tel que décrit à l'article 8 du Protocole est pleinement justifié.

17. En plus de cela et en relation avec les paragraphes 4 et 7 de l'article 8, le Comité de la Convention 108 recommanderait de considérer que, lorsque la Partie requérante doit fournir « des informations supplémentaires (...) pour donner effet à des injonctions » ou quand la Partie requise spécifie « les conditions qui lui permettraient d'appliquer les instructions », que les sections pertinentes du rapport explicatif décrivent que le régime de divulgation des données relatives au trafic devrait permettre de *combiner* les garanties en matière de protection des données, de procédure et d'État de droit au moins de la Partie de l'autorité compétente requérante et de la *Partie où la personne concernée était présente lorsqu'elle utilisait le ou les services ciblés*, si elle est différente de la Partie requérante ou de la Partie où le fournisseur de services est présent. La principale justification à cela serait l'attente légitime du respect de la vie privée en vertu principalement des lois de cette Partie par une personne qui communique ou utilise des services sur le territoire d'une Partie. Dès qu'il est possible d'établir, sur la base de l'obtention préalable de données sur les abonnés, où se trouvait une personne lorsqu'elle utilisait un ou plusieurs services ciblés, il est essentiel que le protocole veille à ce que les garanties en matière de protection des données, de procédure et d'État de droit de cette dernière partie puissent être appliquées et respectées. Si cette partie est celle d'où émane l'injonction, cette garantie est déjà implicite. Si le protocole pouvait promouvoir un tel régime combiné de garanties en matière de protection des données, de procédure et d'État de droit, au moins dans la partie de l'autorité compétente requérante et dans *la partie où le prestataire de services est situé*, il contribuerait sans aucun doute à une plus grande protection des personnes concernées en ajoutant des dispositions spécifiques pour guider les parties en cas de conflit de lois.

5. Confidentialité - Articles 6, 7 et 9

18. Le rapport explicatif (paragraphe 83, d, 105 et 166) concernant respectivement le paragraphe 3.d. de l'article 6 (relatif aux demandes directes d'informations sur l'enregistrement de noms de domaine), le paragraphe 4.f de l'article 7 (relatif à la divulgation directe d'informations sur les abonnés), les paragraphes 3. g à 6 de l'article 9 (relatif à la divulgation accélérée de données informatiques stockées en cas d'urgence) précise que les « instructions procédurales spéciales » qui doivent accompagner une demande ou une injonction de divulgation soumise aux entités fournissant des services de noms de domaine ou aux prestataires de services sont censées couvrir « [toute demande de confidentialité, notamment] [une] demande de non-divulgation de la demande au registrant ou à un autre tiers ». Si le Comité de la Convention 108 ne voit aucune difficulté à cet égard, il invite toutefois à réexaminer l'ouverture laissée dans l'explication supplémentaire donnée pour les lois nationales ou les politiques discrétionnaires des entités privées concernées qui ne garantiraient pas la confidentialité recherchée (« C'est pourquoi, là où la confidentialité est nécessaire [afin d'éviter le risque de divulgation prématurée de l'enquête], les Parties sont encouragées à examiner les informations publiquement accessibles et demander des conseils aux autres Parties concernant [...] le droit applicable ainsi que des politiques des entités prestataires de services concernant des noms de domaine concernant l'information d'un abonné/registrant avant de soumettre à l'entité une demande en vertu du paragraphe 1 [à l'entité/au fournisseur de services]»). Si la confidentialité peut être importante pour l'efficacité des enquêtes criminelles, elle est tout aussi vitale pour sauvegarder la protection des données. Le Comité de la Convention 108 soutient donc l'inclusion d'une possibilité explicite de formuler des exigences de confidentialité strictes dans les procédures directes des articles 6 et 7 du Protocole, sur le modèle de l'article 26.2, de l'article 27.8 ou de l'article 28.2.a et 28.3-4 de la Convention sur la cybercriminalité, ou des paragraphes 3.c à 3.7 à 3.9 de l'article 8 du Protocole (sur la divulgation accélérée des informations relatives aux abonnés). Ce dernier article, contrairement aux articles 6, 7 et 9 du Protocole, offre la possibilité explicite de formuler des exigences strictes en matière de confidentialité, comme le confirme le rapport explicatif (paragraphe 131 : "Au titre du paragraphe 3.c, la demande devrait également inclure toutes les instructions spéciales, y compris par exemple les demandes de certification ou de confidentialité au titre de l'article 27.8 ; paragraphe 140 : « La Partie requise peut aussi demander des informations supplémentaires à la Partie requérante pour étayer toutes demandes d'injonctions supplémentaires telles que des injonctions de confidentialité » ; paragraphe 141 : « Elle peut également imposer les conditions nécessaires pour permettre l'exécution de la demande, telles que la confidentialité. »).

6. Clause fédérale | Article 17

19. Enfin, le Comité de la Convention 108 prend note de l'insertion d'une clause fédérale, plus particulièrement d'une éventuelle réserve au titre du paragraphe 1 qui pourrait en théorie limiter l'applicabilité du chapitre III (sur les conditions et les garanties) au seul article 13. Le Comité de la Convention 108 soutiendrait évidemment que les États constitutants ou les entités territoriales similaires puissent assurer un niveau de protection des données *comparable* à celui prévu par l'article 14 dans le cas où l'État fédéral leur aurait ensuite communiqué les données concernées, sinon par l'application volontaire de / l'adhésion à celui-ci.