



COUNCIL CONSEIL
OF EUROPE DE L'EUROPE

Strasbourg, le 5 octobre 2011

T-PD-BUR (2011)25_fr

**LE BUREAU DU COMITÉ CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA
PROTECTION DES PERSONNES A L'EGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES
DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL [STE n°108]**

**Commentaires du Secrétariat sur le renforcement du mécanisme
de suivi de la Convention**

Les réponses à la consultation indiquent que les fonctions et les pouvoirs du Comité consultatif devraient être renforcés. Il serait essentiel de renforcer le mécanisme de suivi de la Convention pour faire de celle-ci une norme mondiale.

Dans le contexte du processus de modernisation, Marie Georges a fait une série de propositions concrètes et ambitieuses dans son « rapport sur les modalités et les mécanismes permettant d'évaluer l'application de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 108) et son protocole additionnel » (T-PD-BUR(20 10)13rev).

On peut distinguer les fonctions suivantes :

- fonctions de suivi, qui peuvent être exercées à l'égard des pays qui souhaitent adhérer à la Convention et de ceux qui sont déjà parties à cet instrument ;
- fonctions normatives : le comité conventionnel sert de cadre international pour examiner les questions qui apparaissent et pour convenir d'approches communes des nouveaux défis liés au respect de la vie privée, en particulier ceux qui résultent du développement des TICs, pour élaborer des lignes directrices et des recommandations applicables à certains secteurs comme l'assurance, la sécurité sociale, les données médicales ou la police ; et
- fonctions d'enquête et de règlement des différends : Marie Georges propose que le comité puisse être invité à examiner les questions de conformité ayant un caractère transnational et à entamer un dialogue avec des institutions publiques ou privées, suspectées de violer les principes de la Convention. Plutôt que d'en rester à des réactions spontanées et isolées d'autorités responsables de la protection des données, le comité constituerait un cadre pour enquêter sur les faits, écouter les parties publiques et privées concernées et formuler des avis et des recommandations. Cela garantirait une approche objective et véritablement collective associant les gouvernements et les autorités responsables.

Exemple : Après le lancement en février 2010 de *Google buzz* attribuant automatiquement une liste de contacts ("d'amis") aux usagers, y compris les personnes avec lesquelles ils avaient des échanges de mails réguliers, neuf autorités responsables de la protection des données ont réagi en avril 2010 par une lettre collective à Google (Alex Türk – La vie privée en péril, pg 134 -138)

Question : dans quelle mesure convient-il de modifier la Convention 108 pour permettre au comité d'exercer ces fonctions ?

En d'autres termes, dans quelle mesure le comité peut-il déjà réaliser ces fonctions ou du moins certaines d'entre elles, pour autant qu'il dispose des ressources financières et humaines nécessaires ? Ces questions sont importantes, car la modification des fonctions du comité impliquerait des modifications de la Convention qui, à la différence de nouveaux principes, devraient être avalisées en principe par l'ensemble des parties actuelles à la Convention.

Fonctions de suivi

En ce qui concerne le suivi du respect de la Convention, il faut distinguer entre les candidats à l'adhésion et les parties à la Convention.

La Convention 108 ne confère pas de rôle particulier au comité pendant la procédure d'adhésion. C'est le Comité des Ministres qui invite les Etats non-membres à adhérer et qui jouit d'une certaine marge de manœuvre pour ce qui est de la procédure. Rien ne l'empêche de s'adresser au comité consultatif pour savoir si un pays candidat a pris les mesures nécessaires afin de « donner effet aux principes de base pour la protection des données » (article 4). En effet, quand il a, en 2011, été confronté à la première demande d'adhésion d'un Etat non membre, l'Uruguay, le Comité des Ministres a examiné un avis du T-PD, qui concluait que la législation de ce pays était conforme aux principes de base de la Convention 108¹.

En revanche, l'évaluation régulière du respect par les Etats qui sont déjà parties à la Convention 108 semblerait aller au-delà des fonctions plutôt limitées du Comité consultatif prévues par la Convention 108. Cependant, une modification formelle de la Convention 108 ne serait pas la seule option envisageable pour confier au Comité une véritable mission de suivi. Les modalités et la procédure d'évaluation régulière à la suite de la ratification pourraient également être définies par un instrument distinct comme une résolution du Comité des Ministres. Les Etats non membres accepteraient l'application de cette résolution après leur adhésion à la Convention 108. Cette option présenterait plusieurs avantages. Cela éviterait la lourde procédure de révision d'un traité. Les résolutions du Comité des Ministres sont des instruments flexibles qui peuvent être modifiés plus facilement en tenant compte de l'expérience acquise au cours de la procédure d'évaluation de la conformité. Enfin, la résolution prévoirait un rôle spécifique pour les autorités de contrôle dans la procédure, ainsi que l'a suggéré Marie Georges dans son rapport.

Fonctions normatives

L'article 19.d prévoit que le Comité peut adopter des « avis » sur « toute question relative à l'application de la présente Convention ». Selon la pratique déjà bien établie du Comité, cette disposition couvre aussi des « recommandations adressées aux parties » et « des lignes directrices ». Quel est leur statut juridique ?

Il est manifeste que ces textes n'ont pas la même force obligatoire que la convention d'origine. Toutefois, cela ne signifie pas que ces avis et recommandations soient dénués de tout effet juridique. Conformément aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ils peuvent produire des effets juridiques de deux manières au moins :

- en tant qu'« accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » (article 31, (3), (a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ;
- en tant que « recommandations » aux parties de prendre ou de s'abstenir de prendre une certaine orientation. Une recommandation de cette nature pourrait, si

¹ Document T-PD(2011)08rev

elle était effectivement mise en œuvre, être considérée comme la preuve d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation de la Convention (article 31, (3), (b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

En droit international, les représentants dûment autorisés des parties peuvent adopter des accords sur l'interprétation sans avoir besoin de l'agrément de leur parlement respectif pour autant que le contenu du traité ne soit pas modifié. Les accords concernant l'interprétation d'un traité qui ont été adoptés après l'entrée en vigueur du traité constituent une « interprétation authentique » par les Parties et forment en tant que tels le contexte du traité aux fins de l'interprétation². Il s'en suit que les Etats qui deviennent parties à ce traité à la suite de cet accord seront aussi liés par les termes de celui-ci.

En pratique, les recommandations ou résolutions adoptées par des organes d'application de traité ne peuvent qu'exceptionnellement être considérées comme des « accords sur l'interprétation ». Pour ce faire, il faut satisfaire aux conditions suivantes :

- Les dispositions du traité qui sont interprétées doivent être clairement indiquées ;
- la résolution doit employer un libellé clair et sans ambiguïté qui montre une intention d'aller au-delà de la simple recommandation (il convient d'employer le présent ou le futur simple au lieu de formulations vagues marquant le conditionnel comme « devrait » ou « dans la mesure du possible ») ; et
- le texte doit comprendre une « interprétation » des dispositions d'origine de la convention, qui est considérée comme contraignante, et non comme une simple recommandation aux Parties de suivre une certaine orientation quand elles appliquent la convention.

La nécessité d'interpréter apparaît en particulier en cas d'incertitude ou de désaccord sur le sens de termes employés dans un traité. Pour interpréter le traité, il importe de tenir dûment compte non seulement des dispositions expresses de celui-ci, mais aussi de leurs implications sous-jacentes qui donnent cohérence et sens à ces dispositions. Dans la mesure où les dispositions conventionnelles définissent souvent des normes générales de base, l'interprétation peut aller jusqu'à dire si la portée de la convention s'étend à des cas qui ne sont pas expressément mentionnés dans le texte. La définition de « données à caractère personnel » en est un bon exemple dans le cas de la Convention 108, car elle nécessite des précisions en raison de l'évolution technologique, par ex., une adresse IP constitue-t-elle une donnée à caractère personnel ?

Le plus souvent, les avis et recommandations, notamment ceux qui sont adoptés par le Comité des Ministres, n'emploient pas un libellé qui implique une intention d'adopter un accord concernant l'interprétation de la convention considérée. Bien qu'elles renvoient aux dispositions de conventions, les recommandations invitent simplement à suivre une approche ou une orientation convenues d'un commun accord sur un sujet particulier. Bien qu'ils n'aient pas l'effet contraignant des conventions, ces textes constituent néanmoins, une fois qu'ils ont été adoptés par des représentants dûment autorisés,

² R.G. Wetzel/D. Rauschnig, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires* (1978), p. 253.

l'expression conjointe d'un avis par les parties, ce qui leur donne un poids considérable. Les parties s'engagent elles-mêmes de bonne foi à appliquer les termes des recommandations. Si, pour des raisons politiques impérieuses, une Partie décide de ne pas tenir compte de recommandations, elle devrait au moins expliquer pourquoi elle en a décidé ainsi.

Les recommandations peuvent être considérées comme le signe d'une « pratique ultérieure suivie dans l'application du traité », qui peut établir un accord des parties concernant son interprétation (article 31, (3), (b), du traité de Vienne sur le droit des traités), en particulier si elles sont véritablement appliquées.

Fonctions d'enquête et de règlement des différends

De nouvelles fonctions de cette nature demanderaient un nouveau cadre juridique, soit par amendement de la convention 108, soit, comme cela a été expliqué précédemment pour la procédure de suivi après ratification, par adoption d'une résolution par le Comité des Ministres.

Comment assurer un financement approprié et durable des activités du comité consultatif ?

A leur 1106^e réunion (16 février 2011), les Délégués des Ministres ont exprimé leur accord sur le schéma des priorités retenues pour le programme d'activités de l'Organisation (pour 2012-2013), qui figure dans le document [SG/Inf\(2011\)4 final](#), où la protection des données figure parmi les priorités futures. Il devrait y avoir un financement suffisant pour le processus de modernisation lui-même, mais pas nécessairement pour le fonctionnement à long terme d'un comité dont les fonctions seraient considérablement étendues et la composition, élargie bien au-delà de l'Europe, y compris un réseau associé d'autorités de surveillance et un observatoire des innovations liées aux TICs, comme le suggère le rapport de Marie Georges.

Voici des options éventuelles de financement approprié et durable, qui complèteraient le financement au titre du budget ordinaire du Conseil de l'Europe :

- Des programmes communs avec l'UE, des contributions volontaires des Etats intéressés, ce qui pourrait se prêter particulièrement au financement des activités d'assistance et de coopération ;
- des contributions des autorités de contrôle, qui pourraient financer notamment les activités et le secrétariat du réseau de ces autorités. Les effets de synergie pourraient sans doute être renforcés et les coûts être réduits si le réseau était fusionné avec l'actuel *Global Privacy Enforcement Network* ([GPEN](#)) ; et
- des contributions d'acteurs du secteur privé, y compris des associations professionnelles comme l'*IAPP*, ce qui serait tout naturel, car ce serait les premiers bénéficiaires d'un cadre juridique international plus prévisible, stable et respectueux de la vie privée. Différentes solutions pourraient être envisagées, depuis des contributions purement volontaires, jusqu'à un système de certification qui serait financé par les sociétés participantes.

En ce qui concerne le cadre juridique, un accord partiel élargi pourrait être mis en place au sein du Conseil de l'Europe, pour favoriser la participation sur un pied d'égalité d'Etats non membres. La Commission de Venise et le GRECO sont des exemples d'accords de ce type, qui ont été créés avec succès avec la participation d'Etats non membres.